

**Departamento de Derecho Constitucional, Ciencia Política y
de la Administración**

**Programa de Doctorado en Derecho, Ciencia Política y
Criminología**



TESIS DOCTORAL

**Libertades de expresión e información y responsabilidades de
los prestadores de servicios intermediarios por contenidos de
terceros**

Presentada por:

Ángela Patricia Martínez-Rojas

Dirigida por:

Prof. Dr. Lorenzo Cotino Hueso

Catedrático de Derecho Constitucional

Enero 2022

AGRADECIMIENTOS

A mi compañero de viaje por mantener viva la ilusión de terminar este proyecto, aun contra mi propia voluntad. Gracias por mantener vivo siempre mi interés en este tema tan maravilloso.

A mis hijas Montserrat y Macarena por el tiempo que les he robado para poder cerrar este proyecto.

Quisiera agradecer a mi padres, José y Rosa, porque no solo nos han dado la vida, han dedicado su vida a nosotros dándonos todo y más. Este proyecto es muestra del valor del esfuerzo que con tanto esmero nos enseñaron. A mi abuelita, por el amor y el cariño que siempre nos ha dado a todos. A mis suegros, los Totos de mis hijas, gracias por el apoyo incondicional que siempre nos han dado, por hacerme sentir como una hija más.

A mi hermano, por estar siempre ahí a pesar de la distancia. A mi niña Gabriela por la dulzura de sus mensajes. A mis cuñados por su especial trato hacia mí y por darme los sobrinos más maravillosos del mundo, Sarita, Angel, Adam, Ari y Samuel, son la alegría del día a día, los primos y primas que mis hijas tanto aman.

A mis tíos y tías por ser incondicionales conmigo. Desde siempre me he sentido infinitamente amada por cada uno de ellos. Soy testigo del amor que profesan por mis hijas. Una especial mención a mi Tío Alberto, colega de profesión y maestro de maestros. Gracias por sembrar la semilla de este proyecto, por darme mi primera oportunidad profesional que me seguirá acompañando hasta el final de mis días. Dejas el listón muy alto, difícilmente superable, pero seguiré trabajando para estar a la altura.

A la Universitat de València. Mi fase de alumna me dio muchas alegrías, me permitió conocer bellísimas personas y amigos, grandes profesores y por su puesto ampliar mi conocimiento y formación. Sin lugar a duda, el paso por la Universitat de València ha marcado mi vida personal y profesional, gracias infinitas.

Al Profesor Lorenzo Cotino por haberme tutelado desde el inicio del Máster. Incluso antes de llegar a València, de manera muy cordial, atendió mis mensajes con preguntas sobre el programa. Esa fue solo una muestra de lo que siempre encontré, disponibilidad inmediata y una complicidad indispensable para poder cerrar hoy este proyecto. Muchas gracias por siempre estar ahí, por la pronta respuesta a mis mensajes y por marcarme el camino dejándome claro que esta Tesis era mía.

A la Unidad de Innovación Docente liderada por Pepe García Añón, en la que tuve la oportunidad de ser becaria y conocer grandes amigos como José Antonio García. Gracias

Jose por mantener vivo tu interés en mi proyecto, tus preguntas sobre el avance de mi tesis renovaban mi compromiso.

A Broseta Abogados por darme la oportunidad de trabajar día a día con excelentes profesionales y grandes amigos. Gracias a todos mis compañeros del área de mercantil, los que se fueron y los que sigue. La piña que hemos hecho hace menos dura las horas que echamos todos los días. Gracias a Alejandro Ríos por ofrecerme la oportunidad de trabajar en Broseta después de mi período de prácticas y tutorizarme todos estos años. Nos quedan muchos proyectos por delante. Mi agradecimiento más especial a Miriam Valldecabres, compañera y amiga. Eres la Tita de mis hijas a las que has visto crecer desde mi vientre. Eres de lo que no hay. Que la vida nos siga uniendo por muchos años más.

Quisiera terminar estos agradecimientos como los empecé. Gracias infinitas a Vlacho, mi compañero de viaje. Por ser el mayor cómplice de mis sueños. Mi admiración por ti como amigo, pareja, padre, hijo y profesor es infinita. Doy gracias a la vida no solo por tenerte sino por poder estar cuidando y criando a nuestras hijas juntos. A mi hija Montserrat, linda nos esperan muchos libros por leer juntas. A mi hija Macarena por traer más amor a mi vida. Mis hijas, gracias a vosotras y vuestros ojos color sol que llenan mi vida de felicidad.

ÍNDICE GENERAL

ABREVIATURAS	VII
INTRODUCCIÓN.....	1
I. JUSTIFICACIÓN	1
II. ANTECEDENTES Y OBJETIVOS DEL ESTUDIO	1
III. METODOLOGÍA	5
IV. ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN	7
INTRODUCTION.....	9
I. JUSTIFICATION	9
II. BACKGROUND AND OBJECTIVES OF THE STUDY	9
III. METHODOLOGY.....	13
IV. STRUCTURE OF THE RESEARCH	15
I. LIBERTAD DE EXPRESION Y DE INFORMACIÓN EN INTERNET. LA EXPANSIÓN DEL ÁMBITO DE DIFUSIÓN DE LA OPINIÓN	17
1. EVOLUCIÓN DE INTERNET. IRRUPCIÓN DE LA WEB 2.0	17
2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN.....	27
3. LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ONLINE. ESPECIAL ATENCIÓN A LA RESTRICCIÓN ENTRE PRIVADOS	77
II. RÉGIMEN JURÍDICO DE RESPONSABILIDAD DE LOS SERVICIOS INTERMEDIARIOS A LA LUZ DE LAS LIBERTADES INFORMATIVAS.....	129
1. LOS RÉGIMENES DE RESPONSABILIDAD EXIGIBLES A LOS PSI. OTRAS EXPERIENCIAS: ESTADOS UNIDOS, FRANCIA Y ALEMANIA	132
2. NOCIONES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y SU APLICACIÓN A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS INTERMEDIARIOS	149
3. LA EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS INTERMEDIARIOS Y CONOCIMIENTO EFECTIVO	166
4. OBLIGACIONES DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS INTERMEDIARIOS.....	208
5. RÉGIMEN SANCIONADOR	233
III. LA MODERACIÓN Y CONTROL DE CONTENIDOS POR LAS REDES SOCIALES Y LAS LIBERTADES INFORMATIVAS	238
1. MODERACIÓN DE CONTENIDOS EN LAS PLATAFORMAS. RETOS PARA EL LIBRE EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET	238
2. MODERACIÓN DE CONTENIDOS: <i>FACEBOOK, TWITTER Y YOUTUBE</i>	242

3. NOVEDADES IMPULSADAS POR LAS PLATAFORMAS EN LÍNEA DE GRAN TAMAÑO.....	290
CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.....	303
I. CONCLUSIONES.....	303
II. PROPUESTAS	309
CONCLUSIONS AND PROPOSALS.....	313
I. CONCLUSIONS	313
II. PROPOSALS.....	318
BIBLIOGRAFÍA.....	321
I. MONOGRAFÍA.....	321
II. ARTÍCULOS CIENTÍFICOS.....	323
III. CAPÍTULOS DE LIBRO	329
IV. NORMATIVA	331
V. JURISPRUDENCIA	333
VI INFORMES Y DECLARACIONES y RECOMENDACIONES.....	339
VII. BLOGS WEBS NOTICIAS.....	344

ÍNDICE DETALLADO

ABREVIATURAS.....	VII
INTRODUCCIÓN.....	1
I. JUSTIFICACIÓN	1
II. ANTECEDENTES Y OBJETIVOS DEL ESTUDIO	1
III. METODOLOGÍA	5
IV. ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN	7
INTRODUCTION.....	9
I. JUSTIFICATION	9
II. BACKGROUND AND OBJECTIVES OF THE STUDY	9
III. METHODOLOGY	13
IV. STRUCTURE OF THE RESEARCH	15
I. LIBERTAD DE EXPRESION Y DE INFORMACIÓN EN INTERNET. LA EXPANSIÓN DEL ÁMBITO DE DIFUSIÓN DE LA OPINIÓN	17
1. EVOLUCIÓN DE INTERNET. IRRUPCIÓN DE LA WEB 2.0	17
1.1. <i>Las leyes del ciberespacio</i>	19
1.2. <i>La irrupción de la web 2.0</i>	22
2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN	27
2.1. <i>Naturaleza y elementos básicos de la libertad de expresión llevados a Internet</i> . 30	
2.1.1. Libertad de opinión y expresión en la sociedad de la información	37
2.1.2. No autorización previa	39
2.1.3. Libertad de información en Internet	41
2.1.4. Acceso a Internet como garantía de la libertad de expresión	46
2.2. <i>Sujetos intervinientes en la sociedad de la información y su impacto en el ejercicio de la libertad de expresión online</i>	50
2.2.1. El prestador de servicios intermediarios.....	50
2.2.2. El rol del creador de contenidos y del destinatario del servicio	55
2.3. <i>El derecho al anonimato y al seudonimato en la red</i>	58
2.4. <i>Ampliación de aplicación de las garantías de las libertades informativas y protección del “low value speech” o discurso de bajo nivel</i>	67
2.5. <i>Deslocalización, ley aplicable y jurisdicción competente. Ámbito de aplicación y ámbito territorial</i>	72
3. LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ONLINE. ESPECIAL ATENCIÓN A LA RESTRICCIÓN ENTRE PRIVADOS	77
3.1. <i>Restricciones a la libertad de expresión entre privados</i>	80

3.2.	<i>Mecanismos de restricción a la libertad de expresión. Medidas de bloqueo, filtrado y retirada de contenidos ilegales</i>	84
3.2.1.	Contenidos ilegales.....	86
3.2.2.	Discurso de odio.....	93
3.2.3.	Contenidos nocivos	97
3.2.4.	Cierre de una página web. Bloqueo de acceso a Internet	102
3.2.5.	Sistema de filtrado.....	109
3.2.6.	La nueva realidad del sistema automatizado de algoritmos para filtrar el acceso a contenidos en Internet: los algoritmos y libertad de expresión....	115
3.3.	<i>Autorregulación. Códigos de conducta y corrección</i>	123
II.	RÉGIMEN JURÍDICO DE RESPONSABILIDAD DE LOS SERVICIOS INTERMEDIARIOS A LA LUZ DE LAS LIBERTADES INFORMATIVAS	129
1.	LOS REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD EXIGIBLES A LOS PSI. OTRAS EXPERIENCIAS: ESTADOS UNIDOS, FRANCIA Y ALEMANIA	132
1.1.	<i>Estados Unidos</i>	132
1.2.	<i>Ley francesa para combatir el contenido de odio en Internet: especial atención a la protección del derecho a la libertad de expresión en Internet</i>	136
1.3.	<i>Ley alemana para mejorar la aplicación de la legislación en redes sociales y su incidencia en la libertad de expresión</i>	143
2.	NOCIONES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y SU APLICACIÓN A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS INTERMEDIARIOS	149
2.1.	<i>Doctrina Constitucional y su aplicación en los servicios intermediarios. Doctrina del Reportaje Neutral y Cartas al Director</i>	149
2.1.1.	<i>Doctrina del reportaje neutral</i>	149
2.1.2.	<i>Cartas al director</i>	155
2.2.	<i>Inexistencia de obligaciones generales de supervisión o búsqueda activa de hechos</i>	159
3.	LA EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS INTERMEDIARIOS Y CONOCIMIENTO EFECTIVO	166
3.1.	<i>Carácter técnico de las funciones del prestador de servicios intermediarios</i> ...	172
3.2.	<i>Mera transmisión</i>	174
3.3.	<i>Almacenamiento automático, provisional y temporal (memoria tampón - caching)</i>	175
3.4.	<i>Alojamiento de datos</i>	177
3.5.	<i>Enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda</i>	182
3.6.	<i>Noción de conocimiento efectivo como condicionante para la aplicación de la exclusión de responsabilidad</i>	188
3.6.1.	<i>Alcance de la noción “conocimiento efectivo”</i>	189

3.6.2. Interpretación jurisprudencial de la noción de conocimiento efectivo en España.....	194
3.6.3. Sobre la diligencia debida en la retirada o limitación del acceso a contenidos ilícitos.....	198
3.7. Régimen de responsabilidad derivado de la protección a la propiedad intelectual y su impacto en la libertad de expresión online.....	202
3.8. El derecho fundamental a la Protección de Datos. Régimen de responsabilidad aplicable a los PSI y su impacto en la libertad de expresión online.....	205
4. OBLIGACIONES DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS INTERMEDIARIOS.....	208
4.1. Información general exigida.....	209
4.2. Obligaciones de transparencia para un entorno seguro.....	211
4.3. Obligación de evaluar riesgos sistémicos.....	213
4.4. Atención a las órdenes de actuación y órdenes de entrega de información.....	216
4.4.1. Deber de colaboración y cooperación. Obligaciones de diligencia debida para crear un entorno en línea transparente y seguro.....	218
4.4.2. Diligencia del intermediario. Sobre la prontitud en la retirada o limitación del acceso a contenidos ilícitos.....	221
4.5. Garantías para los usuarios de las Plataformas.....	223
4.5.1. Tramitación de reclamaciones ante contenidos presuntamente ilícitos.....	224
4.5.2. Transparencia por parte de los PSI en la toma de decisiones para la moderación de contenidos.....	229
4.5.3. Debido proceso.....	231
4.5.4. Recurribilidad de las decisiones adoptadas por los PSI.....	233
5. RÉGIMEN SANCIONADOR.....	233
5.1. Sanciones para los PSI.....	233
5.2. Autoridades competentes.....	234
III. LA MODERACIÓN Y CONTROL DE CONTENIDOS POR LAS REDES SOCIALES Y LAS LIBERTADES INFORMATIVAS.....	238
1. MODERACIÓN DE CONTENIDOS EN LAS PLATAFORMAS. RETOS PARA EL LIBRE EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET.....	238
2. MODERACIÓN DE CONTENIDOS: FACEBOOK, TWITTER Y YOUTUBE.....	242
2.1. Selección de las fuentes de información: Twitter Facebook YouTube.....	243
2.2. La regulación de los modos de control de contenidos alojados por los destinatarios del servicio.....	246
2.2.1. Retirada de contenido por medios automáticos.....	247
2.2.2. El uso de etiquetas como formas de moderación de contenido.....	252

i.	<i>Etiqueta de contenido delicado. “Algunas personas pueden sentirse incómodas con esta foto”</i>	253
ii.	<i>Etiqueta de contenido delicado en Twitter. “El siguiente elemento multimedia incluye contenido potencialmente delicado”</i>	257
iii.	<i>Etiqueta contenido delicado. “Puede que esta foto muestre contenido violento”</i>	258
iv.	<i>Etiqueta “excepción de interés público” o “Aviso de excepción de interés público”</i>	259
v.	<i>Etiqueta de exigencia de información o contexto adicional. Verificadores externos de la información</i>	266
2.2.3.	<i>Protección de la propiedad intelectual, la moderación y/o explicación previa por violación de derechos de autor en YouTube</i>	274
2.3.	<i>Análisis de las garantías constitucionales en la moderación de contenidos</i>	278
2.3.1.	<i>Transparencia en la toma de decisiones por parte de Facebook, Twitter y YouTube</i>	278
2.3.2.	<i>Debido proceso</i>	284
2.3.3.	<i>Recurribilidad de las decisiones adoptadas</i>	288
2.3.4.	<i>Rendición de cuentas</i>	290
3.	NOVEDADES IMPULSADAS POR LAS PLATAFORMAS EN LÍNEA DE GRAN TAMAÑO	290
3.1.	<i>Las listas de bloqueo de Twitter (Blocking lists Twitter)</i>	291
3.2.	<i>Birdwatch: la futura forma de moderar contenidos por parte de Twitter</i>	294
3.3.	<i>Consejo asesor de Facebook y Twitter</i>	300
	CONCLUSIONES Y PROPUESTAS	303
I.	CONCLUSIONES	303
II.	PROPUESTAS	309
	CONCLUSIONS AND PROPOSALS	313
I.	CONCLUSIONS	313
II.	PROPOSALS	318
	BIBLIOGRAFÍA	321
I.	MONOGRAFÍA	321
II.	ARTÍCULOS CIENTÍFICOS	323
III.	CAPÍTULOS DE LIBRO	329
IV.	NORMATIVA	331
V.	JURISPRUDENCIA	333
VI.	INFORMES Y DECLARACIONES y RECOMENDACIONES	339
VII.	BLOGS WEBS NOTICIAS	344

ABREVIATURAS

ACLU	American Civil Liberties Union
ADM	Algorithmic Decision-Making
CADHP	Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos
CDA	Ley de Decencia en las Telecomunicaciones
CDH	Consejo de Derechos Humanos
C.E.	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
DSA	Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE
ECRI	Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia
INE	Instituto Nacional de Estadística
LSSICE	Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico
OEA	Organización de los Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OSCE	Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa
PIB	Producto interno bruto
PICS	Platform for Internet Content Selection
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966
PSI	Prestadores de servicios intermediarios
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UCLA	University of California Los Angeles

UE Unión Europea

INTRODUCCIÓN

Esta tesis doctoral aborda el estudio del régimen de responsabilidad aplicable a los prestadores de servicios intermediarios en la sociedad de la información a la luz de postulados constitucionales sobre los que se asienta la libertad de expresión. En las siguientes páginas se exponen la justificación, los antecedentes y los objetivos de este estudio, la metodología implementada, así como la estructura seguida para la elaboración y redacción de esta tesis.

I. JUSTIFICACIÓN

El ejercicio de la libertad de expresión en Internet constituye un aspecto de gran trascendencia para las sociedades democráticas. La labor desempeñada por los prestadores de los servicios intermediarios incide en el ejercicio de la libertad de expresión en Internet. Por ello resulta importante realizar estudios que analicen la normativa que regula los servicios intermediarios en Internet a la luz de los postulados constitucionales sobre los que asienta la libertad de expresión en. En especial, aquellas disposiciones normativas que contienen obligaciones que pueden incidir en la implementación de controles que en últimas se presentan como límites a la libertad de expresión en Internet.

Las decisiones judiciales en su labor interpretativa han asentado diversas obligaciones y exigencia a los prestadores de servicios intermediarios. Estas interpretaciones resultan igualmente de interés por el impacto que generan en el ejercicio de libertad de expresión en Internet. Además, en el plano del ejercicio profesional, lograr sistematizar la casuística de dichas sentencias resulta beneficioso a efectos de brindar un efectivo asesoramiento jurídico a las partes implicadas.

II. ANTECEDENTES Y OBJETIVOS DEL ESTUDIO

Internet ha supuesto un importante avance en la historia reciente de la humanidad. En el plano económico, Internet ha impulsado sectores económicos tradicionales simplificando y reduciendo costes de procedimientos. También ha permitido que surjan nuevos modelos de negocio hasta ahora desconocidos. En el plano social, Internet ha acompañado los grandes cambios sociales que hemos vivido en la historia reciente. La

manera en la que los ciudadanos se comunican e interactúan entre sí ha transformado sustancialmente. Internet ha cambiado radicalmente la manera en la que los ciudadanos contribuyen en la construcción de la opinión pública.

La libertad de expresión, que siempre ha sido un factor fundamental en las sociedades democráticas, también se ha beneficiado ampliamente de Internet. La creación y desarrollo de las plataformas digitales y las redes sociales, y con ellos los servicios intermediarios¹ han contribuido en ello. El fácil acceso a los canales de comunicación generados por la web 2.0 y sus sucesivas versiones, ha permitido una democratización del discurso y la consolidación de la sociedad de la información². El término *prosumidor* se crea para designar a esos nuevos ciudadanos. Aquellos que no solo reciben información a través del telediario, la radio y la prensa escrita, sino que generan la opinión pública o *trending topic*.

Con el avance imparable de Internet y la evolución de la tecnología, surgen nuevos escenarios que deben ser gestionados y regulados según van surgiendo. La deslocalización que ya promovía la globalización se hizo palpable con Internet. Gracias a las plataformas digitales y las redes sociales se crea, distribuye y accede a contenidos desde cualquier parte del mundo y al instante. El comercio electrónico a nivel mundial empezó a ser posible sin mayores dificultades. Así como muchos sectores se ven favorecidos por su acceso a Internet, otros tantos inicialmente se resenten por la falta de conocimiento y de control de este nuevo espacio. Entre ellos encontramos la industria

¹ Según se define en el artículo 2.f) de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de Servicios Digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE “«Servicio intermediario» uno de los siguientes servicios: - un servicio de «mera transmisión» consistente en transmitir en una red de comunicaciones, información facilitada por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones; - un servicio de memoria tampón (caching) consistente en transmitir por una red de comunicaciones información facilitada por el destinatario del servicio que conlleve el almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de éstos; - servicio de «alojamiento de datos» consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio y a petición de este” en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=es> consultado el día 23 de junio 2021.

² “(...) es aquella en la cual las tecnologías que facilitan la creación, distribución y manipulación de la información juegan un papel importante en las actividades sociales, culturales y económicas debe estar centrada en la persona, integradora y orientada al desarrollo, en que todos puedan crear, consultar, utilizar y compartir la información y el conocimiento, para que las personas, las comunidades y los pueblos puedan emplear plenamente sus posibilidades en la promoción de su desarrollo sostenible y en la mejora de su calidad de vida (...) en <https://mintic.gov.co/portal/inicio/Glosario/S/5305:Sociedad-de-la-Informacion> consultado el día 23 de junio 2021.

musical y en general las obras susceptibles de protección por la normativa de propiedad intelectual.

El legislador identifica la necesidad de regular, entre muchos otros aspectos, el alojamiento y distribución de contenidos en Internet. Además, algunas situaciones que ya generaban grandes dificultades e ilícitos en el mundo *offline* amplificaban sus consecuencias en el mundo *online*. Ante estas situaciones, muchas de ellas sin precedentes por su carácter novedoso, se tiene la sensación de que cualquier tipo de regulación que pretenda controlar medianamente este fenómeno llegaba a un punto sin retorno porque era tanto como poner puertas al campo.

Tras las primeras decisiones judiciales respecto a infracciones de derechos de terceros en Internet en los años 90, principalmente en Estados Unidos, surgen las primeras iniciativas legislativas. Muchas de ellas tienen el propósito de garantizar que el crecimiento de Internet continúe, sin que se le identifique como un espacio para la impunidad. Años después, Internet es uno de los espacios en donde el control y vigilancia de conductas y la moderación de discursos y contenidos es cada vez más fácil y común.

Muchas han sido las iniciativas legislativas que han buscado homogenizar ciertas prácticas en Internet y crear un régimen de responsabilidad aplicable a los prestadores de servicios intermediarios. En Europa la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, particular el comercio electrónico en el mercado interior (“Directiva de Comercio Electrónico”), es la primera iniciativa que apuesta por dar una respuesta armonizada a muchos de los problemas jurídicos identificados en ese momento en Internet. Esta norma fue traspuesta a España mediante la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (“LSSICE”). Veinte años después de la Directiva 2000/31/CE, la Unión Europea está reevaluando las bondades y las dificultades que ha tenido esta Directiva con el propósito de actualizarla. De manera que se está discutiendo actualmente la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (“DSA” o “Ley de Servicios Digitales”).

La libertad de expresión en Internet se ha visto afectada de manera colateral por las diversas medidas adoptadas para regular Internet. El régimen de responsabilidad

introducido por la normativa arriba mencionada y su interpretación por diversos tribunales tanto nacionales como europeos compromete el libre ejercicio de la libertad de expresión en Internet. El riesgo de que las obligaciones que se trasladan a los prestadores de servicios intermediarios para evitar la propagación de contenidos ilícitos en Internet se traduzcan en prácticas restrictivas de la libertad de expresión en las plataformas digitales (como el sistema de filtrado, el bloqueo de contenidos y/o controles automatizados mediante algoritmos) es real y se está materializando.

En atención a todo lo anterior, en esta tesis se analiza el régimen de responsabilidad que deben observar los prestadores de servicios intermediarios de la Directiva de Comercio Electrónico y que actualmente se aplica en España por la LSSICE, así como el sistema que va a concretar y profundizar la DSA. Todo esto a efectos de contestar a la pregunta general que guía el desarrollo de esta tesis: ¿se ajusta el régimen de responsabilidad aplicable a los prestadores de servicios intermediarios recogido en las antedichas normativas a los postulados constitucionales sobre los que se asienta la libertad de expresión? Para ello se analiza especialmente en el marco supranacional y constitucional español y bajo los parámetros de jurisprudenciales.

Con el propósito de desarrollar esta pregunta general, en primer lugar, resulta necesario establecer cuál es el alcance, elementos básicos y garantías de las que goza el derecho a la libertad de expresión en Internet. Para ello es necesario tener un pleno conocimiento de los planteamientos constitucionales y la naturaleza de la libertad de expresión. Además, resulta esencial el estudio y análisis de la doctrina jurisprudencial relativa a los límites a la libertad de expresión. A partir de esta teoría será posible abordar los grandes retos que ha supuesto el avance de Internet para esta libertad fundamental, como, por ejemplo, la restricción a la libertad de expresión entre particulares.

En segundo lugar, se precisa identificar cuál son las condiciones que establece el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios contemplado en la Directiva de Comercio Electrónico, la futura DSA y la LSSICE. En especial en lo que respecta al alojamiento de contenidos de los usuarios en las plataformas (redes sociales, blogs, YouTube, los foros, etc.) y su impacto en la gestión de las plataformas a la luz de la libertad de expresión. Para ello se analizará el mencionado régimen de responsabilidad, con especial atención en las causas de exclusión de responsabilidad. Además, se estudiarán las obligaciones que en específico se asigna a los prestadores de

servicios intermediarios, con especial atención a las garantías contempladas en la DSA, actualmente en trámite de aprobación. Todos los aspectos señalados tendrán como referente principal los postulados constitucionales correspondientes a la libertad de expresión, señalados en el párrafo anterior.

Finalmente, en tercer lugar, es necesario aproximarse a las plataformas digitales para establecer cómo gestionan los prestadores de servicios intermediarios sus plataformas digitales –(Facebook, Twitter y YouTube) y cuáles son los mecanismos de restricción entre particulares (moderación, mecanismos automatizados de control de contenidos, entre otros) que en ellas se implementan. Para ello resulta indispensable revisar las normas internas implementadas por los prestadores de servicios intermediación, analizar los controles efectivamente realizados y su impacto en la libertad de expresión a la luz de las garantías constitucionales a la libertad de expresión.

III. METODOLOGÍA

En la presente tesis doctoral se sigue una metodología jurídica en la que se debe recoger y analizar la normativa, la jurisprudencia, la bibliografía y otros datos fácticos, todos ellos de forma conjunta, para ampliar la perspectiva más allá del funcionamiento de las plataformas digitales, la labor de los prestadores de servicios intermediarios, el ejercicio de la libertad de expresión y la resolución de conflictos de la investigación y considerarla como una dimensión propia, así como expresar una visión única y más realista de la situación actual y la de reforzar la protección de la libertad de expresión en Internet.

En este sentido, la metodología de esta investigación implica una revisión de la literatura existente sobre la libertad de expresión, los servicios intermediarios en la sociedad de la información y régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios y su impacto en la libertad de expresión. Con especial atención en las exclusiones de responsabilidad y su contribución a la erradicación de posibles restricciones a la libertad de expresión. Así como la revisión de los términos y condiciones de las plataformas digitales y su observancia de las garantías constitucionales relativas a la libertad de expresión.

Para seguir esta metodología -método deductivo-, en primer lugar, se seleccionó y analizó la legislación –Convenios, Reglamentos, Directivas, Leyes y Recomendaciones- relativas a la libertad de expresión y los servicios intermediarios en la sociedad de la información (especialmente alojamiento de contenidos), tanto a nivel de España como de la Unión Europea. En particular, se analizó el tratamiento que esta legislación realiza sobre el ejercicio de la libertad de expresión en Internet.

La segunda etapa de esta investigación ha consistido en la revisión de toda la doctrina jurisprudencial y literatura relativa a la libertad de expresión y la aportación de Internet a su ejercicio. Desde un punto de vista general, las circunstancias y factores que permite que se impongan límites a esta libertad fundamental. Al mismo tiempo se examinó toda la doctrina jurisprudencial y literatura relativa al régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios, con énfasis en las exclusiones de responsabilidad. Así como la contribución o no de este régimen a garantizar el libre ejercicio de la libertad de expresión en Internet o, por el contrario, su restricción.

En la tercera fase de esta investigación se procedió a estudiar los términos y condiciones de las plataformas digitales, más concretamente redes sociales, más usadas en España (Facebook, Twitter y YouTube). Este estudio tenía como propósito identificar las garantías que se contemplaban ante la gestión de contenidos alojados por los usuarios. Garantías en relación con la moderación de contenidos implementada por los prestadores de servicios intermediarios. Todo ello a efectos de constatar si el ejercicio de la libertad de expresión era un factor contemplado por dichos prestadores en dicha regulación. En relación con el estudio de las redes sociales, se procedió a realizar un seguimiento de algunos perfiles y contenidos. Esto con el propósito de estudiar la moderación realiza en dichas plataformas y las etiquetas empleadas.

Los datos que se presentan fueron recogidos desde enero de 2021 a septiembre de 2021. Para ello, se utilizaron dos cuentas oficiales de Facebook y dos cuentas oficiales de Twitter creadas por la investigadora para llevar a cabo el estudio planteado. Se llevó a cabo el mismo tratamiento de los datos para las cuentas de Twitter y YouTube. En el caso de YouTube, se abrió una cuenta para poder subir el material audiovisual, principalmente videos educativos con fondos musicales, para así como poder rastrear la información que se pretendía recoger. Por otra parte, en el caso de las redes sociales, Facebook y Twitter, la forma en la que se recogió la información fue la siguiente. En primer lugar, se hizo una

búsqueda en el muro de los usuarios cuando se regula el contenido. En segundo lugar, una vez identificados estos comentarios se procedió a tomar pantallazos (fotografías para dejar evidencia) de cómo se regula el contenido. Los pantallazos comprendieron al comentario del texto o al comentario inscrito en la imagen, y en algunos casos el hilo de comentarios de los usuarios. En tercer lugar, se procedió a realizar un análisis de los contenidos moderados.

Las dos primeras fases de la investigación fueron ampliadas y reforzadas en una etapa de tres meses en el Institute of Advance Legal Studies, una de las Escuelas de Estudios Avanzados de la University of Londres.

IV. ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN

Esta tesis está dividida en tres capítulos que reflejan las áreas clave investigadas.

El primer capítulo ofrece una visión general de la libertad de expresión en la sociedad de la información. En la primera sección se aborda la evolución de Internet y la irrupción de la Web 2.0. En la segunda sección se aborda la naturaleza y elementos básicos de la libertad de expresión, sujetos intervinientes, derecho de anonimato y seudoanonimato, el *low value speech* y la deslocalización. La tercera sección está relacionada con los límites a la libertad de expresión, las restricciones entre privados, los mecanismos de restricción y la autorregulación y coregulación.

En el capítulo dos se expone el régimen de responsabilidad de los proveedores de servicios intermediarios. El primer apartado aborda doctrinas constitucionales como el reportaje neutral y cartas al director, las cuales son analizadas como alternativas viables de exclusión de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios. El segundo apartado estudia regímenes de responsabilidad implementados en Estados Unidos, Alemania y Francia a efectos de conocer otras experiencias al respecto. El tercer apartado se centra en el análisis de la inexistencia de la obligación de supervisión general y búsqueda activa como línea infranqueable para los Estados miembros. El cuarto apartado estudia la exclusión de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios. Para ello se analizan los servicios intermediarios recogidos en la Directiva 200/31/CE y los condicionantes que permiten la aplicación de dichas causales de exclusión, con atención especial al conocimiento efectivo. El quinto apartado estudia las obligaciones de

los prestadores de servicios intermediarios. En este apartado se incluye un análisis de las garantías reconocidas para los usuarios de las plataformas, gran parte de las cuales se extrae de la DSA. Finalmente, el apartado sexto aborda el régimen sancionador aplicable. Se incluye un análisis de otros regímenes de responsabilidad que tiene incidencia en la prestación de servicios intermediarios. Tales como la propiedad intelectual y protección de datos.

Estos capítulos, por tanto, proporcionan suficiente información de fondo sobre la regulación de la libertad de expresión, de los servicios intermediarios y de la responsabilidad derivada para los prestadores de servicios intermediarios. Además, permiten identificar aquellos puntos que deben ser revisado para dotar de garantías a dichos prestadores para evitar infracciones a la libertad de expresión. Además, erradicar el *chilling effect* de la gestión de las plataformas y de los contenidos en ella alojados por los usuarios.

En el tercer capítulo de esta tesis doctoral se analizan las condiciones que las plataformas digitales imponen a los destinatarios de sus servicios al momento de su alta como usuarios, a efectos de examinar la efectiva protección a la libertad de expresión que en ellos se implementa y los modos de control implementados, procedimientos y demás aspectos relativos a los sistemas de moderación. Se presentan varios casos reales en los que se han puesto en marcha los modos de control de contenidos para así tratar de comprender mejor cómo los modos de control de contenidos de las plataformas pueden afectar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Finalmente, se estudian las novedades impulsadas por las plataformas digitales como un avance en los modos de control implementados, tales como *Birdwatch*, listas de bloqueo o Consejo asesor de *Facebook*.

Como apartado final de esta tesis de incluyen las conclusiones. En este capítulo se reúnen los resultados y las propuestas, para exponer los principales puntos que han surgido del estudio. Este capítulo está dividido en dos secciones. La primera sección examina las conclusiones generales alcanzadas en los capítulos precedentes, mientras que la segunda y última sección se refiere a las medidas que se proponen para mejorar la protección y garantía de la libertad de expresión en Internet.

INTRODUCTION

This doctoral thesis deals with the study of the liability regime applicable to intermediary service providers in the information society in the light of the constitutional postulates on which freedom of expression is based. The following pages set out the justification, background and objectives of this study, the methodology implemented, as well as the structure followed for the preparation and writing of this thesis.

I. JUSTIFICATION

The exercise of freedom of expression on the Internet is an issue of great importance for democratic societies. The work carried out by intermediary service providers has an impact on the exercise of freedom of expression on the Internet. It is therefore important to carry out studies that analyse the regulations governing intermediary services on the Internet in the light of the constitutional postulates on which freedom of expression on the Internet is based. Those regulatory provisions contain obligations that may have an impact on the implementation of controls that ultimately appear as limits to freedom of expression on the Internet.

In their interpretative work, court decisions have established various obligations and requirements for intermediary service providers. These interpretations are also of interest due to the impact they have on the exercise of freedom of expression on the Internet. Furthermore, in terms of professional practice, it is beneficial to systematise the casuistry of these judgments to provide effective legal advice to the parties involved.

II. BACKGROUND AND OBJECTIVES OF THE STUDY

The Internet has been a breakthrough in recent human history. In economic terms, the Internet has boosted traditional economic sectors by simplifying and reducing procedural costs. It has also allowed the emergence of new business models hitherto unknown. On the social level, the Internet has accompanied the great social changes we have experienced in recent history. How citizens communicate and interact with each

other has been substantially transformed. The Internet has radically changed how citizens contribute to the construction of public opinion.

Freedom of expression, which has always been a fundamental factor in democratic societies, has also benefited extensively from the Internet. The creation and development of digital platforms and social networks, and with them intermediary³ services, have contributed to this. Easy access to the communication channels generated by web 2.0 and its successive versions has allowed for a democratisation of discourse and the consolidation of the information⁴ society. The term *prosumer* was created to designate these new citizens. Those who not only receive information through the news, radio, and written press, but also generate public opinion or *trending topics*.

With the unstoppable advance of the Internet and the evolution of technology, new scenarios emerge that must be managed and regulated as they emerge. The delocalisation already promoted by globalisation became palpable with the Internet. Thanks to digital platforms and social networks, content is created, distributed, and accessed instantly from anywhere in the world. Global e-commerce became possible without major difficulties. While many sectors have benefited from their access to the Internet, many others initially suffer from a lack of knowledge and control of this new space. Among them are the music industry and, in general, copyrighted works.

³ As defined in Article 2(f) of the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a single market for digital services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC "Intermediary service" means one of the following services: - a "mere conduit" service consisting of transmitting, over a communications network, information provided by the recipient of the service or providing access to a communications network; - a "caching" service consisting of the transmission over a communications network of information provided by the recipient of the service involving the automatic, temporary and provisional storage of this information for the sole purpose of making more efficient the onward transmission of the information to other recipients of the service, at their request; - a "data hosting" service consisting of the storage of data provided by the recipient of the service, at his request" at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=en> accessed December 23, 2021

⁴ "(...) is one in which technologies that facilitate the creation, distribution and manipulation of information play an important role in social, cultural and economic activities must be people-centred, inclusive and development-oriented, in which everyone can create, access, use and share information and knowledge so that individuals, communities and peoples can use their full potential to promote their sustainable development and improve their quality of life (...) at <https://mintic.gov.co/porta/inicio/Glosario/S/5305:Sociedad-de-la-Infomacion> accessed December 23, 2021.

The legislator identifies the need to regulate, among many other aspects, the hosting and distribution of content on the Internet. In addition, some situations that were already generating major difficulties and unlawful acts in the *offline* world were amplifying their consequences in the *online world*. Faced with these situations, many of which are unprecedented due to their novel nature, there is a feeling that any type of regulation that attempts to control this phenomenon in any way would reach a point of no return because it would be tantamount to setting up gates to the field.

Following the first court decisions regarding infringements of third-party rights on the Internet in the 1990s, mainly in the United States, the first legislative initiatives emerged. Many of them aim to ensure that the growth of the Internet continues, without being identified as a space for impunity. Years later, the Internet is one of the spaces where the control and surveillance of behaviour and the moderation of speech and content are becoming easier and more common.

Many legislative initiatives have sought to standardise certain practices on the Internet and to create a liability regime applicable to intermediary service providers. In Europe, Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce in the internal market ("Directive on electronic commerce"), is the first initiative that seeks to provide a harmonised response to many of the legal problems identified at that time on the Internet. This regulation was transposed to Spain through Law 34/2002, of 11 July, on information society services and electronic commerce ("LSSICE"). Twenty years after Directive 2000/31/EC, the European Union is re-evaluating the benefits and difficulties of this Directive to update it. Thus, the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a single market for digital services and amending Directive 2000/31/EC ("DSA" or "Digital Services Act") is currently under discussion.

Freedom of expression on the Internet has been collaterally affected by the various measures adopted to regulate the Internet. The liability regime introduced by the above-mentioned regulation and its interpretation by various national and European courts

compromises the free exercise of freedom of expression on the Internet. The risk that the obligations placed on intermediary service providers to prevent the spread of illegal content on the Internet will be translated into practices restricting freedom of expression on digital platforms (such as filtering, content blocking and/or automated controls by algorithms) is real and is materialising.

Given the above, this thesis analyses the liability regime to be observed by intermediary service providers in the E-Commerce Directive and which is currently applied in Spain by the LSSICE, as well as the system that will be specified and deepened by the DSA. All of this to answer the general question that guides the development of this thesis: Does the liability regime applicable to intermediary service providers contained in the regulations comply with the constitutional postulates on which freedom of expression is based? For this purpose, it is analysed especially in the supranational and constitutional framework and under the parameters of jurisprudence.

To develop this general question, it is first necessary to establish the scope, basic elements and guarantees of the right to freedom of expression on the Internet. This requires a full understanding of constitutional approaches and the nature of freedom of expression. Furthermore, it is essential to study and analyse the jurisprudential doctrine on the limits to freedom of expression. Based on this theory, it will be possible to address the major challenges that the advance of the Internet has posed for this fundamental freedom, such as, for example, the restriction of freedom of expression between private individuals.

Secondly, it is necessary to identify the conditions established by the liability regime for intermediary service providers under the E-Commerce Directive, the future DSA and the LSSICE. Regarding the hosting of user content on platforms (social networks, blogs, YouTube, forums, etc.) and their impact on the management of the platforms in the light of freedom of expression. In addition, the obligations specifically assigned to intermediary service providers will be studied, with special attention to the guarantees provided for in the DSA, currently in the process of being approved. All the above aspects

will have as their main reference point the constitutional postulates corresponding to freedom of expression, as mentioned in the previous paragraph.

Finally, thirdly, it is necessary to approach digital platforms to establish how intermediary service providers manage their digital platforms (Facebook, Twitter, and YouTube) and what are the mechanisms of restriction between individuals (moderation, automated content control mechanisms, among others) that are implemented in them. To this end, it is essential to review the internal rules implemented by intermediary service providers, to analyse the controls carried out and their impact on freedom of expression considering constitutional guarantees of freedom of expression.

III. METHODOLOGY

This doctoral thesis follows a legal methodology in which regulations, case law, bibliography and other factual data are to be collected and analysed together to broaden the perspective beyond the operation of digital platforms, the work of intermediary service providers, the exercise of freedom of expression and conflict resolution of the research and to consider it as its dimension, as well as to express a unique and more realistic view of the current situation and that of strengthening the protection of freedom of expression on the Internet.

In this sense, the methodology of this research involves a review of the existing literature on freedom of expression, intermediary services in the information society and the liability regime of intermediary service providers and its impact on freedom of expression. With a special focus on liability exclusions and their contribution to the eradication of possible restrictions to freedom of expression. As well as the review of the terms and conditions of digital platforms and their compliance with constitutional guarantees relating to freedom of expression.

To follow this methodology -deductive method-, firstly, the legislation -Conventions, Regulations, Directives, Laws and Recommendations- relating to freedom of expression and intermediary services in the information society (especially content hosting), both in Spanish and European Union level, was selected and analysed. In particular, the treatment

that this legislation gives to the exercise of freedom of expression on the Internet was analysed.

The second stage of this research consisted of a review of all the jurisprudential doctrine and literature relating to freedom of expression and the contribution of the Internet to its exercise. From a general point of view, the circumstances and factors that allow limits to be imposed on this fundamental freedom. At the same time, all the jurisprudential doctrine and literature relating to the liability regime of intermediary service providers was reviewed, with emphasis on the exclusions of liability. As well as the contribution or not of this regime to guaranteeing the free exercise of freedom of expression on the Internet or, on the contrary, its restriction.

In the third phase of this research, we proceeded to examine the terms and conditions of the most widely used digital platforms, more specifically social networks, in Spain (Facebook, Twitter and YouTube). The purpose of this study was to identify the guarantees provided for the management of content hosted by users. Guarantees concerning content moderation implemented by intermediary service providers. The purpose of this was to ascertain whether the exercise of freedom of expression was a factor contemplated by these providers in the regulation. About the study of social networks, some profiles and content were monitored. The purpose of this was to study the moderation carried out on these platforms and the labels used.

The data presented were collected from January 2021 to September 2021. For this purpose, two official Facebook accounts and two official Twitter accounts were used. These accounts were created by the researcher for the purpose of this study. The same data processing was carried out for the Twitter and YouTube accounts. In the case of YouTube, an account was opened to be able to upload the audio-visual material, educational videos with music background, as well as to be able to track the information to be collected. On the other hand, in the case of the social networks, Facebook and Twitter, how the information was collected was as follows. Firstly, a search was made on the wall of the users when the content was regulated. Secondly, once these comments were identified, we proceeded to take screenshots (photographs to leave evidence) of how

the content is regulated. The screenshots included the text comment, or the comment inscribed on the image, and in some cases the users' comment thread. Thirdly, an analysis of the moderated content was carried out.

The first two phases of the research were extended and reinforced in a three-month phase at the Institute of Advanced Legal Studies, one of the Schools of Advanced Legal Studies at the University of London.

IV. STRUCTURE OF THE RESEARCH

This thesis is divided into three chapters reflecting the key areas of research.

The first chapter provides an overview of freedom of expression in the information society. The first section deals with the evolution of the Internet and the emergence of Web 2.0. The second section deals with the nature and basic elements of freedom of expression, intervening subjects, the right to anonymity and pseudo-anonymity, *low-value speech*, and delocalisation. The third section deals with limits to freedom of expression, restrictions between private parties, restriction mechanisms and self-regulation and coregulation.

Chapter two sets out the liability regime for intermediary service providers. The first section discusses constitutional doctrines such as neutral reporting and letters to the editor, which are analysed as viable alternatives for the exclusion of liability of intermediary service providers. The second section examines liability regimes implemented in the United States, Germany, and France to learn about other experiences in this regard. The third section focuses on the analysis of the lack of general supervision and active search obligation as an insurmountable line for the Member States. The fourth section examines the exclusion of liability of intermediary service providers. To this end, it analyses the intermediary services covered by Directive 200/31/EC and the conditions that allow the application of these grounds for exclusion, with special attention to actual knowledge. The fifth section examines the obligations of intermediary service providers. This section includes an analysis of the safeguards for platform users, many of which are taken from the DSA. Finally, the sixth section deals with the applicable sanctioning

regime. It includes an analysis of other liability regimes that have an impact on the provision of intermediary services. Such as intellectual property and data protection.

These chapters, therefore, provide sufficient background information on the regulation of freedom of expression, intermediary services, and the resulting liability for intermediary service providers. In addition, they make it possible to identify those points that need to be revised to provide guarantees to such providers to avoid infringements of freedom of expression. In addition, they eradicate the *chilling effect* of the management of platforms and content hosted by users.

The third chapter of this doctoral thesis analyses the conditions that digital platforms impose on the recipients of their services when they register as users, to examine the effective protection of freedom of expression that is implemented in them and the implemented modes of control, procedures and other aspects related to moderation systems. Several real cases in which content control modes have been implemented are presented to better understand how the platforms' content control modes may affect the exercise of the right to freedom of expression. Finally, it looks at developments promoted by digital platforms as an advance in the implemented modes of control, such as *Birdwatch*, blocklists or *Facebook's* Advisory Board.

The final section of this thesis includes the conclusions. This chapter brings together the results and proposals, to set out the main points that have emerged from the study. This chapter is divided into two sections. The first section examines the general conclusions reached in the preceding chapters, while the second and final section refers to the measures proposed to improve the protection and guarantee of freedom of expression on the Internet.

I. LIBERTAD DE EXPRESION Y DE INFORMACIÓN EN INTERNET. LA EXPANSIÓN DEL ÁMBITO DE DIFUSIÓN DE LA OPINIÓN

El primer objetivo de esta tesis doctoral consiste en analizar la naturaleza y el alcance del derecho a la libertad de expresión y su consolidación en Internet. Para ello, se procede a exponer la naturaleza y los elementos básicos de la libertad de expresión en Internet. Además, se abordarán los retos y la protección de la libertad de expresión en Internet y se introducirán aspectos relativos al rol de los prestadores de servicios en la sociedad de la información, así como la ampliación de las garantías necesarias para el ejercicio de la libertad de expresión *on line*.

1. EVOLUCIÓN DE INTERNET. IRRUPCIÓN DE LA WEB 2.0

Con la primera red interconectada entre la UCLA y la Universidad de Stanford en 1969, se inició un fenómeno que revolucionó a la sociedad en el orden económico, político, social, cultural y jurídico, denominado Internet.

Desde ese momento hasta nuestros días, Internet se ha perfilado como una red de intercomunicación sin precedentes, que facilita la comunicación y la expresión de ideas en la sociedad globalizada. Las limitaciones técnicas que dificultan la convivencia de ilimitadas opciones televisivas hertzianas o radiofónicas no aparecen en Internet. Esto ha dado lugar a que se amplíe la oferta de servicios de plataformas e infraestructura y por supuesto, de contenidos.

Aun cuando Internet no cambia en esencia lo que es, y representa la libertad de expresión, sí ha potenciado las características que siempre han existido y ha traído otras al primer plano⁵. La libertad de expresión contribuye a la consolidación de las condiciones requeridas para fortalecer la democracia y garantizar el progreso de la sociedad⁶.

⁵ BALKIN, J. M., "Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society", *New York University Law Review*, vol. 79, número 1, 2004, p. 2.

⁶ BUSTOS GISBERT, R., "The right to freedom of expression in a democratic society (art. 10 ECHR)", *Europe of rights: A compendium on the European Convention of Human Rights*, GARCÍA ROCA, F. J. y SANTAOLAYA MACHETTI, P., (ed. lit.), Martinus Nijhoff Publishers, España, 2012, p. 373.

Internet se proyectó como un canal de comunicación para fomentar la creación de espacios públicos accesibles, libres de control gubernamental y de empresas privadas⁷. No obstante, el avance del estado de la tecnología y de los acontecimientos ha desvirtuado esta idea inicial. Podríamos afirmar que el control técnico que las autoridades públicas pueden implementar y poner en marcha sobre los datos y contenidos que los usuarios comparten en Internet no tiene precedentes. Estos actos de control necesariamente vinculan a las empresas privadas que prestan servicios en la sociedad de la información y que operan y gestionan las diferentes plataformas. Por su parte, los prestadores de servicios intermediarios pueden igualmente gestionar sus comunidades de usuarios y, con ello, los contenidos que ellos alojan.

Sin perjuicio de lo anterior, no se puede dejar de lado que Internet es en esencia el espacio público mundial del siglo XXI. Internet ha democratizado el discurso permitiendo que las personas tengan múltiples opciones para ejercer sus derechos fundamentales, entre ellos la libertad de expresión⁸.

Las novedades introducidas por las nuevas tecnologías en las comunicaciones han creado nuevos espacios de interacción y participación para los usuarios, que ofrecen nuevas oportunidades para la ciudadanía democrática⁹. La generación de contenidos y la facilidad de acceso a la información alojada en Internet, contribuye al descubrimiento de

⁷ STEIN, L., “Speech without rights: The status of public space on the Internet”, *The Communication Review*, vol. 11, número 1, 2008, p. 18. Consultado el día 15 de julio de 2021.

⁸ En palabras del Abogado General Sr. Nilo Jääskinen “*Internet ha revolucionado nuestras vidas al eliminar las barreras técnicas e institucionales para la difusión y la recepción de información y ha creado una plataforma para diversos servicios de la sociedad de la información, que benefician a los consumidores, a las empresas y a la sociedad en general.*”, Conclusiones del Abogado General Sr. Nilo Jääskinen presentadas el 25 de junio de 2013. Asunto C-131/12 Google Spain, S.L., Google Inc. contra la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=138782&doclang=ES> consultado el día 15 de julio de 2021.

⁹ “5. (...) *New features include unprecedented levels of interaction and engagement by users, offering new opportunities for democratic citizenship. New applications also facilitate users' participation in the creation process and in the dissemination of information and content, blurring the boundaries between public and private communication. The media's intrinsic editorial practices have diversified, adopting new modalities, procedures and outcomes.*” Recommendation CM/Rec (2011) 7 of the Committee of Ministers to member states on a new notion of media, adoptada por el Comité de Ministros el 21 de septiembre de 2011 en la 1121 reunión de Ministros, disponible en <http://www.osce.org/odihr/101403> consultado el día 15 de julio de 2021.

la verdad y la construcción de una opinión pública colectiva¹⁰. Es posible ejercer las libertades informativas con una rapidez y facilidad sin precedentes y sin el control centralizado de revisión editorial, característica de los formatos de publicaciones tradicionales¹¹.

El ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Internet se convierte en una oportunidad para hacer contrapeso a la regulación económica de la industria de la información y de su derecho a controlar el uso y publicación de contenidos¹², por el mero hecho de poseer los medios técnicos y las infraestructuras. Por todo ello, Internet se consolida como un canal que democratiza el discurso de todos los ciudadanos.

1.1. Las leyes del ciberespacio

Con el nacimiento de la comunidad virtual¹³, surgió un movimiento de teóricos que interpretaron este nuevo espacio como un lugar que podía colonizarse, y en el cual, ante la ausencia de regulación específica, podía surgir un nuevo orden legal por configurar. En

¹⁰ “Del mismo modo que la invención de la imprenta en el siglo XV permitió la reproducción de un número ilimitado de copias, que anteriormente debían copiarse a mano, la carga de material en Internet permite el acceso masivo a información que antes tal vez sólo pudiera hallarse después de búsquedas exhaustivas, y en espacios físicos determinados.”, Conclusiones del Abogado General Sr. Nilo Jääskinen presentadas el 25 de junio de 2013. Asunto C-131/12 Google Spain, S.L., Google Inc. contra la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, op cit., apartado 28.

¹¹ “An important concern is the effectiveness of the law in dealing with the challenges discussed above. The legal dilemmas presented by UGC are not new in the context of Internet Law, and many of the same problems are faced in other social contexts. What is new with UGC is the lack of control over the content which has led to an increase in opportunity for illegal activities; the difficulty in monitoring and effectively policing such content; and the potential difficulty in undentifying content providers. Hence there are a number of difficulties which present themselves when attempting to take legal action against publishers of UGC.” GEORGE, C.; SCERRI, J., “Web 2.0 and User-Generated Content: legal challenges in the new frontier”, *Journal of Information Law & Technology*, 2007, p. 8, disponible en https://warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2007_2/george_scerri/george_scerri.pdf, consultado el 15 de julio de 2021.

¹² BALKIN, J. M., “Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society”, op. cit., p. 28.

¹³ “Conjunto de usuarios de Internet que comparten un interés común (deportes, aficiones, intereses profesionales, por ejemplo) y se relacionan en el ciberespacio. Los miembros de una comunidad virtual deben poder contactar entre sí a través de diferentes plataformas tales como grupos de noticias, foros web, chat vía web, canales IRC, blogs, listas de distribución, redes sociales, o grupos de mensajes al móvil. Las redes sociales han favorecido la aparición de muchas comunidades virtuales, ya que les ofrecen cómodos recursos técnicos en la misma plataforma cuando antes debían usarse diferentes herramientas.” MONSORIU FLOR, M., *Diccionario “web 2.0”*, Creación Copyright, 2010, Madrid, pp. 29 y 30.

el ciberespacio podrían superarse prejuicios raciales, imposiciones del poder económico, la fuerza militar, o el lugar de nacimiento, así como expresar sus creencias. Sería un espacio donde conceptos legales sobre propiedad, identidad, movimiento y contexto no tendrían aplicación¹⁴.

La Declaración de Independencia del Ciberespacio¹⁵ de PERRY, en febrero de 1996, pretendió erigir un movimiento de corte anárquico en el ciberespacio, el cual sería gestionado por quienes participaran de la Internet. No serían aceptadas imposiciones exteriores de orden sobre la sociedad virtual sin fronteras, que está en todas partes y en ninguna parte.

PERRY consagró en su Declaración que el ciberespacio era aquel lugar ideal para que cualquiera, y en cualquier sitio, expresara sus creencias sin importar su contenido, sin miedo a ser coaccionado al silencio o al conformismo. No obstante, posteriormente, LESSIG en su artículo titulado “*Las leyes del ciberespacio*”¹⁶ disertó sobre el mito de la libertad total en la red. En dicho artículo señaló que, al igual que en el espacio real, la conducta en el ciberespacio es regulada por la ley. También influye la arquitectura de la web, integrada por el software y hardware que conforman un código, que no es opcional y que restringe la conducta, así como el mercado y las normas que la propia comunidad crea en la red.

Para LESSIG, el ciberespacio tiene el potencial de ser el espacio más pleno y extensamente regulado que hayamos conocido jamás en cualquier lugar y momento de nuestra historia. Un control que puede ser mucho más eficaz que ningún otro en el pasado. Según LESSIG frente a esta situación sólo queda construir un análisis crítico de las medidas que se tomen en pro de la regulación del ciberespacio, siempre teniendo presentes el

¹⁴ Para profundizar en el estudio sobre el espíritu libertario de Internet en los años 90, vid., entre otros, COTINO HUESO, L., “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, pp. 1-47.

¹⁵ PERRY BARLOW, J., *Declaración de Independencia del Ciberespacio*, 1996, disponible en <https://www.eff.org/es/cyberspace-independence> consultado el día 23 de marzo de 2021.

¹⁶ LESSIG, L., *Leyes del Ciberespacio*, 1998, disponible en https://cyber.harvard.edu/works/lessig/laws_cyberspace.pdf consultado el día 23 de marzo de 2021.

respeto por las libertades y derechos fundamentales, esencia de las democracias constitucionales.

El Estado y las entidades que lo integran, nunca han renunciado a ejercer ciertas atribuciones de control sobre la emisión de informaciones y opiniones, sin que la aparición de Internet suponga modificación alguna al respecto¹⁷.

El esquema de regulación del ejercicio de las libertades de expresión (opinión e información), con sus límites civiles y penales, no debe variar sustancialmente a la hora de ser aplicado a Internet. Esto teniendo en cuenta que los límites materiales quedan por definición referidos al mensaje y no al medio empleado para su emisión. Con todo, no puede ignorarse que, en la medida en que el medio pueda contribuir a configurar el mensaje, está claro que el espíritu que frecuentemente se detecta en Internet hace gala de una mayor liberalidad hacia ciertos contenidos¹⁸.

Ese Internet «*libertario*», donde cada cual aporta los contenidos que quiere publicar y, en consecuencia, los usuarios pueden tener acceso a casi cualquier cosa, ha ido dejando paso poco a poco a un Internet «*liberal*». Un Internet copado por grandes empresas y empleado de manera cada vez más masiva como instrumento de negocio¹⁹. Ese Internet liberal deja entrever que, poco a poco, el modelo de negocio que se deriva del funcionamiento de la red desplaza el espíritu libertario de los primeros teóricos de la web. Se da paso a los administradores de la libertad de expresión que vemos actualmente entre nosotros.

En cualquier caso, Internet es un instrumento que permite romper con la jerarquía y sobreponerse al orden convencional. Es también un instrumento para el desorden y el descontrol, que resulta aprovechable y de utilidad incuestionable para organizar actividades, prestar servicios y para adoptar y difundir decisiones²⁰ y opiniones.

¹⁷ BOIX PALOP, A., “Libertad de expresión y pluralismo en la red (I)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, número 65, 2002, p. 135.

¹⁸ BOIX PALOP, A., “Libertad de expresión y pluralismo en la red (I)”, op. cit., p. 148.

¹⁹ BOIX PALOP, A., “Libertad de expresión y pluralismo en la red (I)”, op. cit., p. 162.

²⁰ MUÑOZ MACHADO, S., *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000, p. 33.

1.2. La irrupción de la web 2.0

Dentro de las funcionalidades ofrecidas por Internet está el alojamiento de contenidos. Inicialmente, los usuarios tenían la experiencia de navegar a través de Internet y encontrar páginas con contenidos inmodificables. La web inicial, la web 1.0 de las páginas estáticas, hacía las veces de repositorio de información. El tránsito de la web 1.0 a la web 2.0 tiene como principal característica la integración de contenidos por parte de los usuarios. La web pasa a ser asincrónica²¹, deja de ser unidireccional para ser multidireccional. Los contenidos dejan de ser fijos y estáticos para pasar a ser actualizables y modificables, incluso por los propios usuarios. Todos podemos ser creadores de contenidos en la web 2.0.

La web sigue sufriendo metamorfosis, ya que tras la aparición de la web 2.0 han surgido nuevas versiones²². No obstante, a partir del estudio del concepto web 2.0 y de sus principales características, se puede comprender la dinámica de la inteligencia colectiva que incentiva la generación de contenidos por los usuarios del servicio²³ y los retos que sigue planteando a la realidad jurídica.

²¹ “Todo tipo de comunicación que se produce con independencia de tiempo o lugar. Los mensajes son enviados por parte de los usuarios y recibidos y respondidos por los receptores en cualquier momento. Un ejemplo de comunicación asincrónica serían los mensajes de correo interno, en los foros, muros, comentarios a fotografías, vídeos y canciones, y, además, aplicaciones que se emplean en las redes sociales” MONSURIU FLOR, M., *Diccionario Web 2.0*, op. cit., p. 29.

²² Desde hace algún tiempo también se habla de la web 3.0 y web 4.0, a partir de la cual se fijan las bases para la creación de una base de conocimiento e información semántica y cualitativa, que facilite la gestión de toda la información que se genera a diario en la web a raíz de las preferencias de los usuarios (gustos, costumbres, conectividad, interactividad, usabilidad, etc.). La web 3.0 combinan los contenidos existentes de una forma más ordenada, para atender de forma más precisa las demandas de información y facilitar la accesibilidad a los contenidos digitales. Vid. al respecto KÜSTER, I., HERNÁNDEZ, A., “De la web 2.0 a la web 3.0: antecedentes y consecuencias de la actitud e intención de uso de las redes sociales en la web semántica” *Universia Business Review*, número 37, 2013, p. 107. Por su parte, la web 4.0 permite una mejor interactividad, acceso de información. Vid. al respecto AGHAEI, S., y otros, “Evolution of the world wide web: from web 1.0 to web 4.0”, *International Journal of Web & Semantic Technology (IJWesT)*, Vol.3, número.1, 2012, pp. 1-10.

²³ “User-generated-Content (UGC) exists in a large variety of forms (such as photographs, videos, podcasts, articles and blogs) allowing users to express their creativity and register their comments on anything imaginable. This has resulted in user gaining unprecedented power (in a virtual environment) to initiate and influence change on various social, cultural, political and economic issues in the non-virtual world.” GEORGE, C., SCERRI, J., “Web 2.0 and User-Generated Content: legal challenges in the new frontier”, op. cit., p. 2.

La web 2.0 no es un concepto estático fácilmente definible. La primera vez que se mencionó fue en una conferencia en octubre de 2004²⁴. En dicha conferencia *O'Reilly Media*, bajo la dirección de *Tim O'Reilly*, mostró cómo a partir del declive de algunas de las llamadas empresas puntocom, surgía una nueva etapa para Internet impulsada por aquellas que habían sobrevivido al colapso. Su característica común era la implementación de nuevas aplicaciones innovadoras que convertían al usuario en el principal partícipe de la web. Acuñado como web 2.0 por ser la evolución de la Internet, se erige como el tránsito de la web 1.0 estática a la web social e interactiva.

Los expertos señalaron en su momento que la web 2.0 se presentaba como un proceso emergente en evolución, un fenómeno “caótico” que se forma a partir de la dinámica propia de un sistema “viviente”²⁵.

La web 2.0²⁶, web social por excelencia, es capaz de dar soporte y formar parte de una verdadera sociedad de la información, la comunicación y/o el conocimiento²⁷. La web 2.0 mejora en la medida en la que más gente utiliza, consume y mezcla datos de múltiples fuentes, incluyendo datos proporcionados por usuarios individuales. A través de su “arquitectura de participación” permiten que los usuarios creen y alojen contenidos en la red. Va más allá de lo planteado por la web 1.0 para entregar valiosas experiencias a los usuarios²⁸.

²⁴ “In the year and a half since, the term “Web 2.0” has clearly taken hold, with more than 9.5 million citations in Google. But there’s still a huge amount of disagreement about just what Web 2.0 means, with some people decrying it as a meaningless marketing buzzword, and others accepting it as the new conventional wisdom” O’REILLY T., “What Is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software”, disponible en <https://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html> consultado el día 23 de marzo de 2021.

²⁵ FUMERO, A.; ROCA, G., *Web 2.0*, Fundación Orange, Madrid, 2007, p. 11.

²⁶ Para MONSURIU la web 2.0 “describe a una segunda generación de contenidos web creados por los propios usuarios de Internet y puestos a disposición de los demás por medio de herramientas que permiten compartir contenidos en la Red (...)” MONSURIU FLOR, M., *Diccionario “web 2.0”*, op. cit., p.156.

²⁷ FUMERO, A.; ROCA, G., *Web 2.0*, op. cit., p. 10.

²⁸ “Web 2.0” is the network as platform, spanning all connected devices; “web 2.0” applications are those that make the most of the intrinsic advantages of that platform: delivering software as a continually-updated service that gets better the more people use it, consuming and remixing data from multiple sources, including individual users, while providing their own data and services in a form that allows remixing by others, creating network effects through an “architecture of participation,” and going beyond the page metaphor of Web 1.0 to deliver rich user experiences” O’REILLY, T., “web

El aprovechamiento de la inteligencia colectiva y de las contribuciones de los usuarios ha sido la clave para la consolidación del mercado de la web 2.0. Internet se transforma en un servicio que presenta una plataforma sobre la que se pueden construir multitud de aplicaciones y servicios.

Teniendo en cuenta el dinamismo que la web 2.0 aporta a la Internet y la popularidad alcanzada por las aplicaciones y plataformas que en ella se generan día a día, es indudable que su repercusión desde el punto de vista jurídico es trascendental. La democratización del discurso ya señalada, toma forma gracias al impacto que la web 2.0 generó en las vidas de todos los que hacemos parte de la red participativa. De ahí la importancia de su estudio desde un punto de vista conceptual y jurídico.

A la web 2.0 se la asocia con conceptos como participación, conversaciones, *creative commons*, compartir, redes sociales, comunicación, contenido generado por los usuarios, conversaciones, software social, entre otros²⁹. Su filosofía se centra en actividades tales como colaboración e interactividad. Así, mientras en la web 1.0 la información no era actualizada frecuentemente, la web 2.0 fomenta la interacción y creación de puntos de encuentro en interfaces fáciles de manejar para los destinatarios del servicio. Estas funciones, así como el surgimiento de webs dependientes de usuarios, se constituyen en garantía de una avalancha imparable de generación de contenidos.

La principal clave de la web 2.0 es la expansión, de tal manera que en la medida en que más gente la use, mejor será el servicio. Esto implica una participación de los usuarios, quienes no sólo generan contenidos, sino que los almacenan y los comparten, gracias a tecnologías como el *peer to peer*, que permite que la información no pase por un servidor central, sino que pasa de un ordenador a otro directamente³⁰.

El crecimiento de la red se basa en convertir los ordenadores de las personas en servidores, lo que lleva a la descentralización de Internet. Hay implícita una arquitectura

2.0": *Compact Definition?*, disponible en <http://radar.oreilly.com/2005/10/web-20-compact-definition.html> consultado el día 23 de marzo de 2021.

²⁹ Conceptos relacionados por FUMERO, A.; ROCA, G., "Mapa Visual de la "web 2.0"", disponible en <http://internality.com/web20/files/mapa-web-20.pdf> consultado el día 23 de marzo de 2021.

³⁰ MONSORIU FLOR, M., *Diccionario "web 2.0"*, op. cit., p.108.

de participación, que conecta extremos entre sí, aprovecha el poder de los propios usuarios, y multiplica las fuentes de información de las que se pueda alimentar la red.

La web sirve de base para que los programas se ejecuten sin necesidad de importar desde diversas plataformas, o instalar en el ordenador del usuario el software necesario para su funcionamiento. “*Muchos servicios dejan de ser aplicaciones encerradas en el ordenador personal para pasar a esta disponibles y ser usadas «vía web» desde cualquier lugar.*”³¹. Esto se convierte en una ventaja aprovechable, tanto por los distribuidores de servicios, como por el colectivo de los usuarios, que al aumentar en número mejoran la calidad de los servicios de la web. Esta característica se enlaza con la de la “*arquitectura de participación*”, dado que en la plataforma es donde los usuarios cooperan y colaboran generando contenidos o creando nuevos contenidos a partir de otros generados por diversos usuarios³².

La web 2.0 está diseñada de forma que las interacciones del usuario tienen el efecto colateral de mejorar el servicio. A más usuarios de un servicio, más posibilidades de que este mejore y de que funcione mejor. Cuanto más busco en *Google*, mejores son los resultados de sus búsquedas; cuanta más gente usa *Facebook*, mejor es *Facebook*. El gran éxito de estos sitios web que sobrevivieron al colapso de las empresas puntocom, radica en la estimulación de la participación masiva y en una arquitectura que facilita el uso de todas las herramientas útiles existentes hoy en la web. Las barreras y limitaciones de quienes acceden a la web para hacerse partícipe de ella se hacen mínimas.

La participación de los individuos de forma activa es la razón de la existencia de nuevos servicios. Es así como *Wikipedia*, por citar un ejemplo, facilita la incorporación de información de sus usuarios y el acceso a ella desde cualquier punto de ubicación con conexión a Internet. Toda la información allí incorporada se puede modificar, alterar o adicionar como parte de esa creatividad colectiva en permanente expansión. De igual manera *Blogger* o *WordPress*, sistemas de creación y alojamiento, que permiten hacer y publicar bitácoras en línea, sin que sea necesario instalar ningún software en el ordenador

³¹ FUMERO, A.; ROCA, G., “Mapa Visual de la “web 2.0””, *Web 2.0*, op. cit., p. 10.

³² Ampliación de la noción web como plataforma, O'REILLY T., “What Is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software”, op. cit.

del usuario. Además, la bitácora se puede alojar en el servidor del sitio web o en el servidor del usuario.

Frente a los entornos cerrados y la informática individual, compartir información en cualquier formato redundante en beneficios para todos. Los usuarios de la web 2.0³³ son editores, críticos, periodistas. En síntesis, consumidores de información y generadores de esta. Los usuarios, como cocreadores, tienen la posibilidad de exhibirse sin límite alguno, lo que sobredimensiona en ciertas ocasiones los contenidos por ellos generados, al punto que, a partir de la información que se genera, se publica y se comparte entre los usuarios, surgen más y nuevos servicios en la web³⁴.

La interactividad³⁵ implícita en la participación de los individuos es la razón de la creación de muchos nuevos servicios, como los foros de debate, los libros de visitas o los chats. Todos ellos escenarios en los que el individuo incorpora información en atención a un tema predefinido o a la simple intención de participar activamente de una conversación con muchos o con un usuario en concreto.

La naturaleza de fenómenos como la web 2.0 fomenta la interacción y elaboración de contenidos, así como su socialización. Esto facilita que en la era digital distribución e innovación vayan de la mano. Los contenidos hacen referencia a cualquier material que pueda generar y publicar un usuario o un grupo de usuarios. El formato de los contenidos es muy diverso, así como las temáticas que se tratan. De ahí que la libertad de expresión haya logrado una importante consolidación en la Internet. Podemos encontrar fotos,

³³ “Users as first-class entities in the system, with prominent profile pages, including such features as: age, sex, location, testimonials, or comments about the user by other users.” CORMODE, G.; KRISHNAMURTHY, B., “Key Differences between Web1.0 and Web2.0”, *Journal First Monday*, vol. 13, número 6, 2008, disponible en <http://journals.uic.edu/ojs/index.php/fm/article/view/2125/1972>, consultado el 23 de marzo de 2021.

³⁴ FUMERO, A.; ROCA, G. “Mapa Visual de la “web 2.0””, op. cit.

³⁵ “Podríamos definir la interactividad como la capacidad del receptor para tomar decisiones y regular el flujo de la información. Dicha capacidad dependerá poderosamente de la estructuración de la información proporcionada por el medio, con lo que, como hemos puesto de manifiesto anteriormente, en el contexto de los medios digitales edificados mediante una arquitectura hipertextual, la interactividad alcanzará un desarrollo muy considerable, desde diversas perspectivas: a) interactividad con el emisor; b) interactividad con la información; y c) interactividad con otros usuarios.” LÓPEZ GARCÍA, G., *Modelos de comunicación en Internet*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 56 -57.

videos, comentarios, imágenes, notas, mensajes en el muro, etc. Además de lo anterior, existen sitios web especializados en cada uno de ellos, o sitios web que se dedican a gestionar contenidos bajo un sólo formato³⁶. De manera que tenemos, por un lado, a usuarios, destinatarios de unos servicios, generando y consumiendo contenidos y, por otro lado, a las plataformas que se encargan de gestionar los espacios y contenidos alojados por terceros.

Todo esto dio paso a la más grande explosión de información y contenidos que haya gestionado hasta ahora la humanidad, al instante, y desde cualquier ubicación geográfica.

2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

La libertad de expresión comprende en cierta medida todas las demás libertades, ya que las restantes libertades públicas son en sí mismas formas de expresar convicciones³⁷. Así, la libertad de expresión es el derecho de toda persona a expresar y transmitir libremente, públicamente y con trascendencia pública, sus pensamientos e ideas de todo tipo, en cualquier circunstancia, lugar y tiempo, sin verse coaccionado, ni perseguido, ni castigado antes o después. La libertad de expresión incluye el derecho a la crítica pública al poder establecido de cualquier orden³⁸. Dicha libertad solo puede estar sometida a formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley.

³⁶ “[L]as extraordinarias facilidades que permite la Red para la publicación de contenidos, sobre todo si establecemos una comparación con los medios analógicos (difícilmente un particular puede conseguir la licencia para emitir información a través de una emisora de radio o un canal de televisión y las dificultades de orden práctico – inversión económica, edición, distribución – también afectan al desarrollo de publicaciones impresas), posibilitan que el usuario se constituya en emisor de contenidos, abriendo una página personal en un servidor gratuito, creando un cuaderno de bitácora o comprando un dominio o dirección principal de Internet y contratando espacio web en un servidor por un precio bastante asequible (...)” LÓPEZ GARCÍA, G., *Modelos de comunicación en Internet*, op. cit., p. 59.

³⁷ SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Delimitación de las libertades informativas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 36.

³⁸ Además, PASCUAL, P., puntualiza que “Solamente un tribunal justo e independiente tiene derecho a sancionar las expresiones de una persona física o jurídica si éstas lesionen derechos materiales de terceros. Nunca existiría ni podrá existir la censura previa ni cualquier control antes o después de exponer las ideas.” Vid. PASCUAL, P., *La libertad de expresión, un bien escaso*, Universidad Politécnica de Madrid, Madrid, 1993, pp. 4-5.

Tal y como recuerda ANSUÁTEGUI ROIG, la libertad de expresión no es sólo una condición del desarrollo individual de la persona, sino una exigencia insoslayable del sistema político democrático. Sencillamente, no hay democracia sin libertad de expresión, ni comunicación política libre³⁹. TERUEL LOZANO apunta que, en la sociedad de la información, la libertad de expresión adquiere una nueva dimensión, mostrándose en su mayor plenitud como representante de una nueva cultura, de un nuevo modelo de vida⁴⁰.

La Oficina de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos (“OEA”), desde 1999, ha remarcado en diversos Informes, que Internet constituye un instrumento que tiene la capacidad de fortalecer el sistema democrático, contribuir al desarrollo económico de los países de la región, y fortalecer el pleno ejercicio de la libertad de expresión⁴¹. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“TEDH”) ha señalado, que la posibilidad de que las personas se expresen en Internet constituye una herramienta sin precedentes para la libertad de expresión. Gracias a la accesibilidad de Internet, así como a su capacidad para almacenar y difundir grandes cantidades de datos, los sitios web contribuyen en gran medida a mejorar el acceso público a las noticias y, en general, facilitan la comunicación de información⁴². Estos argumentos han sido reiterados por el TEDH en diversos pronunciamientos, resaltando constantemente que Internet se ha convertido en uno de los principales medios por los que las personas ejercen su derecho a la libertad de recibir y difundir información de

³⁹ “Partiendo de la idea de la libertad de expresión y de prensa como un elemento configurador de la opinión pública en tanto que criterio normativo-social, sólo va a tener utilidad o sentido social la libertad de expresión de aquellos que realmente están capacitados para concurrir a la formación de esa opinión pública. Esa capacitación, que en teoría debería obedecer exclusivamente a factores intelectuales, se sustenta sobre un sustrato más profundo, de naturaleza material” ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1994, p. 444.

⁴⁰ TERUEL LOZANO, G., “Apuntes generales sobre la libertad de expresión en Internet”, *Anales de Derecho*, Nº 28, 2011, p. 128.

⁴¹ CDIH. Informe Anual 1999. Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo II (D. Libertad de Expresión e Internet), disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anales/Informe%20Anual%201999.pdf> consultado el día 23 noviembre 2020.

⁴² Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (Gran Sala) Delfi AS contra Estonia, asunto C-64569/09, de 16 de junio de 2016, párrafos 110 y 133; (Sala Cuarta) Times Newspapers Ltd. c. el Reino Unido (Nº 1 y Nº 2) asunto 3002/03 – 23676/03, de 10 de marzo 2009, párrafo 27.

ideas. Internet proporciona instrumentos esenciales para la participación en actividades y debates sobre cuestiones políticas y de interés general.

Internet ha ubicado a la libertad de expresión en un sitio privilegiado⁴³, justo como lo hicieron la radio y la televisión en su momento⁴⁴. Las barreras técnicas que podían existir, como licencias de funcionamiento, instalaciones técnicamente adaptadas, entre otras, se superan por la facilidad de acceso que la gran mayoría de la población tiene a Internet. Aunque de hecho puedan existir diferencias entre los contenidos alojados en la red y los contenidos incluidos en periódicos, panfletos, películas, radio, televisión, altavoces y plataformas improvisadas, estas diferencias en nada afectan el núcleo de los principios de la libertad de expresión, que debe ser aplicado en el mismo sentido⁴⁵.

Internet es un medio con grandes posibilidades que permite la participación abierta de los individuos en procesos de discusión e intercambio de información sobre temas de su interés⁴⁶. Tal y como señala TERUEL LOZANO, Internet hoy día es una plataforma

⁴³ Es decir, como se reiterará a lo largo de este capítulo, la protección de la libertad de opiniones implica a su vez la protección de los medios específicos por los que se expresa la opinión, como es Internet. Al respecto, VAN DIJK, P. AND OTHERS, *Theory and practice of the European convention on human rights*, Intersentia, Cambridge, 2006, pp. 779-780.

⁴⁴ “(...) *We are witnessing a revolution similar to that brought about by the printing press, which helped end the monopoly of the monarchy and privileged classes over information. Then, as now, society is moving toward new spaces of freedom for the universal subject, for every citizen. (...)*” CORREDOIRA, L., “Communication Rights in an Internet-Based Society. Why Is the Principle of Universality So Important?”, *The Handbook of Communication Right, Law, and Ethics*, CORREDORIA, L., BEL MALLÉN, I., Y CETINA PRESUEL, R., Wiley Blackwell, USA, 2021, p. 43.

⁴⁵ STONE, G. R., “Privacy, the First Amendment, and the Internet”, *The offensive Internet*, LEVMORE, S., NUSSBAUM, M. C., Harvard University Press, Cambridge, 2010, p. 175.

⁴⁶ Documento para consulta pública, Carta de derecho digitales, disponible en https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/participacion_publica/audiencia/ficheros/SEDIACartaDerechosDigitales.pdf consultado el 28 de julio de 2021. que en su artículo I “*Derechos y libertades en el entorno digital*” señala “1. Los derechos fundamentales y libertades reconocidos en nuestra Constitución, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España están garantizados en el entorno o espacio digital. 2. Todas las personas poseen idénticos derechos en el entorno digital y en el analógico, sin perjuicio de las limitaciones que de acuerdo con la Constitución y las leyes pudieran establecerse atendiendo a las peculiaridades de cada ámbito. (...)” Esta propuesta de Carta de Derechos Digitales, que en diciembre del año 2020 se encontraba en fase de consulta, elaborada por el Grupo de Expertos1 constituido por la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial (SEDIA) del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. Según se indica en el apartado relativo a las “*Consideraciones Previas*”, la Carta de derechos digitales que se presenta no trata de descubrir nuevos derechos fundamentales sino de concretar los más relevantes en el entorno y los espacios digitales o describir derechos instrumentales o auxiliares de los primeros. La Carta no tiene carácter normativo, sino que su objetivo es reconocer los novísimos retos de aplicación e interpretación que la

esencial para el desarrollo personal, y ello también debe ser tutelado por la libertad de expresión⁴⁷. Con ello se garantiza una consolidación de espacios de difusión de información y se promociona e incentiva la generación de ideas y opiniones, dando lugar al empoderamiento de los ciudadanos en nuestras sociedades⁴⁸. Maximizar la participación de la ciudadanía a través del uso del Internet contribuye al desarrollo político, social, cultural y económico de las naciones, fortaleciendo la sociedad democrática⁴⁹.

A efectos de continuar con el estudio y análisis del derecho fundamental a la libertad de expresión en Internet, a continuación, se procede a desglosar los elementos básicos de esta libertad. Se centrará la atención en la naturaleza de dicho derecho, los límites y restricciones admitidos por los instrumentos nacionales e internacionales y su interpretación por los jueces competentes. Se estudiará el especial impacto que todo ello puede generar en el pleno ejercicio de la libertad de expresión en Internet.

2.1. *Naturaleza y elementos básicos de la libertad de expresión llevados a Internet*

Tal y como señala CATALÀ I BAS, la libertad de expresión conforma el *status libertatis* de la persona cuyo fin es la protección del ámbito de autonomía personal. Nace indisociablemente unida a las libertades de conciencia o de opinión, pues, para su real efectividad, es condición *sine qua non* que opiniones, ideas, pensamientos o informaciones puedan ser exteriorizados.⁵⁰ La única condición de la plena realización de la libertad de expresión, de su auténtico y real ejercicio, consiste en la ausencia de coacción. Lo que implica el respeto a la opinión del individuo, siempre y cuando se

adaptación de los derechos al entorno digital plantea, así como sugerir principios y políticas referidas a ellos en el citado contexto.

⁴⁷ TERUEL LOZANO, G., “Apuntes generales sobre la libertad de expresión en Internet”, op. cit., p. 128.

⁴⁸ En relación con la participación ciudadana e Internet, ver, entre otros, CASTELLANOS CLARAMUNT, J. “Las imbricaciones políticas entre la participación ciudadana e internet”, *Revista de Derecho Político*, número 106, septiembre-diciembre 2019, pp. 167-197.

⁴⁹ CDIH. Informe Anual 1999. Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión. Este mismo planteamiento ha sido posteriormente reiterado en el Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de 2001, de 2008, 2010, entre otros.

⁵⁰ CATALÀ I BAS, A. H., “*Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional. Hacia un derecho europeo de los derechos humanos*”, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2001, p. 75.

salvaguarde el ejercicio de esa libertad por parte de los otros interesados. Para ANSUÁTEGUI, la libertad de expresión, obedeciendo a un esquema puro y aséptico –casi de laboratorio–, no exige para su eficaz ejercicio más que una completa ausencia de intervenciones extrañas⁵¹.

El derecho a la libertad de expresión está ligado a la esfera íntima del ser humano y a su realización personal como individuo en la esfera democrática⁵². Esta libertad permite materializar el derecho a generar y transmitir ideas y opiniones que pueden contribuir a la consolidación de la opinión pública, así como a recibir información. Tiene un ámbito de actuación amplísimo que comprende toda manifestación, ya sea política, religiosa o artística, entre otras. Sólo halla límites en la forma en que se expone, ya que esta no debe sobrepasar la libre manifestación del pensamiento para convertirse en insulto o cualquier otra forma de intromisión ilegítima en la vida y asuntos ajenos⁵³. Asimismo, debe siempre respetar el ejercicio de las libertades que corresponden a otros individuos y, en todo caso, lo establecido en las leyes. La clave de la libertad de expresión está en la libre circulación y exposición de pensamientos e ideas de forma pública, pues en privado toda persona puede pensar o decir cuánto quiera.

Además, el pleno ejercicio de la libertad de expresión ampara no sólo las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes. También protege aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población⁵⁴. Aunque el ejercicio de la libertad de expresión

⁵¹ “(...) sabemos que la libertad de expresión, tal y como se entiende en el seno de sus primeras formulaciones liberales, obedece a los cánones o a los esquemas de una libertad negativa o libertad-autonomía. Según este modelo, las libertades implicarían y exigirían una zona de independencia y no intromisión, en la que el titular de ese o de esa libertad fuera soberano (...)” ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, op. cit., p. 443.

⁵² En palabras del Tribunal Constitucional, las libertades del artículo 20 de la Constitución de España, entre las que se contempla la libertad de expresión, no solo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significa el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es el valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático. Vid al respecto, Sentencias del Tribunal Constitucional número 104/1986, de 17 de julio FJ 5 y número 107/1988, de 8 de junio FJ 2, entre otras.

⁵³ SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Delimitación de las libertades informativas*, op. cit., p. 46.

⁵⁴ En esta línea el Tribunal Constitucional ha señalado que la libertad de expresión existe no solo para las informaciones que son favorablemente recibidas, o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que pueden inquietar o perturbar. Vid. Sentencias del Tribunal

sea incómodo para los titulares de los poderes públicos debe ser especialmente tutelado como condición esencial de la democracia⁵⁵. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una “*sociedad democrática*”⁵⁶.

Diversos instrumentos jurídicos, nacionales e internacionales, han reconocido la libertad de expresión como derecho fundamental de todo individuo en un Estado democrático⁵⁷. Dichos instrumentos coinciden en señalar que libertad de expresión

Constitucional número 62/1982, de 15 de octubre FJ5 y número 6/1988, de 21 de enero FJ 6, entre otras.

⁵⁵ SOLOZABAL ECHAVARRIA, J. J. “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, número 32, mayo-agosto 1991, p. 79.

⁵⁶ “La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. Al amparo del artículo 10.2 es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas inofensivas, sino también para aquellas que chocan inquietan u ofenden al Estado o a una parte de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática” Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Handyside contra Reino Unido, asunto 5493/72, de 7 de diciembre de 1976, Parágrafo 49.

⁵⁷ Este derecho ha sido recogido en diversos instrumentos internacionales, de ámbito universal, tales como el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el artículo 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966; en el ámbito europeo, el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 11 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales; y, en España, el artículo 20 de la Constitución española.

Artículo 19 de la Declaración Universal de los derechos humanos:

“*Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión*” disponible en http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf consultado el día 23 marzo de 2021

El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966 en su artículo 19 establece:

“1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.” disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx> consultado el día 23 marzo de 2021

*I. Libertad de expresión e información en Internet.
La expansión del ámbito de difusión de la opinión*

garantiza a toda persona la posibilidad de expresarse y transmitir libremente sus pensamientos e ideas de todo tipo, sin que por ello deba verse coaccionado o perseguido. También hace parte del derecho a la libertad de expresión recibir informaciones y opiniones de toda índole. El derecho a la libertad de expresión permite al individuo la libertad de expresar su opinión y la libertad de recibir información o ideas⁵⁸, sin que pueda

Por su parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos recoge en el artículo 10 en los siguientes términos:

“Artículo 10 Libertad de expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.” disponible en http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf disponible disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx> consultado el día 23 marzo de 2021.

El artículo 11 de la Carta Europea de Derecho Fundamentales señala con relación al derecho a la libertad de expresión y de información:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. (...)” disponible en http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf consultado el día 23 marzo de 2021.

La Constitución española lo hace, a su vez, en su artículo 20:

“Artículo 20

1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. (...)

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa (...)

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto de los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”. Constitución de España, disponible en <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf> consultado el día 23 marzo de 2021.

⁵⁸ *“Article 10 of the European Convention on Human Rights (ECHR) includes within its conception of “the right to freedom of expression” the freedom to hold opinions, and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. It does, however, explicitly permit states to require the licensing of broadcasting, television, or cinemas enterprises. It provides also that these freedoms may be subject to such formalities, conditions, restrictions, or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority*

haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. La libertad de expresión entraña la garantía de no ser molestado a causa de sus opiniones, lo que obliga a las autoridades a no interferir en su libre ejercicio⁵⁹. Esto es, un derecho del individuo que prohíbe toda intervención tendente a impedir o coartar su comunicación con los demás, necesario para el desarrollo de su personalidad espiritual, constituyéndose en soporte de una opinión pública libre, sin la cual no puede haber democracia⁶⁰.

En los citados artículos 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (“CEDH”), 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (“PIDCP”), y 20 de la Constitución de España de 1978 se recogen pautas que deben ser tenidas en cuenta a efectos de conocer el alcance y límites de la libertad de expresión, siempre bajo la premisa de que esta libertad entraña deberes y responsabilidades especiales.

El derecho a la libertad de expresión incluye cualquier tipo de expresión, oral o escrita, impresa u *online*, y en todas las formas y medios existentes. La regulación que recogen los instrumentos normativos citados sobre el ejercicio de la libertad de expresión no contempla referencias específicas a ningún medio, lo que necesariamente implica que ningún tipo de medio se encuentra excluido⁶¹. En este sentido, la libertad de expresión a

and impartiality of the judiciary.” WACKS, R., *Privacy and media freedom*, Oxford University Press, Cambridge, 2013, pp. 39-40.

⁵⁹ Según apunta TERUEL LOZANO, G. “*la libertad de expresión en ordenamientos liberal-democráticos se suelen distinguir dos modelos: uno basado en la concepción de la libertad de expresión como libertad negativa, que es el mantenido preferentemente en Estados Unidos; y otro que la concibe como una libertad positiva en el marco de una democracia militante, el cual se asocia al modelo europeo. Si bien, a mi entender, creo que podría reconocerse un tercer modelo: el latino, abierto y personalista, que se da en países como España o Italia y que se basa en un reconocimiento de la libertad como un derecho de defensa de la propia persona para su libre desarrollo (...) limitada únicamente cuando ésta genera un daño relevante contra un bien jurídico constitucional principalmente de carácter individual, pero que al mismo tiempo no desconoce que tal libertad tiene una importancia para el orden democrático y se erige en un valor objetivo. (...)*” TERUEL LOZANO, G., “Libertad de expresión y discurso de odio en países democráticos”, *Defensor*, febrero, 2017, p. 22. Al respecto ver también el Informe Anual 1999. Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión. Este mismo planteamiento ha sido posteriormente reiterado en el Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de 2001, de 2008, 2010, entre otros.

⁶⁰ SOLOZABAL ECHAVARRIA, J. J., “Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información”, *Revista española de derecho constitucional*, año 8, número 23, 1998, p. 142.

⁶¹ “(...) *doble carácter que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo cuantos derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y*

través de Internet se encuentra contemplada en los instrumentos normativos citados. Esto garantiza que la cultura de la participación e interacción se extienda con una mayor celeridad, tanto desde plataformas propias como de terceros⁶².

En conexión con lo indicado en el anterior párrafo, encontramos que en la Declaración Conjunta sobre la Libertad de Expresión e Internet de 2011 se señala que la libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación⁶³. En el mismo sentido el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (“CDH-ONU”) ha afirmado que los mismos derechos que las personas tienen *offline* también deben estar también protegidos *online*, en particular la libertad de expresión, que es aplicable sin consideración de fronteras y por cualquier medio que se elija⁶⁴.

pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derechos y, más tarde, en el Estado Social de Derecho o el Estado Social y democrático de Derecho (...), SOLOZABAL ECHAVARRIA, J. J., “Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información”, op. cit., p. 142.

⁶² “78. *Internet se ha convertido en uno de los vehículos más importantes que permite a los ciudadanos ejercer su derecho a la libertad de opinión y de expresión, y puede desempeñar un papel importante en la promoción de los derechos humanos, la participación democrática, la rendición de cuentas, la transparencia y el desarrollo económico. (...)* 79. *La regla general debe ser mantener la apertura y el libre flujo de información a través de Internet, y con carácter excepcional se admitirán limitaciones, que deberán ajustarse a los criterios establecidos en la normativa internacional de los derechos humanos (...)*” Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de la ONU, A/66/290, de fecha 10 de agosto de 2011, apartados 78 y 79 disponible en <https://undocs.org/es/A/66/290> consultado 23 de marzo 2021.

⁶³ Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet, adoptada el 1 de junio de 2011 por el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la libertad de Opinión y Expresión, el Representante para la Libertad de Medios de Comunicación de la OSCE, la Relatora Especial de la OEA para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de expresión y Acceso a la Información de la CADHP disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&IID=2> consultado el día 23 de marzo 2021.

⁶⁴ “(...) 1. *Affirms that the same rights that people have offline must also be protected online, in particular freedom of expression, which is applicable regardless of frontiers and through any media of one’s choice (...)*” Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, de 16 de julio de 2012, Resolución A/HRC/RES/20/8, de la promoción, protección y disfrute de los Derechos Humanos en Internet, disponible en <https://undocs.org/A/HRC/RES/20/8> consultado el día 23 de marzo de 2021. El principio “lo que aplica *offline* aplica *online*” se reitera en la Resolución A/HRC/32/L.20 del 27 de junio de 2016 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU “(...) 1. *Affirms that the same rights that people have offline must also be protected online, in particular freedom of expression, which is applicable regardless of frontiers and through any media of one’s choice, in accordance with articles 19 of the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights (...)*”, disponible en <https://undocs.org/A/HRC/32/L.20> consultado el día 23 de marzo de 2021.

El TEDH ha destacado que, en cuanto al alcance material del artículo 10 de la CEDH, éste está destinado a aplicarse a la comunicación por medio de Internet, cualquiera que sea el tipo de mensaje que se pretenda transmitir e incluso cuando el objetivo perseguido sea lucrativo⁶⁵. El TEDH destaca que el Estado, además de abstenerse de interferir en las garantías otorgadas en el CEDH, tiene la obligación de tomar medidas para proteger las libertades allí consagradas⁶⁶. Por tanto, corresponde al Estado, en última instancia, garantizar una pluralidad informativa y contrastada a través de los diversos canales de comunicación.

En particular, el TEDH, en el marco de las decisiones emitidas en diversos casos analizados⁶⁷, considera que los siguientes supuestos y situaciones estarían amparados por el ejercicio de la libertad de expresión a través de Internet: (i) el mantenimiento de archivos de Internet, en la medida en que representan un aspecto crítico de la función que desempeñan los sitios de Internet; (ii) la publicación de fotografías en un sitio de Internet especializado en moda y que ofrece fotos y vídeos de desfiles de moda de forma gratuita o de pago; (iii) el hecho de que un partido político publique una aplicación que permita a los votantes compartir fotografías anónimas de sus papeletas inválidas y comentarios sobre sus razones para votar; y, (iv) el uso de determinados sitios que permiten compartir información, en particular YouTube, sitio web de alojamiento de video en el que los usuarios pueden cargar, ver y compartir videos y *Google Sites*, un servicio de *Google* diseñado para facilitar la creación y el intercambio de sitios web dentro de un grupo⁶⁸.

Según se podrá estudiar en el apartado 3 del presente Capítulo, la libertad de expresión puede verse sometida a ciertos límites establecidos en la normativa citada. En cualquier caso, las restricciones a las que se pueda someter la libertad de expresión en Internet solo resultan aceptables cuando cumplen con los requisitos exigidos en la

⁶⁵ Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights, Freedom of expression, updated 30 Abril 2021, párrafo 608, disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_10_ENG.pdf consultado el día 23 de mayo de 2021.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 10ª), *Affaire Dink contra Turquía*, asuntos 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 y 7124/09, de 14 de septiembre de 2010, Parágrafo 106.

⁶⁷ Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights, Freedom of expression, op. cit., párrafo 609.

⁶⁸ Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights, Freedom of expression, op. cit., párrafo 609.

normativa aplicable. Entre otros aspectos, dichas restricciones deberán estar previstas por la ley y perseguir una finalidad legítima y ser necesaria para dicha finalidad⁶⁹. Ahora bien, deberá atenderse a las particularidades de Internet, por lo que no puede transferirse sin más los enfoques de reglamentación desarrollados para otros medios de comunicación⁷⁰.

2.1.1. Libertad de opinión y expresión en la sociedad de la información

Tal y como se ha señalado previamente, ningún gobierno puede proscribir o prohibir las opiniones de los individuos. La libertad de expresión y de opinión no se aplica solamente a las "informaciones" o "ideas" que se reciben favorablemente o se consideran inocuas o indiferentes, sino también a las que ofenden, hieren o molestan. Así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y la mentalidad amplia, sin los cuales no hay "sociedad democrática"⁷¹. Esta es una circunstancia que no se ha visto alterada en la sociedad de la información. De manera que la libertad de opinión en Internet es principalmente relevante como parte de la libertad de expresión⁷².

En lo que respecta a la promoción del derecho a la libertad de opinión y expresión, Internet se ha convertido en un medio de comunicación vital para que las personas puedan ejercer su derecho a la libertad de expresión o el derecho a buscar, difundir y recibir informaciones de toda índole, sin consideración de fronteras, tal y como se garantiza en los artículos 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del PIDCP⁷³.

La era digital brindaba un espacio para el desarrollo de una libertad de expresión que promueve más que la democracia, la "*cultura democrática*". Es decir, una cultura en la

⁶⁹ Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet, adoptada el 1 de junio de 2011, op. cit., Principios generales, 1. a.

⁷⁰ Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet adoptada el 1 de junio de 2011, op. cit., Principios generales, 1. c.

⁷¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Lingens contra Austria, asunto 9815/82, de 8 julio 1986, parágrafo 41, doctrina que ha sido reiterada posteriormente en diversas decisiones, entre ellas, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Vereinigung demokratischer soldaten österreichs y Gubi contra Austria, asunto 15153/89, de 19 de diciembre de 1994, FJ. 36.

⁷² "In a similar way, the Internet as a medium does not come into play as long as opinions are not expressed. Freedom of opinion on the Internet is thus mainly of relevance as part of freedom of expression." BENEDEK, W. and KETTEMAN, M. C., *Freedom of expression and the Internet*, Council of Europe, Strasbourg, 2013, p. 27.

⁷³ Informe Anual de 2011 A/66/290. Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión de la ONU, op. cit., parágrafo 10.

cual cualquier persona puede participar, tanto colectiva como individualmente, en la creación y elaboración de significados culturales en los que participan como individuos⁷⁴. Posibilita el desarrollo de un carácter democrático e incrementa el grado de participación real de los individuos en las comunicaciones interpersonales⁷⁵. En la era digital, distribución de contenidos e innovación van de la mano⁷⁶. Ahora bien, aun cuando estas eran las expectativas que impulsaron este espacio en sus inicios, años después es dudoso que se puede afirmar tan claramente. Para el TEDH, el ejercicio real y efectivo de esta libertad no depende únicamente del deber de no intervención del Estado, sino que puede requerir medidas positivas de protección a quien desea hacer uso de su libertad de expresión, incluso en el ámbito de las relaciones entre particulares⁷⁷.

Como señala el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la ONU Internet, a diferencia de cualquier otro medio de comunicación anterior, permite a las personas comunicarse instantáneamente y a bajo coste, y sus repercusiones en el intercambio y el acceso a la información y a las ideas, y en el propio periodismo son incuestionables⁷⁸. La realidad ha desbordado cualquier previsión de estas tendencias de participación del individuo como generador de ideas. Internet permite que, quien así lo desee deje de ser pasivo y se convierta en un *prosumidor*⁷⁹.

⁷⁴ En palabras de BALKIN, J.M. “*Democratic culture, by contrast, is not solely concerned with people’s ability to be informed about a particular agenda. It is concerned with participation, interaction, and the ability of people to create, to innovate, to borrow ideas and make new ones.*” BALKIN, J. M., “Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society”, op. cit., p. 40.

⁷⁵ BALKIN, J.M., “The future of free expression in a digital age”, *Pepperdine law review*, vol. 13, issue 2, 2009, p. 438.

⁷⁶ BALKIN, J. M., “Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society”, op. cit., p. 9.

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (Sección Cuarta), Appleby y otros contra Reino Unido, asunto 44306/98, 24 de septiembre de 2003, parágrafo 39.

⁷⁸ Informe Anual de 2011 A/66/290. Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión de la ONU, op. cit., parágrafo 10.

⁷⁹ En palabras de COTINO HUESO, L. “(...) *Frente a la web 1.0, ahora se permite la integración, interacción y selección de contenidos por el usuario (YouTube, por ejemplo), que deja de ser un receptor, un consumidor de información, sino un “prosumidor” (prosumer) de información, esto es, un híbrido de consumidor y productor de contenidos, en deliberación continua. (...)*” COTINO HUESO, L., *Democracia electrónica y libertades en la red*, versión actualizada a mayo de 2012, disponible en http://documentostics.com/component/option.com_docman/task.doc_view/gid.1531 consultado el día 23 de marzo de 2021.

Internet es utilizado como medio para expresar opiniones. Actualmente, es en las plataformas de Internet, como por ejemplo en las redes sociales, donde se crea un ambiente alentador, para que todas aquellas personas interesadas en participar en un debate público, tengan la confianza de expresar sus opiniones sin temor a ser sancionadas, a pesar de que éstas sean contrarias a la opinión de la mayoría. Esta sensación se corresponde con lo que en el fondo pretende garantizar el derecho a la libertad de expresión, que los hombres sean libres de expresarse y transmitir ideas públicamente y con trascendencia pública⁸⁰.

Estas facilidades técnicas se plantean como inamovibles, y, de hecho, se puede apreciar que la tecnología tiende a continuar evolucionando en este sentido, haciendo de todos los usuarios generadores de contenidos permanentes y al instante.

2.1.2. No autorización previa

Otro de los condicionantes para el ejercicio de la libertad de expresión es que no se requiere ningún tipo de autorización o licencia para poder expresar libremente una opinión o una consideración respecto de cualquier tema. De manera que, limitar el derecho de acceso a Internet imponiendo algún tipo de salvoconducto o credencial, sería reprochable constitucionalmente. Como señala TERUEL, cualquier medida que implique la restricción o limitación previa del derecho al libre acceso a las fuentes de información, con independencia de su «debilidad» o «sutileza», ha de ser considerada proscrita⁸¹.

⁸⁰ Para FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.L., “(...) se requiere la elaboración de un nuevo modelo regulatorio en el que se aprecie la variedad de tipos de comunicación que ofrece Internet, dado que la comunicación realizada a través de la radiodifusión no goza del mismo modo que la prensa escrita de los derechos a una comunicación libre. La televisión y la radio tienen recomendadas funciones de servicio público, y en eso se diferencia de la prensa escrita. Los periódicos y las editoriales pueden crearse simplemente con la abstención de los poderes públicos, pero no se puede crear una televisión si no hay una atribución de frecuencias o un título administrativo de disfrute del dominio público por parte del Estado. De ello se deriva que, según su criterio, se requiera la elaboración de un nuevo modelo regulatorio en el que se aprecie la variedad de tipos de comunicación que ofrece Internet. (...)” FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L., “La regulación de la libertad de expresión en Internet en EE. UU. Y la UE”, *Revista de Estudio Políticos (Nueva Época)*, número 103, enero-marzo, 1999, pp. 153.

⁸¹ TERUEL LOZANO, G: M., “Libertad de expresión en Internet, control de contenidos de las páginas web y sus garantías constitucionales”, op. cit., p. 16.

En relación con los prestadores de servicios intermediarios, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (“Directiva de Comercio Electrónico” o “Directiva 2000/31/CE”)⁸² en su artículo 4 recoge el “principio de no autorización previa”. Este principio establece que los Estados miembros dispondrán que el acceso a la actividad de prestador de servicios de la sociedad de la información no puede someterse a autorización previa ni a ningún otro requisito con efectos equivalentes⁸³.

Esto se puede valorar como positivo, ya que no se condiciona con trámites adicionales a quien desee prestar servicios en la sociedad de la información. La garantía de la libertad en Internet pasa por su defensa como espacio público⁸⁴.

Entendemos que esto obedece a la voluntad del legislador europeo de garantizar la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros. Además, este tipo de limitación o condicionantes limitarían la creación de canales de comunicación en Internet. Aunque podría decirse que esta es una cuestión que vincula más a la libre iniciativa económica, también afecta a las libertades informativas, en la medida en que se está poniendo en juego la posibilidad de crear y desarrollar las infraestructuras necesarias para la comunicación y difusión de información⁸⁵. Por tanto,

⁸² 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 (Directiva sobre el comercio electrónico), disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/Es/TXT/?uri=celex:32000L0031> consultado el día 23 de marzo de 2021.

⁸³ La Ley 34/2000, de 11 de julio, de servicios de la Sociedad de la información y de comercio electrónico, por la cual se traspone la Directiva de Comercio Electrónico, recoge en su artículo 6 de igual manera la “No sujeción a autorización previa” para la prestación de servicios de la Sociedad de la información. Esta norma no afectará a los regímenes de autorización previstos en el ordenamiento jurídico que no tengan por objeto específico y exclusive la prestación por vía electrónica de los correspondientes servicios, disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758> consultado el día 23 de marzo de 2021.

⁸⁴ “The internet has become the public space of the 21st century -- the world's town square, classroom, marketplace, coffeehouse, and nightclub. We all shape and are shaped by what happens there, all 2 billion of us and counting. (...)” CLINTON, H., “Internet Rights and Wrongs: Choices and Challenges in a Networked World”, *Internet Freedom*, Universidad de Georgetown, 15 de febrero de 2011, disponible en <https://www.eff.org/es/document/secretary-clintons-internet-rights-and-wrongs-choices-and-challenges-networked-world-speech> consultado el 15 de febrero de 2013.

⁸⁵ TERUEL LOZANO, G. M., “Libertad de expresión en Internet, control de contenidos de las páginas web y sus garantías constitucionales”, op. cit., p. 16.

tampoco sería admisible desde una perspectiva constitucional medidas de autorización previa para desarrollar estas actividades.

Las licencias administrativas que se suelen exigir a los medios de comunicación tradicionales (televisión, radio), obedecen más a la potestad del Estado de gestionar espacios limitados entre los interesados. Esta situación no concurre en Internet ya que todo usuario puede acceder a Internet sin que ello suponga un detrimento de otros, por lo que no hay un problema de escasez; tampoco hay en principio barreras de entrada que puedan dar lugar a problemas de concentración, ni controles de acceso a los proveedores; y en la medida que en la Internet es necesaria navegar para acceder a la información, tampoco hay entonces un problema de exceso de penetración⁸⁶.

Toda medida que garantice y facilite el acceso a Internet es desde luego necesaria para garantizar el adecuado ejercicio de la libertad de expresión. Contrario sensu, cualquier trámite adicional que se imponga bien a los usuarios o a los prestadores de servicios intermediarios debilitará innecesariamente la consolidación de una verdadera sociedad de la información.

2.1.3. Libertad de información en Internet

Lo ideal en una sociedad democrática es que los individuos tomen decisiones políticas soportadas en un flujo constante y abierto de información y opinión. De igual manera, los gobernantes necesitan ese flujo libre de información constante para guiar y reforzar la toma de otras decisiones que tienen impacto en la vida de los ciudadanos y gobernantes⁸⁷.

El Tribunal Constitucional ha señalado que los derechos de información son una concreción del derecho a la libre expresión del pensamiento, y ha considerado el derecho a recibir información veraz, como una redundancia o el reverso del derecho a expresar la

⁸⁶ TERUEL LOZANO, G: M., “Libertad de expresión en Internet, control de contenidos de las páginas web y sus garantías constitucionales”, op. cit., p. 16.

⁸⁷ REDISH, M. H., “The value of free speech”, *Freedom of speech*, volumen I, Ashgate Dartmouh, New York, 2000, p. 166.

información, pues no hay comunicación sin recepción⁸⁸. Como señala PRESNO LINERA, la libertad de expresión protege la realización de todo acto expresivo, mediante el que se comuniquen ideas, pensamientos o juicios de valor, en cambio, el derecho a la información se refiere a la comunicación de hechos⁸⁹.

En cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, al Estado social y democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal⁹⁰. Para este alto Tribunal existe un interés colectivo a la información porque el defecto en la misma privaría a los ciudadanos de la libertad de decidir con todo conocimiento de causa en torno a los problemas que más les importan. La libertad de información protege no sólo al comunicante, sino toda la actividad preparatoria de dicha comunicación⁹¹.

El derecho a ser informado, a recibir información, constituye más bien un reflejo del primero, de ordinario un interés simple no accionable, aunque susceptible de convertirse en profundos movimientos de opinión pública⁹². De ahí que la libertad de expresión se nutra, en gran parte, de la información que se publica y que se pone a disposición de los demás a través de su difusión por los diversos canales de comunicación⁹³.

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2ª), número 6/1981, de 16 de marzo de 1981, FJ 4.

⁸⁹ PRESNO LINERA, M. A., “La libertad de expresión según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de la Facultad de Derecho de México* Tomo LXX, Número 276, Enero-Abril 2020, p. 466.

⁹⁰ “Los derechos fundamentales son así un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual. Establecen por así decirlo una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna”. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Plena), número 25/1981, de 14 de Julio de 1981, FJ 5.

⁹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Plena), número 12/1982, de 31 de marzo de 1982, FJ. 3.

⁹² SOLOZABAL ECHAVARRIA, J. J., “Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información”, op. cit., p. 142.

⁹³ “(...) 1. Sin duda la libertad de expresión ha alcanzado su máxima expresión, y esta vez sí para todos, gracias a la disponibilidad de la red. Y cabría decir que también de ello se beneficia el derecho a la información en la medida en que se universaliza y facilita la obtención de información de todo orden que hoy cómodamente podemos encontrar en la red. Pero esta segunda afirmación requiere de matices pues la posibilidad de hallar todo tipo de información no se corresponde exactamente con el derecho a la información sobre las cuestiones que nos afectan o de cuyo conocimiento puede depender nuestra actuación consecuente. (...) la sobreabundancia de información no impide que sigamos sin conocer aquello que realmente podría interesarnos más o que deseáramos conocer para determinar el sentido de nuestro voto. (...)” CORREDOIRA Y ALFONSO, L. Y SÁNCHEZ FERRIZ, R., “La compleja configuración de un derecho-libertad polédrico, el derecho a la información. Referencias históricas”, *Revista de Derecho Público*, número 99, mayo-agosto, 2017, p. 43.

La consolidación de Internet ha favorecido que progresivamente⁹⁴ más ciudadanas y ciudadanos tengan la posibilidad de acceder a plataformas ofrecidas en Internet para expresar libremente sus opiniones, para informarse e informar sobre la realidad de su comunidad o informarse sobre situaciones de interés general en diversos puntos del mundo⁹⁵. La libertad de recibir y difundir información e ideas “*sin consideración de fronteras*” ha logrado su mayor alcance a través de Internet, como medio verdaderamente global para quienes tienen acceso a él⁹⁶.

El TEDH ha manifestado en diversas ocasiones que el artículo 10 de la CEDH garantiza no solamente el derecho a comunicar informaciones, sino también el derecho del público, a recibirlas. En concreto, el TEDH, en el caso *Ahmet Yildirim* contra Turquía, señala que *Google Sites* es una herramienta de Google que permite crear y compartir sitios webs en un grupo y constituye así un medio para ejercer la libertad de expresión⁹⁷. A este respecto, subraya que el artículo 10 garantiza la libertad de expresión a “toda persona”; no hace distinciones sobre la naturaleza de la finalidad que se persigue, ni según el papel

⁹⁴ Según una encuesta sobre equipamiento y uso de tecnologías de información y comunicación en los hogares realizada por el Instituto Nacional de Estadística (“INE”), en 2021 el 95,9% de los hogares en España disponen de conexión a Internet por banda ancha fija y/o móvil, frente al 95,3% de 2020 disponible en https://www.ine.es/prensa/tich_2021.pdf consultado el día 23 diciembre 2021.

⁹⁵ Solo por mencionar algunos hechos trascendentales en la historia contemporánea, la captura y muerte de Osama Bin Laden fue reportada a través de *Twitter* antes que en cualquier medio de comunicación, (disponible en <http://www.bbc.com/news/technology-13257940> consultado el día 23 de diciembre de 2021), (disponible en <http://edition.cnn.com/2011/TECH/social.media/05/02/osama.twitter.reports/> consultado el día 23 de diciembre de 2021), (disponible en <http://techcrunch.com/2011/05/01/news-of-osama-bin-ladens-death-spreads-like-wildfire-on-twitter/> consultado el día 23 de diciembre de 2021). También es importante recordar la amplia cobertura que se hizo de la primavera árabe en las redes sociales, que se convirtieron en los canales de comunicación más idóneos para informar al instante sobre los sucesos más relevantes (v. gr.: hasta 45 “*tweets*” por minuto durante la ocupación de la Plaza Tahrir en el Cairo). Las redes sociales se impusieron al silencio mediático producto de la censura de los medios de comunicación tradicionales, tal y como señalan Reporteros sin fronteras. Otro ejemplo es el de la joven adolescente palestina Farah Baker, convertida en improvisada reportera de guerra en los bombardeos a Gaza del verano de 2014. Esta joven a través de su cuenta de *Twitter* recogía en tiempo real los sucesos de los que tenía conocimiento, pudiendo llegar a su más de 200.000 seguidores (disponible en <http://primerasnoticias.com/2014/08/joven-de-gaza-improvisada-reportera-de-guerra-en-twitter/> consultado el día 23 de diciembre de 2021)

⁹⁶ “*The freedom to receive and impart information and ideas “regardless of frontiers” has reached its widest scope through the Internet as a truly global medium for those who have access to it.*” BENEDEK, W. y KETTEMANN M. C., *Freedom of expression and the Internet*, op. cit., p. 27.

⁹⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Segunda), *Ahmet Yildirim* contra Turquía, asunto 3111/10, de 18 de marzo de 2013, FJ 49.

que las personas físicas o jurídicas han desempeñado en el ejercicio de tal libertad⁹⁸. Para este Tribunal también es relevante el hecho de que Internet se haya convertido en uno de los principales medios a través de los cuales las personas ejercen su derecho a la libertad de recibir y difundir información e ideas, proporcionando herramientas esenciales para la participación en actividades y debates sobre cuestiones políticas y de interés general⁹⁹.

Además, el TEDH observa que un número cada vez mayor de servicios e información solo está disponible a través de Internet. Además, la información política ignorada por los medios de comunicación tradicionales a menudo se ha difundido a través de Internet, lo que ha permitido el surgimiento del periodismo ciudadano¹⁰⁰. Así lo ha puesto de manifiesto en el caso *Cengiz y otros* contra Turquía en el que el TEDH admitió que YouTube es una plataforma única por sus características, su accesibilidad y, sobre todo, su impacto potencial que, en efecto, permitieron a los demandantes compartir videos y difundir información e ideas¹⁰¹.

Tal y como se recoge en la Declaración del Comité de Ministros sobre la protección de la libertad de expresión y la libertad de reunión y asociación, en relación con las plataformas de Internet y los proveedores de servicios en línea, la libertad de los medios de comunicación, son indispensables para una auténtica democracia y para los procesos democráticos¹⁰². En dicha Declaración se subraya, la necesidad de reforzar las políticas que defienden la libertad de expresión, y el derecho a difundir y recibir información de conformidad con el artículo 10 del CEDH y la jurisprudencia del TEDH.

⁹⁸ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Segunda), Ahmet Yuldirim contra Turquía, asunto 3111/10, de 18 de marzo de 2013, FJ 49.

⁹⁹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Segunda), Cengiz y otros contra Turquía, asuntos 48226/10 y 14027/11, de 1 de marzo de 2016, FJ 49.

¹⁰⁰ Guide on Article 10 of European Convention on Human Rights, Freedom of expression, op. cit., párrafo 607.

¹⁰¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Segunda), Cengiz y otros contra Turquía, asuntos 48226/10 y 14027/11, de 1 de marzo de 2016, FJ 52. Ver también Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Segunda), Kalda contra Estonia, asunto 17429/10, de 19 de enero de 2016, FJ 52 y Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Cuarta), Jankovskis contra Lituania, asunto 21575/08, de 17 de enero de 2017, FJ 49.

¹⁰² Declaración del Comité de Ministros sobre la protección de la libertad de expresión y la libertad de reunión y asociación en relación con las plataformas de Internet y los proveedores de servicios en línea de titularidad privada (Adoptada por el Comité de Ministros el 7 de diciembre de 2011 en la 1129ª reunión de los Delegados de los Ministros).

Las libertades informativas incluyen una fuerte protección de las actividades periodísticas. En relación con el periodismo ejercido a través de Internet, el TEDH, en el caso *Consejo Editorial de Pravoye Delo y Shtekel* contra Ucrania¹⁰³, señala que Internet es una herramienta de información y de comunicación que se distingue particularmente de la prensa escrita, principalmente en cuanto a su capacidad para almacenar y difundir información. Esta red electrónica, que comunica a millones de usuarios por todo el mundo, no es, y posiblemente nunca sea, sometida a las mismas reglas ni al mismo control. El TEDH considera que la ausencia de un marco legal suficiente a nivel interno, que permita a los periodistas utilizar información de Internet sin temer ser expuestos a sanciones, obstaculiza gravemente el ejercicio por la prensa de su función vital de «perro guardián». Además, puede ser constitutiva de una injerencia injustificada en la libertad de la prensa sobre el terreno del artículo 10 del CEDH¹⁰⁴.

En el caso *Times Newspaper Ltd. (Nº 1 y 2)* contra Reino Unido, en el marco de la revisión del recurso, el TEDH recuerda que en sus decisiones ha subrayado sistemáticamente que, en términos generales, el artículo 10 del CEDH garantiza no sólo el derecho a difundir información, sino también el derecho del público a recibirla. En lo que respecta a Internet, dada su accesibilidad y su capacidad para almacenar y comunicar grandes cantidades de información, Internet desempeña un papel importante para mejorar el acceso del público a las noticias y facilitar la difusión de la información en general. El mantenimiento de los archivos de Internet es un aspecto fundamental de esta función y, por lo tanto, el TEDH considera que dichos archivos entran en el ámbito de la protección que ofrece el artículo 10 del CEDH¹⁰⁵.

¹⁰³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Quinta), *Comité editorial de Pravoye Delo y Shtekel* contra Ucrania, asunto 33014/05, de 5 de mayo de 2011, FJ 63.

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Quinta), *Consejo Editorial de Pravoye Delo y Shtekel* contra Ucrania, asunto 33014/05, de 5 de agosto de 2011, FJ 63 y 64. Al respecto, cabe resaltar “*It has acknowledged that the electronic network, serving billions of users worldwide, is not and potentially will never be subject to the same regulations and control, and that the policies governing reproduction of material from the printed media and the Internet may differ. The rules governing the latter undeniably have to be adjusted according to the technology’s specific features in order to secure the protection and promotion of the rights and freedoms concerned*” *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights, Freedom of expression*, op. cit., parágrafo 602.

¹⁰⁵ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Cuarta), *Times Newspaper Ltd. (Nº 1 y 2)* contra Reino Unido, asuntos 3002/03 y 23676/03, de 10 de junio de 2009, FJ 27.

Internet también ha creado el nuevo fenómeno de los "periodistas ciudadanos", que informan desde todos los rincones del mundo. En particular, desde zonas de guerra y disturbios a los que los periodistas convencionales no tienen acceso. Informan de las violaciones de los derechos humanos en el momento en que se producen, a menudo con fotos y vídeos. Además, los "*blogueros*", cumplen una función similar a la de los periodistas cuando discuten temas de interés en sus blogs. Esto plantea la cuestión de la protección de los ciudadanos corresponsales en sus libertades informativas.

También nos encontramos con el problema de la calidad de las noticias proporcionadas a través de Internet por diferentes actores y comunicadores. Sin perjuicio de que esto no es el objeto del presente, se enuncia al ser una situación que ciertamente preocupa a la sociedad internacional y que demanda una pronta solución. Esto a efectos de garantizar que los beneficios de Internet respecto de la comunicación de información y la pluralidad de comunicadores no se vea limitado con la excusa de evitar este tipo de problemas de la calidad de las noticias proporcionadas. El Relator Especial de la ONU sobre el derecho a la libertad de opinión y de expresión ha subrayado la importancia de esta nueva forma de periodismo para una mayor diversidad de puntos de vista y opiniones. Principalmente en los casos en los que los periodistas tienen un acceso limitado, por ejemplo, en tiempos de crisis humanitarias o de desastres naturales, las imágenes grabadas en los teléfonos móviles o los mensajes publicados en línea por los *bloggers* y en las redes sociales, han sido fundamentales para mantener a la comunidad internacional informada de la situación sobre el terreno¹⁰⁶.

2.1.4. Acceso a Internet como garantía de la libertad de expresión

La democratización del discurso se produce gracias al acceso a las tecnologías de distribución y transmisión, puestas en manos de un mayor número de personas pertenecientes a diversos segmentos de la sociedad en todo el planeta¹⁰⁷. En este contexto, el acceso a Internet tiene una importancia primordial para el pleno disfrute de la libertad

¹⁰⁶ CDIH. Informe Anual de 2011 A/66/290. Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión de la ONU, op. cit., párrafo 13.

¹⁰⁷ BALKIN, J. M., "Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society", op cit., p. 9.

de expresión; tanto para recibir como para compartir información e ideas¹⁰⁸. El derecho de acceso a Internet ha sido gradualmente considerado un derecho humano emergente en sí mismo. Esto último, teniendo en cuenta el papel crucial que desempeña para garantizar el de otros derechos humanos, en particular la libertad de expresión.

En mayo de 2003, el Consejo de Europa adoptó la Declaración sobre la libertad de comunicación en Internet¹⁰⁹. En los Considerandos de esta Declaración, se pone de manifiesto la preocupación por los intentos de limitar el acceso público a la comunicación en Internet por razones políticas u otros motivos contrarios a los principios democráticos. De igual manera, se indica que es necesario eliminar los obstáculos al acceso individual a Internet, e impulsar las medidas emprendidas para crear puntos de acceso público. Solo a partir de la efectiva garantía de acceso a Internet por parte de los ciudadanos, será posible el libre acceso a los diversos servicios prestados a través de Internet. Esto contribuirá a garantizar el derecho de los usuarios a acceder a contenidos plurales de diversas fuentes nacionales y extranjeras. El acceso, la capacidad y la habilidad para utilizar Internet deben considerarse indispensables para el pleno ejercicio y disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la sociedad de la información¹¹⁰.

En línea con lo anterior, en la Declaración Conjunta sobre Internet y sobre Medidas Anti-Terroristas de fecha 21 de diciembre de 2005, adoptada por el Relator Especial de la ONU para la libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de expresión, se indica claramente que el derecho a la libertad de expresión impone a todos los Estados la obligación de asignar

¹⁰⁸ Para un estudio pormenorizado sobre el estado actual del reconocimiento del acceso universal a Internet como derecho reconocido en la normativa a los ciudadanos ver COTINO HUESO, L. "Online-offline. Las garantías para el acceso a Internet y para la desconexión, bloqueo, filtrado y otras restricciones de la red y sus contenidos" *Revista de Derecho Político*, UNED, N 108, mayo-agosto, 2020, pp. 13-39.

¹⁰⁹ Council of Europe (28 May 2003), Council of Ministers' Declaration on freedom of communication on the Internet (disponible en https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dfbd5 consultado el día 27 de abril 2021).

¹¹⁰ Recommendation CM/Rec (2007) 16 of Committee of Ministers to Member States on measures to promote the public service value of Internet, adopted by the Committee of Ministers on 7 November 2007 of the 1010th meeting of Ministers' Deputies.

los recursos adecuados para promover al acceso universal a Internet, incluyendo puntos de acceso en la vía pública. La comunidad internacional debe tener el acceso universal a Internet como una prioridad en el marco de programas asistenciales para ayudar a los países pobres a cumplir con esta obligación¹¹¹.

De igual manera, en el Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de la libertad de opinión y de expresión A/66/290 de fecha 10 de agosto de 2011, se remarca la importancia de garantizar, tanto el acceso a Internet, como el acceso a contenidos en línea¹¹². Según se indica en dicho Informe, cualquier persona con acceso a Internet tiene ahora la posibilidad de difundir información a una audiencia mundial¹¹³.

El acceso Internet es esencial para una sociedad verdaderamente democrática¹¹⁴, ya que no solo permite consultar diversas fuentes de información, sino que garantiza la posibilidad de que quien así lo desee ponga en línea contenidos de diversas temáticas. En palabras del Relator Especial de la ONU, aunque el acceso a Internet no sea aún un derecho humano como tal, los Estados tienen la obligación positiva de promover o facilitar el disfrute del derecho a la libertad de expresión y los medios necesarios para ejercer este derecho, lo que incluye a Internet¹¹⁵.

¹¹¹ Declaración Conjunta sobre Internet y sobre Medidas Anti-Terroristas de fecha 21 de diciembre de 2005 (Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=650&IID=2> consultado el día 27 de abril de 2021).

¹¹² “*Los Estados están obligados a garantizar el libre flujo de ideas e información y el derecho a solicitar y recibir, así como difundir, información e ideas a través de Internet (...)*”. Informe Anual de 2011 A/66/290. Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión de la ONU, op. cit., párrafo 81.

¹¹³ Informe Anual de 2011 A/66/290. Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión de la ONU, op. cit., párrafo 13. En este Informe se aborda el análisis del impacto de acceso a Internet a diversos colectivos y los beneficios que reporta en cada uno de los supuestos analizados, por ejemplo, personas desfavorecidas, marginas o víctimas de discriminación, que pueden obtener información, hacer valer sus derechos y participar en el debate público sobre los cambios sociales y políticos, la necesidad de promover el acceso a Internet a persona en situación de discapacidad e incluso en se resalta la importancia de garantizar un acceso equitativo y efectivo de las mujeres a Internet, que puede desempeñar un papel clave en la promoción de su empoderamiento.

¹¹⁴ Informe Anual de 2011 A/66/290. Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión de la ONU, op. cit., párrafo 87.

¹¹⁵ Informe Anual de 2011 A/66/290. Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión de la ONU, op. cit., párrafo 61. Como continuación de este punto, en las Conclusiones y recomendaciones del Informe, el Relator Especial manifiesta su preocupación por que la mayoría de la población del mundo siga sin poder conectarse a Internet y al respecto señala “*Aunque el acceso a Internet aún no está reconocido como un derecho en la normativa internacional de derechos*

De ahí que cualquier tipo de limitación al acceso a Internet podría condenar a cualquier individuo al aislamiento y al empobrecimiento intelectual y moral, al embrutecimiento individual y colectivo producto de la ausencia de debate y de la imposición dogmática de ideas¹¹⁶. Todo esto, porque el derecho a la libertad de expresión no solamente protege derechos individuales, sino que además fija las condiciones requeridas para fortalecer la democracia y garantizar el progreso humano¹¹⁷.

La Recomendación CM/REC (2016)5 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre libertad en Internet, de 13 de abril de 2016, señala expresamente en su Apéndice que el Estado debe reconocer por vía legislativa y en la práctica, que la desconexión de las personas de Internet, como norma general, representa una restricción desproporcionada del derecho a la libertad de expresión¹¹⁸. La Carta de Derechos Digitales de España¹¹⁹ reconoce el “Derecho de acceso a Internet” en su artículo IX, como un acceso universal, de calidad y no discriminatorio para toda la población. Este derecho tiene el propósito, entre otros aspectos, de combatir las brechas digitales, en todas sus manifestaciones, particularmente, la brecha territorial, de género, económica, de edad y de discapacidad.

Cualquier limitación excesiva que se realice sobre el acceso a la red que se efectúe directa o indirectamente al normal funcionamiento de Internet, necesariamente, va a entorpecer la difusión del mensaje y, con ello, a limitar la materialización de la libertad

humanos, los Estados tienen la obligación positiva de crear un entorno propicio para que todos los individuos puedan ejercer su derecho a la libertad de opinión y de expresión”. Informe Anual de 2011 A/66/290. Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión de la ONU, op. cit., párrafo 80.

¹¹⁶ SOLOZABAL ECHAVARRIA, J. J., “Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información”, op. cit., p. 140.

¹¹⁷ BUSTOS GISBERT, R., “The right to freedom of expression in a democratic society (art. 10 ECHR)”, *Europe of rights: A compendium on the European Convention of Human Rights*, op. cit., p. 373.

¹¹⁸ Recomendación CM/Rec (2016)5 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre Libertad en Internet. Apéndice a la Recomendación, 2.1.5 (disponible en https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016806415fa consultado el día 23 de febrero de 2021)

¹¹⁹ Carta de Derechos Digitales. Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf consultado el día 23 de noviembre de 2021)

de expresión¹²⁰. Así lo ha manifestado el TEDH al señalar que el conjunto de garantías generales consagradas a la libertad de expresión constituye una base adecuada para reconocer igualmente el derecho de acceso sin trabas a Internet¹²¹.

2.2. *Sujetos intervinientes en la sociedad de la información y su impacto en el ejercicio de la libertad de expresión online*

A partir del desarrollo de la web 2.0 se identifican dos claros nuevos intervinientes en la generación y distribución de contenidos. Por una parte, está claro que los prestadores de servicios intermediarios, en especial el servicio de alojamiento, cumplen un papel fundamental en la apertura de nuevos espacios para el ejercicio de la libertad de expresión. Además, se da una reinterpretación del rol desempeñado por los usuarios destinatarios del servicio. Como se indicó previamente, surge el *prosumidor*, aquel usuario que además de beneficiarse de los contenidos de terceros, crea contenidos y los comparte en la Red.

Aunque los Estados son quienes deben garantizar y velar por el cumplimiento de los derechos humanos, los sujetos privados también deben asumir un compromiso con el respeto y la promoción de dichos derechos. Los prestadores de servicios intermediarios son, en gran parte, garantes del funcionamiento de Internet y gestores del impulso a la web tal y como hoy la conocemos.

Estos sujetos son fundamentales en el desarrollo de la libertad de expresión en Internet.

2.2.1. *El prestador de servicios intermediarios*

De conformidad con el Proyecto de la DSA, que actualiza la definición que de este concepto recoge la Directiva de Comercio Electrónico en su artículo 2.a), se entenderá por servicios de la sociedad de la información todo servicio en el sentido del artículo 1,

¹²⁰ Vid. al respecto SOLOZABAL ECHAVARRIA, J. J., “Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información”, op. cit., p. 142.

¹²¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª), Ahmet Yuldirim contra Turquía, asunto 3111/10, de 18 de marzo de 2013.

apartado 1, letra b) de la Directiva (UE) 2015/1535¹²². Dentro de los servicios de la sociedad de la información se encuentran los servicios intermediarios que se estudiarán en detalle en el Capítulo II de esta tesis doctoral. De manera que los prestadores de servicios intermediarios (“PSI”)¹²³ son a su vez prestadores de servicios de la sociedad de la información.

Los PSI como responsables de plataformas con presencia en la web, han contribuido en la democratización del discurso. Lo anterior teniendo en cuenta que, como impulsores y administradores de dichas plataformas han permitido consolidar un espacio en el que los usuarios alojan contenidos o acceden a contenidos de terceros con una facilidad técnica antes desconocida. Esto es, además, reflejo de la relevancia que para la libertad de expresión tienen los servicios de la sociedad de la información o servicios intermediarios¹²⁴ de los que se benefician miles de millones de usuarios.

¹²² “«servicio»: todo servicio de la sociedad de la información, es decir, todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios.

A efectos de la presente definición, se entenderá por:

- i) «a distancia», un servicio prestado sin que las partes estén presentes simultáneamente,
- ii) «por vía electrónica», un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético,
- iii) «a petición individual de un destinatario de servicios», un servicio prestado mediante transmisión de datos a petición individual.

En el anexo I figura una lista indicativa de los servicios no cubiertos por esta definición;” Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información. (disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2015.241.01.0001.01.SPA consultado el día 23 de febrero de 2021).

¹²³ De conformidad con la definición incorporada en el Anexo “Definiciones” de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, el “Prestador de servicios” o “Prestador” es la persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información. Son servicios de la sociedad de la información todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. Se indican como ejemplos de servicios de la sociedad de la información, entre otros: 1º La contratación de bienes o servicios por vía electrónica; 2º La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales; 3º la gestión de compras en la red por grupos de personas; 4º el envío de comunicaciones comerciales; 5º el suministro de información por vía telemática. (disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758&p=20201112&tn=1#daprimera> consultado el 23 de febrero 2021).

¹²⁴ Según se define en el artículo 2.f) de la DSA se entenderá por “«Servicio intermediario» uno de los siguientes servicios: un servicio de «mera transmisión» consistente en transmitir, en una red de comunicaciones, información facilitada por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una

Gracias a los servicios prestados por los PSI, las libertades informativas se predicán no solo de los canales tradicionales, sino que se amplían a todos aquellos canales creados en el marco de la explosión de la Web 2.0¹²⁵. Esto se traduce en que compañías como *Twitter*, *YouTube* o *Google*, y no solamente el *New York Times*, *El País* o *El Mundo*, se arroguen la facultad de defender la libertad de expresión e información. Así, por ejemplo, para *Google* su misión es “*Organizar la información mundial y hacer que sea universalmente accesible y útil*”¹²⁶. Por su parte, *Wordpress.com*, se presenta como un proyecto que busca democratizar la publicación¹²⁷ o *Facebook* afirma que su objetivo es “*dar a las personas la posibilidad de crear comunidades y hacer del mundo un lugar más conectado*”¹²⁸.

El número de personas a las que puede llegar un mensaje publicado en el muro de *Facebook* es, con diferencia, superior al número de lectores que puede tener un periódico tradicional. Teniendo en cuenta los elementos reivindicados por estas grandes compañías tecnológicas en sus diferentes documentos corporativos, es sencillo comprender el por qué la libertad de expresión hace parte de su núcleo de negocio.

En términos generales, las empresas del sector de las nuevas tecnologías han contribuido de modo muy positivo al ejercicio del derecho a la libertad de opinión y de expresión, y esto debe seguir siendo así a pesar de la presión a que les someten algunos

red de comunicaciones; un servicio de memoria tampón (caching) consistente en transmitir por una red de comunicaciones información facilitada por el destinatario del servicio que conlleve el almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de estos; servicio de «alojamiento de datos» consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio y a petición de este” (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=es> consultado el día 23 enero 2021).

¹²⁵ AMMORI, M., “The “New” New York: Free speech lawyering in the age of Google and Twitter”, *Harvard Law Review*, vol 127, número 8, 2014, pp. 2259 y 2260.

¹²⁶ <http://www.google.com/about/company/> consultada el día 23 de diciembre de 2021.

¹²⁷ <http://wordpressfoundation.org/> consultada el día 23 de diciembre de 2021.

¹²⁸ <https://www.facebook.com/legal/terms> consultada el día 23 de diciembre de 2021. Esta frase se adopta en el año 2017, previamente, *Facebook* se presentaba como una plataforma que “*da a la gente el poder de compartir y hacer del mundo un lugar más abierto y conectado*”. Al respecto vid. REAGAN, G., “The Evolution of Facebook's Mission Statement”, *New York Observer*, 2009, en <http://observer.com/2009/07/the-evolution-of-facebooks-mission-statement/> consultado el día 23 de diciembre de 2021.

Estados¹²⁹. El principal motor de cualquier empresa es generar beneficios, en algunas circunstancias incluso por encima de respetar los derechos humanos. No obstante, es necesario impedir que el sector privado contribuya a las violaciones de derechos humanos cometidas por Estados, o sea cómplice de ellas¹³⁰.

Los prestadores de servicios intermediarios posibilitan que los contenidos de terceros circulen, se alojen y sean accesibles en la red, hacen de puente entre quienes generan o editan tales contenidos y quienes acceden a los mismos¹³¹.

En el desarrollo de las plataformas en línea y demás espacios de interacción que han surgido en la web que hoy conocemos, el papel de los intermediarios, personas físicas o jurídicas que ofrecen servicios de transmisión, de memoria tampón (*caching*) y servicios de alojamiento, ha sido determinante para fomentar la comunicación en línea o las transacciones entre terceros¹³².

Como antecedente del impacto de Internet en la economía digital, podemos citar el informe de la consultora *Mckinsey Global Institute*, que señala que Internet representó el 21% del producto interno bruto (en adelante “PIB”) de las grandes economías de los últimos 5 años. En su informe, titulado *The great transformer: The impact of the Internet on economic growth and property* publicado en octubre de 2011¹³³, la consultora muestra

¹²⁹ Entre otros casos, es importante citar la revelación de información que realizó Google, Inc. a las autoridades de Estados Unidos sobre los mensajes de correo electrónico de las cuentas de abogados implicados en el caso *Wikileaks* en 2015, vid. <https://wikileaks.org/google-warrant/Letter-to-Google.pdf>, consultado el día 23 de diciembre de 2021. <http://www.elmundo.es/tecnologia/2015/01/27/54c7462de2704e3c7c8b456e.html>, consultado el día 23 de diciembre de 2021. <https://actualidad.rt.com/actualidad/164521-wikileaks-eeuu-construir-acusacion-assange>, consultado el día 23 de diciembre de 2021.

¹³⁰ Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, Asamblea General Naciones Unidas, 16 de mayo de 2011, p. 14.

¹³¹ PEGUERA POCH, M., “La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet”, Jornadas de responsabilidad civil y penal de los administradores de servicios en Internet, Barcelona 22 y 23 de noviembre de 2011, en <http://www.uoc.edu/in3/dt/20080/>.

¹³² “As the scale and scope of the Internet has grown to permeate all aspects of the economy and society, so too has the role of Internet intermediaries who provide the Internet’s basic infrastructure and platforms by enabling communications and transactions between third parties as well as applications and services. (...)” Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, *The Economic and Social Role of Internet Intermediaries* (abril de 2010), disponible en <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/44949023.pdf>, consultado el día 23 de diciembre de 2021.

¹³³ “From an obscure network of researchers and technology experts three decade ago, the Internet has become a day-to-day reality for more than a quarter of the world’s people. Today two billion people are connected to the Internet, and almost \$8 trillion exchange hand each year through e-

que en promedio Internet representa el 3.4% del PIB de aquellas economías que conforman el 70% del PIB mundial. Recientemente el Informe sobre la Economía Digital publicado en 2019¹³⁴ de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo señalan que las estimaciones del tamaño de la economía digital oscilan entre el 4,5% y el 15,5% del PIB mundial. En cuanto al valor añadido en el sector de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), Estados Unidos y China representan conjuntamente casi el 40% del total mundial. El empleo mundial en el sector de las TIC aumentó de 34 millones en 2010 a 39 millones en 2015, y con los servicios informáticos representan la mayor parte (38%). Igualmente, el informe señala que las plataformas digitales son cada vez más importantes en la economía mundial. El valor combinado de las empresas de plataformas con una capitalización de mercado de más de 100 millones de dólares se estimó en más de 7 billones de dólares en 2017, un 67% más que en 2015. Algunas plataformas digitales mundiales han alcanzado posiciones de mercado muy fuertes en determinadas áreas. Por ejemplo, Google tiene alrededor del 90% del mercado de las búsquedas en Internet. Facebook representa dos tercios del mercado mundial de las redes sociales y es la principal plataforma de redes sociales en más del 90% de las economías del mundo.

Es innegable el enorme impacto que necesariamente tienen las grandes compañías de tecnología y sus asesores en la libertad de expresión¹³⁵. Esto se refleja sobre todo en las políticas y textos legales que deben aceptar todos los usuarios de los servicios ofrecidos

commerce(...)”, disponible en https://www.mckinsey.com/~media/mckinsey/industries/technology%20media%20and%20telecommunications/high%20tech/our%20insights/the%20great%20transformer/mgi_impact_of_internet_on_economic_growth.pdf consultado el día 23 de diciembre de 2021.

¹³⁴ Digital Economy Report 2019 “Value creation and capture: Implications for developing countries”, *United Nations Conference on Trade and Development*, disponible en [Digital Economy Report \(unctad.org\)](https://unctad.org) consultado el día 23 de diciembre de 2021.

¹³⁵ “Every digital company sets out what one journalist called “a sort of jurisprudence of its own” in the contractual language of its “Terms of Service” or “Acceptable Use Policy”. These terms identify the categories of speech that are permissible or impermissible on major online platforms. Lawyers at these companies draft the terms and help craft the internal procedures for implementing them. They do so in the shadow of disharmonious national laws, their companies’ business objectives, and their personal beliefs about free expression.” AMMORI, M., “The “New” New York: Free speech lawyering in the age of Google and Twitter”, op. cit., p. 2273.

a través de sus sitios web¹³⁶. Esto se debe al papel que desempeñan los PSI y los servicios que se prestan a través de algunos sitios web, como el alojamiento de contenidos, que dejan de ser meros servicios para convertirse en mecanismos que facilitan el ejercicio de la libertad de expresión.

Conscientes del impacto que el modelo de negocio de las empresas tecnológicas tiene y del poder que ejercen en esta era digital, son diversas las iniciativas que buscan realizar un control del respeto efectivo de los derechos de sus usuarios. Así, a modo de ejemplo, existen iniciativas como *Raking Digital Rights*¹³⁷, que buscan promover la libertad de expresión y privacidad en Internet creando estándares globales e incentivos para que las compañías respeten y protejan los derechos de los usuarios¹³⁸. Este tipo de iniciativas, promovidas por actores civiles, que tienen como objetivo mantener el poder tecnológico bajo control, son cada vez más numerosas. Esto con la esperanza de asegurar que las plataformas digitales y las compañías tecnológicas que las gestionan y administran prioricen la promoción de las libertades, y los derechos fundamentales, como la libertad de expresión, sean cada vez más transparentes y eviten la implementación de medidas restrictivas, por presión gubernamental o por su visión de negocio como compañía, lesionando con ello los derechos de los usuarios de sus servicios.

El análisis en detalle de los textos legales de las más grandes plataformas digitales, su compromiso con el respeto de los derechos de los usuarios, la transparencia y medidas de control implementadas en el marco de la autorregulación, serán analizadas como un reto de la libertad de expresión en Internet en esta tesis doctoral en el Capítulo III.

2.2.2. El rol del creador de contenidos y del destinatario del servicio

En lo que respecta al destinatario del servicio, el artículo 2.d) de la Directiva de Comercio Electrónico señala que puede ser cualquier persona física o jurídica que utilice

¹³⁶ AMMORI, M., “The “New” New York: Free speech lawyering in the age of Google and Twitter”, op. cit., p. 2263.

¹³⁷ <https://rankingdigitalrights.org/about/> consultado el día 23 de diciembre de 2021.

¹³⁸ En 2020 *Ranking Digital Rights* publicó su ranking de plataformas digitales que se ajustan a los estándares que este sitio web considera ajustados a la normativa internacional (disponible en <https://rankingdigitalrights.org/index2020/> consultado el día 23 de diciembre de 2021).

un servicio de la sociedad de la información por motivos profesionales o de otro tipo y, en especial, para buscar información o para hacerla accesible¹³⁹. De conformidad con el Considerando 20 de la Directiva 2000/31/CE, es posible inferir que lo que se buscó fue incluir todos los tipos de utilización de los servicios de la sociedad de la información, tanto por personas que suministran información en redes abiertas como Internet, como las que buscan información en Internet por razones profesionales o privadas. Entendemos que el artículo 2.d) de la Directiva de Comercio Electrónico busca, en cierta manera, garantizar un acceso plural a Internet tanto para quienes buscan información, como para quien la pone a disposición de los demás usuarios.

Cabe señalar que en el artículo 2.b) de la DSA se establece que será destinatario del servicio “*toda persona física o jurídica que utilice el servicio intermediario pertinente*” En principio, da la sensación de que simplifica la definición que recoge la Directiva de Comercio Electrónico en la medida en que solo comprende los servicios intermediarios. En todo caso, entendemos que esto se debe principalmente a que la DSA se centra en los servicios intermediarios que son los que se derogarán una vez sea aprobada.

En cualquier caso, como se viene diciendo, el destinatario del servicio se puede beneficiar de diferentes formas de los servicios intermediarios, como consumidor de información o como creador de los contenidos¹⁴⁰.

En el marco del reconocimiento del derecho de acceso a Internet como garantía de la libertad de expresión, en diversos pronunciamientos el TEDH ha analizado el impacto que puede tener para el usuario cualquier tipo de limitación o restricción en Internet. Así, el TEDH en el caso *Cengiz vs Turquía* procede a examinar si los demandantes podían ser

¹³⁹ En la LSSICE se define como «destinatario del servicio» o «destinatario» a toda persona física o jurídica que utiliza, por cualquier motivo, profesional o no, un servicio de la sociedad de la información. Ver d) «Destinatario de servicio» o «destinatario». Anexo de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.

¹⁴⁰ En el supuesto de alojamiento de contenidos, la Carta de Derechos Digitales señala expresamente en su artículo XIV relative a la “Libertad de expresión y Libertad de información” que “2. *A quienes ejerzan su libertad de expresión e información a través de los servicios intermediarios de la sociedad de la información les corresponden las eventuales responsabilidades como autores por los contenidos ilícitos o que lesionen bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización.*” Disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf consultado el día 23 de diciembre de 2021.

considerados como "víctimas" de una violación de los derechos humanos y, por tanto, si estaban legitimados ante el Tribunal. Observó que los demandantes habían utilizado activamente *YouTube* con fines profesionales, y que *YouTube* era una plataforma singular que permitía obtener información de interés específico, en particular sobre cuestiones políticas y sociales. El TEDH observó que *YouTube* constituía una importante fuente de información, y que la orden de bloqueo restringía el acceso a información específica a la que no se podía acceder por ningún otro medio¹⁴¹. El TEDH también observó que *YouTube* era una plataforma que fomentaba la aparición del periodismo ciudadano, impartiendo información política que no era transmitida por los medios de comunicación tradicionales¹⁴².

Por otra parte, en las comunicaciones digitales podemos encontrar todo tipo de oradores, aunque lo cierto es que no todos los oradores son iguales en términos de visibilidad, alcance, recursos y experiencia. No obstante, como hemos venido afirmando, la expresión de una opinión puede llegar a ser una forma en la que la gente pueda participar en el proceso político y contribuir a la toma de decisiones colectivas.

Al margen de los contenidos amparados por la libertad de expresión, en Internet, como en el mundo *offline*, se encuentran también contenidos ilícitos y contenidos nocivos. En el uso que realizan de la Internet, los destinatarios del servicio están expuestos constantemente a este tipo de contenidos. La velocidad con la que se han desarrollado las plataformas digitales que conocemos hoy en día, no ha permitido a muchos de esos destinatarios asimilar el impacto que pueden tener los contenidos en la red. Pocos usuarios dimensionan la relevancia que tiene su papel en Internet. Como se dijo al inicio de este Capítulo, los destinatarios del servicio son los encargados de hacer mejores en el día a día las plataformas de la web 2.0. Gracias a la arquitectura participativa una red social

¹⁴¹ “(...) *YouTube*, however, not only hosts artistic and musical works, but is also a very popular platform for political speeches and political and social activities. The files shared by *YouTube* contain information that could be of particular interest to anyone (...) Accordingly, the measure in issue blocked access to a website containing specific information of interest to the applicants that is not easily accessible by other means. The website also constitutes an important source of communication for the applicants. (...)” Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª), *Cengiz vs Turquía*, asuntos 48226/10 y 14027/11, de 1 de marzo de 2016, FJ 51.

¹⁴² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª), *Cengiz vs Turquía*, asuntos 48226/10 y 14027/11, de 1 de marzo de 2016, FJ 52.

puede identificar cómo sugerir contactos a sus usuarios, mejorar la interfaz que se visualiza o mejorar el control y moderación que implementa en su comunidad virtual.

Es probable que gran parte de los problemas que se identifican en Internet en relación con los contenidos ilícitos y, principalmente, con los contenidos nocivos, se pudieran canalizar a través de una adecuada alfabetización digital¹⁴³. Las iniciativas gubernamentales y las organizaciones internacionales coinciden en señalar que deben fomentarse medidas educativas y de concienciación destinadas a promover la capacidad de todas las personas de efectuar un uso autónomo, independiente y responsable de Internet¹⁴⁴.

2.3. *El derecho al anonimato y al seudonimato en la red*

La forma como interactúa el usuario o destinatario del servicio en Internet tiene una importante relevancia para la libertad de expresión¹⁴⁵. El caos con el que se ha ido construyendo Internet, así como sus características y funcionalidades, en cierta medida,

¹⁴³ En su artículo XVII, la Carta de Derechos Digitales desarrolla los aspectos relativos al “Derecho a la educación digital”. Este artículo reconoce la importancia de incluir en el sistema educativo contenidos para facilitar la adquisición de competencias digitales desde los grados escolares.

En relación con los beneficios de la alfabetización como medida efectiva para luchar contra la desinformación como contenido nocivo, ABA-CATOIRA señal “(...) *La mejor práctica para luchar contra las notificaciones falsas es la implementación de más y mejores medidas educativas que generen cultura democrática. La alfabetización mediática e informacional (AMI) de la ciudadanía es fundamental siendo definida por la Unión Europea como la capacidad de acceder a los medios de comunicación, comprender y evaluar con criterio diversos aspectos de los mismos y de sus contenidos (...)*” ABA-CATOIRA A., “Los desórdenes informativos en un sistema de comunicación democrático”, *Revista de Derecho Público*, UNED, número 109, septiembre-diciembre, 2020, p. 146.

¹⁴⁴ Declaración Conjunta sobre libertad de expresión e Internet adoptada el 1 de junio de 2011. En este texto se recuerda igualmente la necesidad de que “(...) *a) reconozcan el derecho de acceso y uso de Internet como derecho humano y como condición esencial para el ejercicio de la libertad de expresión; (...)* *d) expandir significativamente las iniciativas para proporcionar un acceso universal y asequible a Internet (...)*”.

¹⁴⁵ “(...)19. *Las personas hacen uso de los medios sociales en diferentes capacidades y con diferentes propósitos (por ejemplo, para mantenerse en contacto con amigos, para intercambiar información sobre intereses compartidos o para buscar oportunidades de empleo). El término «usuario» se utiliza normalmente para referirse a las personas que están registradas en el servicio (es decir, que tienen una «cuenta» o «perfil»). Sin embargo, los usuarios también pueden acceder a muchos servicios de los medios sociales sin haberse registrado (es decir, sin crear una cuenta o un perfil)*24. Normalmente, estas personas no pueden hacer uso de las mismas funciones o servicios que se ofrecen a las que se han registrado en el proveedor de medios sociales. (...)” Directrices 8/2020 sobre la focalización de los usuarios de medios sociales, adoptada en 13 abril 2021, versión 2.0, p. 9, disponible en https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-82020-targeting-social-media-users_es consultado el 7 de enero de 2022.

hacen difícil su regulación¹⁴⁶. Esto da pie a que se siga percibiendo y aceptando como cierto que Internet es un espacio virtual sin regulación. En este contexto, el anonimato que buscan los usuarios de la red se presenta como un manto de impunidad. No obstante, a pesar de que efectivamente existen dificultades para generar consensos acerca de soluciones idóneas a problemas comunes, Internet está muy lejos de la impunidad y de garantizar que se pueda obrar sin dejar rastro.

Tal es así que el anonimato y el seudonimato y su necesaria defensa son cuestiones que han surgido mucho antes que la Internet. Sin embargo, el debate en torno a la conveniencia o no de proteger el anonimato se retoma a partir de la popularización de la Internet¹⁴⁷.

La libertad de expresión y el anonimato o el seudonimato deben ir de la mano, ya que así se evita que la persona que emite su opinión no se cohíba y se sienta protegida ante los posibles ataques de terceros o de aquellos sobre quienes se puedan resentir por sus comentarios¹⁴⁸. Lo importante es lo que se expresa, y no la persona que lo emite, y esto es una situación que no debería modificarse en atención al medio que se utilice para difundir dicha opinión. Una prohibición o una disminución de las garantías para proteger

¹⁴⁶ Al respecto, es importante recordar la mención que la *District Court, E.D. Pennsylvania* realiza en su sentencia del argumento de uno de los demandantes en con relación el valor del caos en Internet: “*True it is that many find some of the speech on the Internet to be offensive, and amid the din of cyberspace many hear discordant voices that they regard as indecent. The absence of governmental regulation of Internet content has unquestionably produced a kind of chaos, but as one of plaintiffs' experts put it with such resonance at the hearing: What achieved success was the very chaos that the Internet is. The strength of the Internet is that chaos. Just as the strength of the Internet is chaos, so the strength of our liberty depends upon the chaos and cacophony of the unfettered speech the First Amendment protects.*” Sentencia de la *District Court, E.D. Pennsylvania* en la *Civil Act N° 96-963, 96-1458*, en el caso *ACLU v. Janet Reno v. United States Department of Justice*, de 11 de junio de 1996.

¹⁴⁷ VAMIALIS, A., “Online defamation: confronting anonymity”, *International Journal of Law and Information Technology*, volume 21, Issue 1, 2013, p. 58.

¹⁴⁸ “(...) Hay razones legítimas por las que un usuario puede querer permanecer en el anonimato (como el temor a represalias por la expresión de opiniones o la falta de confianza sobre la utilización que pueda hacer el destinatario de los detalles personales del usuario). Sin embargo, legítima necesidad de anonimato se ha de conciliar con los principios de localización jurídica. (...) se considera que la utilización de cuentas verdaderamente anónimas constituye un peligro, mientras que no lo es la utilización de pseudónimos que se puedan rastrear (localización jurídica). (...)” Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, COM (96) 487, *Contenidos ilícitos y nocivos en Internet*, de 16 de octubre de 1996, p. 17, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1996:0487:FIN:ES:PDF> consultado el día 25 de marzo de 2021.

el anonimato o seudonimato, por ejemplo, en las redes sociales, podría afectar el libre ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Comúnmente, el anonimato en Internet se asocia a la posibilidad de acceder a la red y a sus servicios sin necesidad de identificarse ni ser controlado por ello, y sin que sea posible ubicar el punto del que se emite el contenido o las actividades realizadas en línea¹⁴⁹. Es un error común que obvia que el estado de la tecnología actual permite identificar el rastro que dejamos en Internet cada vez que navegamos.

En este contexto, el anonimato o seudonimato pasan a ser entonces una elección del usuario¹⁵⁰ para proteger su intimidad, el secreto de las comunicaciones y la libertad de expresión que debe ser, por regla general, protegida por la arquitectura de la web y por el propio legislador¹⁵¹, tal y como se hace en el mundo *offline* o analógico.

¹⁴⁹ ROIG BATALLA, A. “Anonimato y los límites a la libertad en Internet”, *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 321.

¹⁵⁰ La interacción con los demás ocultando el nombre, utilizando un alias, e incluso, si alguien se identifica con su nombre real, el hecho de encontrarse entre muchas personas localizadas en diferentes ciudades o países cubre sus acciones con un manto de anonimato, lo que en psicología social se denomina, fenómeno de desindividuación. “*Los fenómenos de desindividuación en psicología social han estado ligados a las situaciones de anonimato y grupo, especialmente en contextos de masa o muchedumbre. La implantación progresiva de las Nuevas tecnologías en la sociedad está haciendo que, cada vez más, se faciliten un mayor número de servicios mediante el ordenador. Algunos de estos servicios virtuales (chat, correo electrónico, foros, etc.) posibilitan que sus usuarios participen de forma multitudinaria y anónima. Esto ha suscitado el interés por investigar este nuevo contexto de interacción social, donde pueden ponerse de manifiesto conductas de desindividuación. Ante esta nueva realidad social marcada por la comunicación mediada por ordenador, se presenta el modelo de la identidad social de los fenómenos de Desindividuación (SIDE), como un modelo explicativo (normativo) y alternativo a las teorías tradicionales de la desindividuación.*” MORAL, F.; CANTO, J.; GÓMEZ-JACINTO, L., “Internet y desindividuación. Nuevas perspectivas sobre la desindividuación en la red: el modelo de identidad social de los fenómenos de desindividuación (SIDE)”, *Revista de Psicología Social*, Vol 19, número 1, 2004, p. 93.

¹⁵¹ “*Es evidente, pues, que los gobiernos y las organizaciones internacionales se enfrentan a una disyuntiva al tratar el problema del anonimato en Internet. Por una parte, la posibilidad de mantener el anonimato resulta esencial para el respeto de los derechos fundamentales a la intimidad y a la libertad de expresión en el ciberespacio. Por otra, la posibilidad de participación y de comunicación en línea sin revelar la propia identidad se contraponen a las iniciativas que se están desarrollando en apoyo de otros objetivos fundamentales de orden público, como la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos, contra el fraude financiero y contra las infracciones en materia de derechos de autor. Por supuesto, esta aparente contraposición entre distintos objetivos de orden público no es nueva y, como subraya el Libro Verde de la Comisión sobre la protección de menores y la dignidad humana en los servicios audiovisuales y de información, el Convenio Europeo de Derechos Humanos ya establece un marco para la resolución de tales conflictos, a saber, un conjunto de derechos fundamentales sujetos a determinadas restricciones por motivos específicos, entre ellos la prevención de la delincuencia.*” Recomendación 97/3, “El anonimato de Internet” adoptada por el Grupo de Trabajo

El anonimato se ha tratado, tanto como riesgo para los usuarios de Internet, como un derecho que en general debe ser garantizado y sólo excepcionalmente limitado. Justificar la restricción del anonimato en Internet en aras de perseguir la criminalidad o erradicar hechos delictivos en Internet, no pueden ser argumentos dados como válidos sin un mayor análisis.

La Carta de Derechos Digitales¹⁵² plantea la necesidad no de crear nuevos derechos fundamentales, sino de perfilar los más relevantes en el entorno y los espacios digitales. Entre los derechos reconocidos en este documento se encuentra en su artículo IV el “Derecho al seudonimato”. En este artículo se establece que, de acuerdo con las técnicas disponibles y en el marco de la legislación vigente, se permitirá acceder a los entornos digitales en condiciones de seudonimidad. El diseño de la seudonimidad deberá asegurar en todo caso la posibilidad de reidentificar a las personas previa resolución judicial en los casos y con las garantías que se prevean en el ordenamiento jurídico.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Declaración sobre la libertad de comunicación en Internet de 28 de mayo de 2003¹⁵³, entre otros aspectos, abordó la importancia de encontrar un equilibrio entre el respeto a la voluntad de los usuarios de Internet de no revelar su identidad, y la necesidad de las autoridades policiales de localizar a los responsables de actos delictivos. En particular, esta Declaración señala la importancia de garantizar la protección contra la vigilancia en línea y potenciar la libre expresión de información e ideas. Para ello, los Estados miembros deben respetar la

del artículo 29 de la Directiva, el 3 de diciembre de 1997 (disponible en <https://www.informatica-juridica.com/anexos/recomendacion-97-3-de-3-de-diciembre-de-1997/> consultado el día 6 de junio de 2021).

¹⁵² https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf consultado el día 6 de junio de 2021.

¹⁵³ “Principle 7: Anonymity. In order to ensure protection against online surveillance and to enhance the free expression of information and ideas, member states should respect the will of users of the Internet not to disclose their identity. This does not prevent member states from taking measures and co-operating in order to trace those responsible for criminal acts, in accordance with national law, the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and other international agreements in the fields of justice and the police”. Consejo de Europa. 2003. Declaración sobre la libertad de comunicación en Internet. Adoptada por el Comité de Ministros el 28 de mayo de 2003 en la 84ª reunión de los Delegados de los Ministros (disponible en https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dfbd5 consultado el día 6 de junio de 2021).

voluntad de los usuarios de Internet de no revelar su identidad. En esta Declaración también se señala que esto no impide que los Estados miembros tomen medidas y cooperen para localizar a los responsables de actos delictivos¹⁵⁴, de acuerdo con la legislación nacional, el CEDH y otros instrumentos internacionales en materia de justicia y policía.

El Relator especial para la libertad de expresión de la ONU, en el Informe A/HRC/17/27¹⁵⁵, señaló que Internet permite a los individuos acceder a la información y participar en el debate público sin tener que revelar su identidad real, por ejemplo, mediante el uso de seudónimos. Esto gracias a que Internet introduce nuevas herramientas y mecanismos a través de los cuales tanto el Estado como los actores privados pueden vigilar y recopilar información sobre las comunicaciones y actividades de los individuos en Internet. Atendiendo a esta realidad, en el Informe se pide a los Estados que garanticen que las personas puedan expresarse de forma anónima en línea y que se abstengan de adoptar sistemas de registro de nombres reales¹⁵⁶.

El control del anonimato o del seudonimato en la red puede dar lugar a una eventual afectación de derechos fundamentales. De ahí que sea necesario analizar caso a caso y llevar a cabo juicios de proporcionalidad que justifiquen la restricción sugerida. Lo anterior cobra más sentido cuando recordamos que el anonimato se garantiza en los

¹⁵⁴ En sentido, la citada Declaración sobre la libertad de comunicación en Internet, hace remisión a lo planteado en el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, en cual se señala que “(...) *The modification of traffic data for the purpose of facilitating anonymous communications (e.g., the activities of anonymous remailer systems), or the modification of data for the purpose of secure communications (e.g. encryption), should in principle be considered a legitimate protection of privacy and, therefore, be considered as being undertaken with right. However, Parties may wish to criminalise certain abuses related to anonymous communications, such as where the packet header information is altered in order to conceal the identity of the perpetrator in committing a crime (...)*”. Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, Budapest, 23 de noviembre de 2001, párrafo 62 (disponible en <https://rm.coe.int/16800cce5b> consultado el día 6 de junio de 2021).

¹⁵⁵ Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la Libertad de opinión y expresión, Frank La Rue (A/HRC/17/27) de Mayo 16 de 2011 (disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10048.pdf> consultado el día 6 de junio de 2021)

¹⁵⁶ “(...) *estas prácticas pueden constituir una violación del derecho a la intimidad de los usuarios de Internet y, al socavar la confianza y la seguridad de las personas en la red, impiden la libre circulación de información e ideas en línea (...)*” Informe del Relator Especial (A/HRC/17/27) op. cit., párrafo 53.

I. Libertad de expresión e información en Internet.
La expansión del ámbito de difusión de la opinión

medios de comunicación tradicionales¹⁵⁷. Así, en la Recomendación CM/Rec(2014)¹⁵⁸ del Comité de Ministros a los Estados Miembros se señala que, a fin de garantizar la protección contra la vigilancia en línea y favorecer la libertad de expresión, los Estados miembros del Consejo de Europa deberían respetar la voluntad de los usuarios de Internet de no revelar su identidad¹⁵⁹, sin que lo anterior sea óbice para que los Estados miembros tomen medidas para perseguir a los autores de delitos, de conformidad con el derecho interno, el CEDH y otros acuerdos internacionales en los ámbitos de justicia y de policía¹⁶⁰.

Posteriormente, en la ya citada Recomendación CM/Rec (2016)5¹⁶¹ sobre la libertad en Internet, se reafirmó una serie de principios sobre la libertad en Internet. En el cuarto

¹⁵⁷ “El Consejo de Europa comparte esta premisa, cuando sostiene que “Los Estados miembros no han de colocar restricciones a los contenidos en Internet que vayan más allá de las aplicadas a otros medios de difusión de contenidos.” De esta manera, podrá disponerse de criterios complementarios para preservar el anonimato en ciertos ámbitos y quizás no hacerlo en otros.” ROIG BATALLA, A. “Anonimato y los límites a la libertad en Internet”, op. cit., p. 331.

¹⁵⁸ Recomendación CM/Rec(2014)6 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre una Guía de derechos humanos para los usuarios de Internet, adoptada por el Comité de Ministros el 16 de abril de 2014 en la 1197ª reunión de los Delegados de los Ministros (disponible en <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804c177e> consultado el día 6 de junio de 2021).

¹⁵⁹ En Internet se crea cohesión entorno a opiniones, ideologías, problemas, gustos e intereses, a partir de los cuales se construyen comunidades y grupos que plasman sus perspectivas en foros, redes sociales, blogs, y en todos ellos la identidad del sujeto carece de total trascendencia para la web. El apoyo emocional que puede encontrarse en ellos, hará que las personas puedan crear empatía con los demás miembros de la comunidad “[E]l anonimato que, en la práctica la mayoría de los casos, posibilitan los foros de debate da pie a un sinnúmero de abusos en el tratamiento discursivo de la información y en la publicación de opiniones, tanto en la forma (insultante para con el <<rival ideológico>> en muchos casos) como en el fondo (menudea la falta de rigor, no sólo en las opiniones, sino en la publicación de informaciones, muchas veces falsas o tergiversadas). (...) dicho anonimato también posibilita la asunción de diversas identidades por parte de los foristas, con objetivos muy variados (potenciar la aquiescencia con sus argumentaciones con la aparición de supuestos participantes que se manifiestan de acuerdo con ellos, criticar duramente, o directamente insultar, con la impunidad que proporciona el anonimato, a otros participantes, tratar de monopolizar la comunicación en el foro emitiendo gran número de mensajes en poco tiempo, etc.). Este fenómeno, que también se da en los chats y en otros mecanismos de interactividad (como los sistemas de comentarios de los weblogs), puede derivar en la aparición de usuarios que, sencillamente, buscan perturbar o imposibilitar la comunicación (los llamados trolls) y que, de tener éxito, acaban por destruir, momentánea o definitivamente, esta producción del espacio público que pretenden ser los foros.” LÓPEZ GARCÍA, G., *Modelos de comunicación en Internet*, op. cit., pp. 114 -115.

¹⁶⁰ Recomendación CM/Rec (2014)6 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre una Guía de derechos humanos para los usuarios de Internet, op. cit. Parágrafo 59.

¹⁶¹ “Internet freedom is understood as the exercise and enjoyment on the Internet of human rights and fundamental freedoms and their protection in compliance with the Convention. These Internet freedom indicators focus on the right to freedom of expression, the right to freedom of assembly and association, the right to private life and the right to an effective remedy. They build on the existing

principio de la Recomendación denominado “*El derecho a la vida privada y familiar*”, se señala que la interferencia con el anonimato y la confidencialidad de las comunicaciones debe estar sujeta a los requisitos de legalidad, legitimidad y proporcionalidad del artículo 8 de la CEDH.

Por su parte, el TEDH en el caso de Delfi AS contra Estonia, reivindica el derecho de los autores de los comentarios de no revelar su identidad, sin perjuicio de que esto atenúe o afecte en alguna medida los criterios de responsabilidad del administrador del sitio web en cuestión. En particular, la Gran Sala del TEDH señala en esta sentencia que el anonimato es capaz de promover la libre circulación de ideas e información de manera importante, incluso, sobre todo, en Internet¹⁶². Además, el TEDH sostiene en la citada sentencia que el PSI también puede permitir un amplio grado de anonimato para sus usuarios, en cuyo caso los usuarios no están obligados a identificarse en absoluto y sólo pueden ser rastreables - hasta cierto punto - a través de la información conservada por los proveedores de acceso a Internet¹⁶³. De hecho, la jurisprudencia del TEDH también se ha pronunciado sobre la relatividad del ejercicio del anonimato en Internet¹⁶⁴. De manera

and established human rights standards and enforcement mechanisms. A comprehensive approach to Internet freedom considers all indicators as they are intended to provide guidance in conducting a qualitative and objective evaluation of and reporting on Internet freedom in Council of Europe member States. They are not designed to rate the levels of Internet freedom or as a means of comparing countries.”. Recomendación CM/Rec (2016)5 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre Libertad en Internet. Apéndice a la Recomendación “Internet freedom indicators”, op. cit.

¹⁶² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), Delfi AS contra Estonia, asunto C-64569/09, de 16 de junio de 2016, FJ 147.

¹⁶³ “*El Tribunal observa que en Internet son posibles diferentes grados de anonimato. Un usuario de Internet puede ser anónimo para el público en general y, al mismo tiempo, ser identificable por un proveedor de servicios a través de una cuenta o de datos de contacto que pueden no estar verificados o estar sujetos a algún tipo de verificación, desde una verificación limitada (por ejemplo, mediante la activación de una cuenta a través de una dirección de correo electrónico o de una cuenta en una red social) hasta una autenticación segura, ya sea mediante el uso de documentos nacionales de identidad electrónicos o de datos de autenticación bancaria en línea que permitan una identificación bastante más segura del usuario. Un proveedor de servicios también puede permitir un amplio grado de anonimato para sus usuarios, en cuyo caso los usuarios no están obligados a identificarse en absoluto y sólo pueden ser rastreables - hasta cierto punto - a través de la información conservada por los proveedores de acceso a Internet. La divulgación de esta información suele requerir un requerimiento de las autoridades de investigación o judiciales y estaría sujeta a condiciones restrictivas. No obstante, puede ser necesaria en algunos casos para identificar y perseguir a los autores”.* Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), Delfi AS contra Estonia, asunto C-64569/09, de 16 de junio de 2016, FJ 148

¹⁶⁴ “*(...) Aunque la libertad de expresión y el secreto de las comunicaciones son primordiales y los usuarios de telecomunicaciones y de los servicios de Internet deben tener una garantía de que su*

que, en determinadas situaciones excepcionales, los Estados pueden limitar el derecho a la intimidad con fines de administración de justicia penal o de prevención del delito. En cualquier caso, como ya se mencionó anteriormente, estas medidas deben ajustarse al marco normativo de derechos humanos e implementarse con las debidas salvaguardias contra los abusos.

En el Informe A/HRC/23/40¹⁶⁵ del Relator especial para la libertad de expresión de la ONU, se pone de manifiesto la relación entre el derecho a la privacidad y el ejercicio del derecho a la libertad de expresión¹⁶⁶. Además, en este Informe se resalta el potencial efecto disuasorio “*chilling effect*” que puede tener la restricción del anonimato o seudonimato frente al ejercicio a la libertad de expresión¹⁶⁷.

Más recientemente, en el Informe A/HRC/29/32¹⁶⁸ del Relator especial para la libertad de expresión de la ONU se abordó la seguridad jurídica del cifrado y del anonimato¹⁶⁹. Al respecto se resalta su importancia para el ejercicio del derecho a la

propia privacidad y libertad de expresión será respetada, tal garantía no puede ser absoluta y debe ceder ante otras circunstancias legítimas, como la prevención del desorden o delito o la protección de los derechos y libertades ajenos (...)" Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª), K.U. c. Finlandia, , asunto 2872/02, de 02 de marzo de 2009, FJ 49

¹⁶⁵ Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la Libertad de opinión y expresión, Frank La Rue (A/HRC/23/40). 17 de abril de 2013. Consejo de Derechos Humanos. Disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/23/40> consultado el día 11 de febrero de 2021)

¹⁶⁶ “79. Los Estados no pueden garantizar que los individuos puedan buscar y recibir información o expresarse libremente sin respetar, proteger y promover su derecho a la privacidad. La privacidad y la libertad de expresión están interrelacionadas y son mutuamente dependientes; una infracción de una puede ser tanto la causa como la consecuencia de una infracción de la otra (...).” Informe del Relator Especial (A/HRC/23/40), op. cit., párrafo 79.

¹⁶⁷ “49. En este sentido, las restricciones al anonimato tienen un efecto amedrentador, disuadiendo la libre expresión de información e ideas. También pueden dar lugar a la exclusión de facto de los individuos de esferas sociales vitales, socavando sus derechos de expresión e información, y exacerbando las desigualdades sociales. Además, las restricciones al anonimato permiten la recogida y compilación de grandes cantidades de datos por parte del sector privado, lo que supone una carga y una responsabilidad importantes para los agentes empresariales a la hora de proteger la privacidad y la seguridad de dichos datos (...).” Informe del Relator Especial (A/HRC/23/40), op. cit., párrafo 49.

¹⁶⁸ Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la Libertad de opinión y expresión, David Kaye, D., A/HRC/29/32, de 22 de mayo de 2015 (disponible en <https://www.undocs.org/es/A/HRC/29/32> consultado el día 11 de febrero de 2021)

¹⁶⁹ “12. El cifrado y el anonimato, separados o en su conjunto, crean una zona de privacidad para proteger opiniones y creencias. Por ejemplo, permiten las comunicaciones privadas y pueden encubrir una opinión frente al escrutinio externo, algo particularmente importante en los entornos políticos, sociales, religiosos o jurídicos hostiles. Cuando los Estados imponen censuras ilegales a través del filtrado y otras tecnologías, el uso del cifrado y el anonimato puede permitir a los

libertad de opinión y expresión en la era digital. Así, teniendo en cuenta que son facilitadores de la libertad de expresión, cualquier tipo de limitación tanto al cifrado como al anonimato “*deben cumplir los tres requisitos bien conocidos: cualquier limitación a la libertad de expresión debe estar fijada por la ley; únicamente puede imponerse por razones legítimas (descritas en el artículo 19, párrafo 3, del Pacto); y debe ajustarse a estrictos criterios de necesidad y proporcionalidad*”¹⁷⁰.

Finalmente, el Consejo de la Unión Europea también se ha pronunciado en el marco de señalar algunos ejemplos de acciones que pueden violar o socavar el disfrute del derecho a la libertad de expresión en Internet¹⁷¹. En particular, a través de estas directrices, se señala que las restricciones al derecho a la intimidad y a la protección de datos, como puede ser la vigilancia ilegal de las comunicaciones, su interceptación, así como la recopilación ilegal de datos personales, viola el derecho a la intimidad y la libertad de opinión sin interferencias y puede dar lugar a restricciones de la libertad de expresión¹⁷².

El estado actual de los mecanismos de control de contenidos por parte de las autoridades estatales, de los expertos informáticos y de los responsables de las plataformas digitales evidencia que Internet no es un espacio propicio para la impunidad, y que, por el contrario, hay muchas más posibilidades de ser ubicado, por ejemplo, a través de la IP del ordenador.

ciudadanos superar los obstáculos y acceder a informaciones e ideas sin la intromisión de las autoridades. (...) Informe del Relator Especial (A/HRC/29/32), op. cit., párrafo 12.

¹⁷⁰ Informe del Relator Especial (A/HRC/29/32), op. cit., párrafo 31.

¹⁷¹ Unión Europea. Directrices de derechos humanos de la UE sobre la libertad de expresión en línea y fuera de línea, 12 de mayo de 2014 (disponible en <https://www.consilium.europa.eu/media/28348/142549.pdf> consultado el día 23 de diciembre de 2021).

¹⁷² “(...) *Undue interference with individuals’ privacy can both directly and indirectly limit the free development and exchange of ideas. Restrictions on anonymity in communication, for example, could discourage victims of all forms of violence from reporting the abuses against them, for fear of double victimization. In this regard, Article 17 of ICCPR refers directly to the protection from interference with “correspondence”, a term that should be interpreted to encompass all forms of communication, both online and offline. (...)* Unión Europea, Directrices de derechos humanos de la UE sobre la libertad de expresión en línea y fuera de línea, op. cit., p. 18.

Las técnicas actuales de seudonimato permiten demostrar que es posible garantizar que el usuario publique contenidos en Internet sin revelar su identidad, pero manteniendo la posibilidad técnica de llegar al autor del contenido, en el supuesto de contenidos ilícitos. Esto en definitiva permite que estas garantías coexistan con la configuración actual de la regulación de Internet, sin que ello suponga un menoscabo del derecho a expresar opiniones en las plataformas digitales.

2.4. Ampliación de aplicación de las garantías de las libertades informativas y protección del “low value speech” o discurso de bajo nivel

Las libertades informativas se reconocen a toda persona (aunque no sea empresa de comunicación o periodista) que emita información veraz o exprese opiniones, así como a la colectividad que las recibe¹⁷³. Lo cierto es, que hay cierta inercia en la sociedad y en las instituciones jurídicas que consideran que las garantías derivadas de las libertades informativas deben estar preferentemente reservadas para los medios de comunicación clásicos.

Los contenidos alojados en plataformas como *Google, YouTube, WordPress, Facebook*, entre muchos otros sitios similares, son en la mayoría de los casos elaborados por usuarios y no exclusivamente por profesionales de la información contratados para tal efecto. Sin embargo, no por ello algunos de estos contenidos han dejado de aportar un gran valor a la consolidación de la opinión pública. Tal es el caso de fenómenos como la primavera árabe, los atentados en la Franja de Gaza, desastres naturales, entre otros. La labor que desempeñan los usuarios destinatarios del servicio sirve en ocasiones de referencia para el trabajo realizado por periodistas de medios de comunicación tradicionales. Sumado a lo anterior, un gran número de personas usan estas plataformas

¹⁷³ COTINO HUESO, L., “La STJUE del caso Google vs AGPD de 2014. Algunos “olvidos” y otras tendencias negativas respecto de las libertades informativas en Internet”, Ponencia realizada en el “Seminario de la Facultat de Dret: Google, el derecho al olvido y la responsabilidad de prestadores e intermediarios” 24 de junio de 2014, p. 11.

digitales para hacer eco de las columnas publicadas en periódicos y magazines, y también comentan, debaten, critican, crean y comparten sus propias opiniones al respecto¹⁷⁴.

Es decir, en Internet además se crea un sub-discurso derivado del que los periodistas y grandes empresas de comunicación realizan, que nutre aún más el debate en la sociedad y cumple con el objetivo democratizador.

Esta nueva realidad ha llevado a que la doctrina haya adoptado términos como discurso de “bajo nivel” o de “alto nivel”. El discurso de “bajo nivel”¹⁷⁵, el cual hace referencia a expresiones de contenido *amateur* o espontáneo, que son baratos de producir, similar a las conversaciones del día a día. A este tipo de contenidos se les aplica unos estándares de calidad más bajos con relación a los que se espera de los profesionales de los medios de comunicación¹⁷⁶. Por el contrario, el término “alto nivel” hace alusión a expresiones que son producidas por profesionales que se dirigen a una amplia audiencia, y que además están investigados y contrastados¹⁷⁷.

La denominación discurso de alto/bajo valor ha sido desarrollada en Estados Unidos por la Corte Suprema de los Estados Unidos (“Suprema Corte”) en relación con la Primera Enmienda¹⁷⁸. Una aproximación similar puede distinguirse entre las cortes europeas y del Reino Unido sobre los diferentes tipos de discurso: político, artístico y comercial, cotilleo

¹⁷⁴ AMMORI, M., “The “New” New York: Free speech lawyering in the age of Google and Twitter”, op. cit., p. 2268.

¹⁷⁵ En relación con el discurso de “bajo nivel”, COTINO, que lo denomina como “*discurso barato*” señala que “*Ahora, en cierto modo, cada ciudadano se ha convertido en medio de comunicación. Internet prometió información y discurso barato (cheap speech). Así ha sido en todos los sentidos: creación ingente de información por buen parte de la población y, también, masivos contenidos ilícitos y lesivos de bienes y derechos. La atribución de la responsabilidad por la difusión de contenidos ilícitos en la red es una cuestión clave no solo para el tratamiento jurídico de internet, también para la realidad del ejercicio de las libertades y de las garantías de los derechos de la personalidad, así como para el desarrollo mismo de la red.*”, COTINO HUESO, L., “Responsabilidad de intermediarios y prestadores de servicios de Internet en Europa y Estados y su importancia para la Libertad de expresión” *Revista de Derecho Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, número 17, enero-junio 2017, p. 2.

¹⁷⁶ ROWBOTTOM, J., “To rant, vent and converse: protecting low level digital speech”, *The Cambridge Law Journal*, vol. 71, parte 2, Julio, 2012, p. 357.

¹⁷⁷ ROWBOTTOM, J., “To rant, vent and converse: protecting low level digital speech”, op. cit., p. 368.

¹⁷⁸ “*The “low” value theory first appeared in the famous dictum of Chaplinsky v. New Hampshire (315 U.S. 568 (1942), in which the Court observed that “certain well-defined and narrowly limited classes of speech ... are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality*” STONE, G.R., “Content regulation and the First Amendment”, *William and Mary Law Review*, vol. 25, número 2, 1983, p. 194.

de celebridades, pornografía y discurso del odio¹⁷⁹. Así, en la escala, el discurso político o el debate sobre cuestiones de interés público tienen una especial consideración, luego viene el discurso artístico y la expresión comercial, que tienen una protección intermedia. Los cotilleos de las celebridades tienen una protección aún más baja, y por debajo viene la pornografía, los ataques gratuitos a la persona y el discurso del odio, que atraen poca o ninguna protección¹⁸⁰.

En lo que respecta al discurso de alto/bajo valor, el foco no se fija en el canal de comunicación, sino en el tipo de contenido que se elabora, ya que teniendo en cuenta lo que se considera como discurso de alto valor, en Internet también se encuentran medios de comunicación que difunden un discurso periodístico. Así, nos encontramos con medios de comunicación que aprovechan las diversas plataformas para difundir su trabajo periodístico y en algunas ocasiones de manera exclusiva¹⁸¹.

Sin embargo, hoy en día se sigue restando valor a los contenidos alojados en las plataformas digitales, por ejemplo, en redes sociales, aun cuando el contenido tenga carácter informativo. Esta circunstancia es, sin lugar a duda, un reto al que hacer frente para avanzar en la consolidación de la protección de las libertades informativas en Internet. Es cierto que, en muchos casos, el usuario sobrepasa los límites y opta por no hacer un uso responsable de las plataformas digitales, situación que en muchos supuestos deviene de la falta de formación del usuario en el uso de las plataformas digitales. No obstante, esto no es óbice para dejar de lado el debate sobre la necesaria reivindicación que se debe realizar de aquellas manifestaciones de opiniones e ideas alojadas en Internet y que son susceptibles de ser amparadas por la libertad de expresión.

La presunta escasa fiabilidad del discurso de bajo nivel, así como la frivolidad, banalidad e irresponsabilidad tan habitual de los millones de usuarios de blogs y redes

¹⁷⁹ ROWBOTTOM, J., “To rant, vent and converse: protecting low level digital speech”, op. cit., p. 368.

¹⁸⁰ ROWBOTTOM, J., “To rant, vent and converse: protecting low level digital speech”, op. cit., pp. 368-369.

¹⁸¹ A manera de ejemplo, entre los medios de comunicación que únicamente publican contenidos a través de sus correspondientes sitios web se puede citar *Hufunpton Post* (vid. <http://www.huffingtonpost.es/>) o *elDiario.es* (<http://www.eldiario.es/>)

sociales, cuando difunden o re difunden información no contrastada¹⁸², no pueden ser la causa que justifique la ausencia de garantías para este tipo de discursos.

Por otra parte, consideramos que no sería conveniente para el ejercicio de la libertad de expresión equiparar el nivel de responsabilidad entre los profesionales de la comunicación y los usuarios de la red. Esto teniendo en cuenta que el usuario generador de contenidos no tiene la capacidad económica ni operativa de asumir dichas obligaciones.

Puede que no sea viable generalizar la inmunidad que confiere el secreto del periodista al ejercicio de un *bloggero* en Internet. Tampoco parece apropiado que esta garantía se limite a los tradicionales *mass media*, a las empresas y a los profesionales del periodismo como hasta ahora se ha entendido¹⁸³. El generar información de interés público no puede ser una tarea exclusiva de los tradicionales medios de comunicación y los periodistas profesionales¹⁸⁴. Esto no sería coherente con el estado actual de la evolución de Internet como canal de comunicación multidireccional.

El conocimiento de derechos como la no revelación de fuentes, secreto del periodista, para diversos fenómenos de Internet, no impone por sí la exención de diligencia del informador, pero ciertamente la relativiza. Será posible crear nuevos criterios para estimar

¹⁸² A manera de ejemplo, ROWBOTTOM cita un llamativo caso que se presentó en Reino Unido, en el que numerosos usuarios de *Twitter* erróneamente vincularon a un funcionario del gobierno de Margaret Thatcher: “*The hazards of online speculation and amplification of suspicions were illustrated in the case of Lord McAlpine, in which numerous users of Twitter wrongly linked the peer with a story broadcast on News night about sexual abuse at a children’s home. Soon after the allegations were made, it was revealed in the press that the wrong person had been implicated and the relevant media entities apologized. While the retractions and apologies illustrate the ability of the media to correct itself, the episode also provides a reminder of the harm to reputation that can occur. The peer went on to pursue and settle a number of defamations actions and won a court ruling that a “tweet” posted by Sally Bercow was defamatory.*”, ROWBOTTOM, J., “In the shadow of the Big Media: Freedom of Expression, Participation and the production of knowledge Online”, *Public Law*, número 3, 2014, p. 505.

¹⁸³ COTINO HUESO, L., “Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los “blogs””, *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías: Con motivo del XX aniversario de la Facultad de Derecho de Burgos*, Universidad de Burgos, 2005, p. 71.

¹⁸⁴ COTINO HUESO, L., “Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los “blogs””, op. cit., p. 72.

en cada caso concreto si quien no revela sus fuentes ha realizado una actividad informativa en Internet diligente y su información es veraz¹⁸⁵.

La pregunta entonces es ¿cuáles deben ser los estándares con los que deberá cumplir el *low value speech* para gozar de una protección reforzada de su libertad de expresión? ¿Es necesario desarrollar nuevos estándares?

COTINO plantea que sería necio jurídicamente argumentar que un contenido tiene interés público y especial protección constitucional debido al sujeto que lo emite y no por su contenido. Para este autor, 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 estos¹⁸⁶. Diseñar una herramienta de comunicación en Internet que no permita la reproducción automática de contenidos como los que tenemos hoy en día, podría frenar la marcha de Internet¹⁸⁷.

Una solución intermedia podría ser reformular las normas de responsabilidad que son más apropiadas para el autor del discurso de bajo nivel. Este enfoque permitiría, por ejemplo, un equilibrio entre la libertad de expresión y el honor y buen nombre de terceros. Es decir, por una parte, está el derecho sustancial, esto es la naturaleza del equilibrio entre la libertad de expresión y los derechos de terceros, que podría interpretarse mejor desde una visión de “*Low value speech*”. Por otra parte, estaría el derecho procedimental para que se mantenga el equilibrio entre la libertad de expresión y los derechos de terceros. Ahora bien, la dificultad radicaría en identificar qué normas de conducta y condiciones son las más adecuadas para la defensa del interés público¹⁸⁸.

¹⁸⁵ COTINO HUESO, L., “Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los “blogs””, op. cit., p. 75.

¹⁸⁶ COTINO HUESO, L., “Retos, amenazas, tendencias y “olvidos” de la libertad de expresión e información de los usuarios, prestadores de servicios e intermediarios de Internet”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, número 76/77, p. 87.

¹⁸⁷ COTINO HUESO, L., “Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los “blogs””, op. cit., p.76.

¹⁸⁸ ROWBOTTOM, J., “In the shadow of the Big Media: Freedom of Expression, Participation and the production of knowledge Online”, op. cit., p. 506.

Toda solución debe pasar por involucrar a todos los actores, en especial a los PSI, ya que serán ellos quienes se vean obligados a introducir las necesarias adecuaciones en la prestación de sus servicios para materializar cualquier propuesta que se plantee. De manera que la pregunta clave para las compañías de tecnológicas es ¿bajo qué estándares son las compañías de Internet las que están en apuros por los libelos y otras fechorías de los billones de usuarios de sus plataformas?¹⁸⁹ A esto habría que agregar ¿son precisamente las compañías de Internet las que se deben plantear estas vicisitudes? Está claro que los beneficios derivados del modelo de negocio que manejan hoy las plataformas digitales deben estar acompañados de unas obligaciones y cuidados para evitar vulneración de los derechos de terceros. No obstante, el orden ideal es que esos cuidados deriven de una directiva impuesta por quienes sí cuentan con las competencias para limitar y ponderar libertades fundamentales.

En cualquier caso, cualquier solución implementada deberá buscar garantizar un justo equilibrio entre la libertad de expresión y los derechos de terceros que pudieran verse afectados. Ante todo, hay que recordar que cualquier alteración que se pueda hacer del libre ejercicio de las libertades informativas puede llegar a facilitar vías para la censura colateral o un efecto disuasorio sobre los usuarios de la red.

2.5. *Deslocalización, ley aplicable y jurisdicción competente. Ámbito de aplicación y ámbito territorial*

Internet tiene un alcance mundial, es un fenómeno sin fronteras. La ubicación de los servidores en diferentes países no impide que las plataformas puedan operar en países de diferentes latitudes. Aunque la legislación del país correspondiente prohíba tales contenidos y disponga el seguimiento de una causa criminal, puede ocurrir que el

¹⁸⁹ AMMORI, M., “The “New” New York: Free speech lawyering in the age of Google and Twitter”, op. cit., pp. 2285-2286.

proveedor de contenidos y el prestador de servicios intermediarios estén todos fuera del territorio de las autoridades judiciales nacionales¹⁹⁰.

Como se tratará con más detalle en el apartado 3.2 del presente Capítulo, los distintos Estados mantienen estándares muy distintos para definir aquello que debe ser considerado como ilícito y todavía más diferentes son las concepciones de lo que ha de ser entendido por nocivo. También son distintas las concepciones de la libertad de expresión que se mantienen en los países anglosajones que las que mantienen los países europeos. Y ni qué decir cuando entran en juego otros países con culturas y sistemas políticos radicalmente distintos de los occidentales¹⁹¹.

Esto propicia el que ante los intentos regulativos de un Estado se pueda dar una suerte de *forum shopping*, en el que los cibernautas buscan publicar los contenidos en aquellos servidores radicados en países donde se mantienen criterios más flexibles¹⁹². Ante esta situación, los Estados tratan de hacer valer su jurisdicción y se esfuerzan en hacer retirar determinados contenidos de Internet¹⁹³.

¹⁹⁰ En lo que respecta a la jurisdicción y ley aplicable y los conflictos para la propiedad intelectual, XALABARDER apunta “(...) quizá, la piedra angular de toda infracción de la PI en Internet, y la subsiguiente responsabilidad del ISP reside en sede de Derecho Internacional Privado, en temas de jurisdicción y ley aplicable. A pesar de declarar expresamente que «no establece normas adicionales de derecho internacional privado ni afecta a la jurisdicción de los tribunales de justicia» (vid. art.1(4) DCE), la DCE establece un sistema de «control en origen» (vid. art.3 DCE) que puede acabar teniendo una influencia directa a la hora de establecer qué ley rige la infracción. El «control en origen» significa –entre otras cosas– que la ley del país de establecimiento del ISP decidirá si (y en qué medida) el ISP queda o no exento de responsabilidad por una infracción concreta acaecida en Internet. No sería extraño que el tribunal utilizara esta misma ley, del país del país de establecimiento de ISP, no sólo para examinar la existencia o no de responsabilidad del ISP, sino también para examinar la existencia o no de infracción (la cual, en principio, debería ser resuelta de acuerdo con la *lex loci delicti commissi* –cualquiera que sea esta ley en un contexto de redes digitales) (...) No me parece que las leyes nacionales, ni siquiera en propiedad intelectual, sean suficientemente homogéneas como para hacer posible que la aplicación de una única ley para enjuiciar la infracción cometida en Internet (a nivel internacional) sea considerada justa”. XALABARDER PLANTADA, R., “La responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, 2, 2006, pp. 13 y 14.

¹⁹¹ En relación con alternativas a la extraterritorialidad ver BOIX PALOP, A. “La LSSI y las diversas concepciones sobre la extraterritorialidad de las limitaciones a la libre expresión derivadas de la cláusula de orden público”, *Revista de Derecho*, número 2, 2003, pp. 1-21, disponible en <https://www.uv.es/revdret/num2/aboix.htm> consultado el 7 de enero de 2021.

¹⁹² TERUEL LOZANO, G. M., “Libertad de expresión en Internet, control de contenidos de las páginas web y sus garantías constitucionales”, op. cit., pp. 2 a 4.

¹⁹³ COTINO HUESO, L./DE LA TORRE FORCADELL, S., “El caso de los contenidos nazis en Yahoo ante la jurisdicción francesa: un nuevo ejemplo de la problemática de los derechos fundamentales y la

Particular preocupación está generando el artículo 8 de la DSA relativo a las “Órdenes de actuación contra contenidos ilícitos”. Este artículo regula lo relativo al cumplimiento de órdenes de actuación por parte de los prestadores de servicios intermediarios. Así, una vez que los PSI reciban una orden de actuación contra un contenido ilícito concreto, dictada por una autoridad judicial o administrativa nacionales, en virtud del derecho nacional o del Derecho de la Unión, darán trámite a dicha orden. En particular, llama la atención el artículo 8.2.b) que señala que los Estados miembros deberán velar porque el ámbito de aplicación territorial de la orden de actuación, en virtud de las disposiciones aplicables del Derecho de la Unión y nacional, incluida la Carta, y, en su caso, los principios generales del Derecho Internacional, no exceda de lo estrictamente necesario para alcanzar su objetivo. Es decir, se da por hecho que una orden de esa naturaleza tendrá efectos fuera del territorio de la autoridad que emite la orden de actuación.

Como señala BARATA, el artículo 8 de la DSA concede a las autoridades nacionales un poder muy abierto y casi discrecional para imponer unilateralmente una interpretación de las normas internacionales de libertad de expresión a terceros países¹⁹⁴. Esto afecta indirectamente a la protección de la libertad de expresión, que lo es “sin consideración de fronteras”¹⁹⁵. En virtud de este párrafo se concede a las autoridades nacionales, incluidos

territorialidad en internet”, *Actas del XV Seminario de Derecho e informática*, Aranzadi, Madrid, 2002, pp. 897-917.

Como señala TERUEL “*Es el caso de lo ocurrido en el asunto de los contenidos nazis en Yahoo o en el caso Compuserve, en los que las jurisdicciones francesa y alemana respectivamente terminaron «gobernando» el mundo al forzar la retirada de Internet de determinados contenidos que, siendo ilegales en esos países, no lo eran en aquellos en los que estaban alojados. Interesante fue también el caso Radikal, en el que el intento de las autoridades alemanas de censurar una revista de extrema izquierda ilegal en este país provocó la respuesta de cientos de internautas que se lanzaron a reflejar los contenidos de la misma para que fuera imposible su censura. Y algo parecido ocurrió con el caso del libro «Le Grand Secret», que a pesar de las prohibiciones de publicación dictaminadas por la autoridad judicial francesa fue ampliamente difundido por la Red. O lo sucedido en España con el caso del secuestro judicial de la portada de la revista «El Jueves».* TERUEL LOZANO, G: M., “Libertad de expresión en Internet, control de contenidos de las páginas web y sus garantías constitucionales”, op. cit., pp. 2 a 4.

¹⁹⁴ BARATA, J. *The Digital Service Act and its impact on the right to Freedom of Expression: Special focus on risk mitigation obligations*. Plataforma por la Libertad de Información, disponible en <https://libertadinformacion.cc/wp-content/uploads/2021/06/DSA-AND-ITS-IMPACT-ON-FREEDOM-OF-EXPRESSION-JOAN-BARATA-PDLI.pdf> consultado el día 23 de diciembre de 2021, p. 5.

¹⁹⁵ “(...) contrary to what would be the case from a global perspective, an EU-wide injunction would be possible in this case is much as EU legislation has undergone a process of harmonization which

los órganos administrativos, una potestad sobre la libertad de expresión en terceros países¹⁹⁶.

La extensión del alcance territorial de una disposición la encontramos también en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de protección de datos. Así, en su artículo 3.1 establece que el Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión. Esto con independencia de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no.

De manera que, ante estos supuestos, el PSI puede encontrarse con la obligación de acatar una orden de actuación en un país, con posibles efectos en terceros países en los que el contenido señalado como ilícito puede, o bien no serlo, o contar con una regulación diferente. Como se verá en el apartado 3.2 siguiente, en relación con los contenidos ilícitos, a pesar de que existe un consenso respecto de los aspectos generales, en ocasiones, la legislación concreta dista de un país a otro. En el caso de los contenidos nocivos, las consecuencias pueden ser aún más graves, teniendo en cuenta la valoración cultural y social de este tipo de contenidos que puede ser radicalmente diferente.

El legislador también ha querido abordar esta problemática elaborando criterios de atracción de la jurisdicción. Así, en el artículo 2.2 de la LSSICE se indica que esta Ley será de aplicación, aunque no tenga su domicilio en España, pero opere mediante establecimiento permanente en España. Entendiendo que existe establecimiento permanente cuando disponga en España, de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice toda o parte de su actividad. A la luz de esta disposición, el Tribunal Supremo señaló en su sentencia 144/2013 que, si bien Google Inc. no tiene el domicilio social en España, sino en California (Estados Unidos) opera en

permits the adoption of human rights-sensitive decisions of that territorial scope. (...)" BARATA, J. *The Digital Service Act and its impact on the right to Freedom of Expression: Special focus on risk mitigation obligations*, op. cit., p. 14.

¹⁹⁶ BARATA, J. *The Digital Service Act and its impact on the right to Freedom of Expression: Special focus on risk mitigation obligations*, p. 14.

España mediante una oficina permanente de ventas sita en la Torre Picasso, Plaza Pablo Ruiz Picasso planta 26, de Madrid (lugar en el que se hizo el emplazamiento), por tanto, le resulta de aplicación lo dispuesto en la LSSICE.

En relación con el alcance mundial que puede tener una orden judicial en la Unión Europea, en el caso *Eva Glawischnig-Piesczek contra Facebook Ireland Limited*, el TJUE respondió que el artículo 15.1 de la Directiva de Comercio Electrónico, debe interpretarse en el sentido de que esta disposición no se opone a que un tribunal de un Estado miembro pueda: “(...) *obligar a un prestador de servicios de alojamiento de datos a suprimir los datos a los que se refiera la medida cautelar acordada o bloquear el acceso a ellos a nivel mundial en el marco del Derecho internacional pertinente*”¹⁹⁷. Esto teniendo en cuenta que, según señala el TJUE, el legislador ya tuvo en cuenta en la Directiva de Comercio Electrónico que era necesario garantizar una coherencia de las normas de la Unión con las normas aplicables a nivel internacional¹⁹⁸, lo cual resulta bastante confuso, ya que las normas internacionales no contemplan regulaciones específicas sobre este tipo de regímenes, sino principios generales orientativos¹⁹⁹.

Contrario a lo señalado hasta ahora, el Consejo de Europa (2015) en su Recomendación CM / Rec (2015) 6 ha recordado el “flujo libre y transfronterizo de información en internet”. Al respecto, indica que “las medidas adoptadas por las autoridades estatales para combatir el contenido o las actividades ilegales en Internet no deben tener un impacto innecesario y desproporcionado más allá de las fronteras de ese

¹⁹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión (Sala 3ª), asunto número C-18/18, de 3 de octubre de 2019, FJ. 55.

¹⁹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión (Sala 3ª), asunto número C-18/18, de 3 de octubre de 2019, FJ. 51.

¹⁹⁹ Tal y como apunta Barata “(...) *Putting now aside the fact that the decisions of the Court must always be interpreted in light of the specific case, this portion of the Court’s decision is extremely short and has created many interpretation doubts and legal caveats. Above all, the main (unanswered) question would be: which international legal standards permit the identification and global banning of content, on the basis of the adjudication made by one single State? In other words, the Court in this case seems to (wrongly) assume that international standards do not only provide general principles and guidance for States when establishing specific legal regimes covering different areas of speech, but they may also grant global validity to decisions taken by national authorities in particular national contexts*” BARATA, J. *The Digital Service Act and its impact on the right to Freedom of Expression: Special focus on risk mitigation obligations*, p. 12.

Estado” (ap. 2º)²⁰⁰. También la Recomendación CM / Rec (2011) 8 (Consejo de Europa, 2011) sobre la protección y promoción de la universalidad, integridad y apertura de Internet incluye la responsabilidad del Estado de garantizar que las acciones dentro de su jurisdicción no interfieran ilegítimamente con el acceso a la información en otros Estados o afecten negativamente el flujo transfronterizo de información en Internet²⁰¹.

Y esto nos lleva a otro punto que entra en relación con este apartado. Además de estas dificultades, fruto del carácter global y descentralizado de Internet, ante las dificultades para individualizar al autor de la difusión de contenidos ilícitos, la vía más sencilla resulta ser la de responsabilizar a los prestadores de servicios intermedios.

Finalmente, otra vía más tradicional para hacer frente a la dificultad de la deslocalización, ley aplicable y jurisdicción, en los ámbitos penal y policial entre los Estados miembros de la UE y para establecer una cooperación internacional con arreglo, por ejemplo, a convenios u otros instrumentos jurídicos internacionales. La cooperación debería extenderse también a la prevención de prácticas delictivas mediante la utilización de Internet como nuevo vehículo de tales actividades²⁰².

3. LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ONLINE. ESPECIAL ATENCIÓN A LA RESTRICCIÓN ENTRE PRIVADOS

En el marco de la generación de contenidos alojados y distribuidos en Internet, pueden darse excesos en el ejercicio de dicha libertad traspasando los límites y generando daños en derechos de terceros. Además, incluso en supuestos de ejercicio legítimo de esta libertad, es posible encontrar contenidos que pueden resultar perjudiciales para cierto sector poblacional y, por tanto, que sea necesario protegerlo de los mismos.

En lo que respecta a los límites a la libertad de expresión, el artículo 10.2 del CEDH señala que la libertad de expresión podrá ser sometida a ciertas formalidades, condiciones,

²⁰⁰ https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c3f20 (consultado el día 23 de diciembre de 2021)

²⁰¹ COTINO HUESO, L., “Quién, como y qué regular (o no regular) frente a la desinformación”, p. 11, disponible en www.cotino.es, consultado el día 11 de noviembre de 2021.

²⁰² Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, COM (96) 487, *Contenidos ilícitos y nocivos en Internet*, de 16 de octubre de 1996, p. 18, op. cit.

restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial. Por su parte, el artículo 19.3 del PIDPC indica que la libertad de expresión puede estar sujeta a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por ley y ser necesarias para: a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; y, b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. En la Constitución de España, el artículo 20.4 establece que el límite a la libertad de expresión está en el respeto de los derechos reconocidos en el Título I “*De los derechos y deberes fundamentales*”, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

Lo anterior llevado a Internet no varía. En este sentido, las restricciones a la libertad de expresión en Internet solo resultan aceptables cuando cumplen con los requisitos exigidos en la normativa aplicable. Así, entre otros aspectos ya reseñados, deberán estar previstas por la ley y perseguir una finalidad legítima y ser necesaria para dicha finalidad²⁰³. Además, dicha regulación no debe promover, directa o indirectamente, cualquier tipo de censura por parte de entes públicos a particulares. Ahora bien, deberá atenderse a las particulares de Internet, por lo que no puede transferirse sin más los enfoques de reglamentación desarrollados para otros medios de comunicación²⁰⁴.

Como consecuencia de los controles y límites que los Estados han implementado para la libertad de expresión en cada uno de sus países, los PSI paulatinamente han establecido una serie de medidas para la moderación de contenidos en las plataformas en

²⁰³ Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet, adoptada el 1 de junio de 2011, op. cit., Principios generales, 1. a.

²⁰⁴ Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet adoptada el 1 de junio de 2011, op. cit., Principios generales, 1. c.

línea²⁰⁵. Se trata de reglas implementadas de forma unilateral, como un mecanismo de autorregulación, por parte de los responsables de las plataformas, sin un control real sobre la observancia de las garantías constitucionales. Como señala BARATA, a la hora de establecer sus propias normas, las plataformas también pueden inspirarse en los principios y culturas tradicionales de la libertad de expresión y reproducirlos, así como aspirar a proteger valores similares a los contemplados en la legislación estatal²⁰⁶.

Sin embargo, en ocasiones, lo que realmente motiva a los PSI a poner en marcha este tipo de medidas es poder eludir cualquier tipo de eventual responsabilidad por su labor de intermediación. Esto último es plenamente válido. El problema surge cuando esta motivación lleva a que se pierda la perspectiva de la necesaria protección de la libertad de expresión, principalmente en lo relativo a los contenidos nocivos, como se verá a continuación.

Se comparte lo señalado por TERUEL sobre la necesidad de que el control de los contenidos en Internet sea una actividad que de manera preferente corresponda a los órganos jurisdiccionales y no a la Administración²⁰⁷. Esto, teniendo en cuenta que el control de dichos contenidos implica una limitación al ejercicio de la libertad de expresión, como derecho fundamental, en Internet²⁰⁸. Se comparte igualmente lo señalado por COTINO quien apunta que no puede eludirse una clara voluntad del constituyente de

²⁰⁵ “(...) *Content moderation consists of a series of governance mechanisms that structure participation in a community to facilitate cooperation and prevent abuse. (...)*” BARATA, J. “The digital services act and its impact on the right to freedom of expression: special focus on risk mitigation obligations”, *PLI, Plataforma por la libertad de información*, op. cit., p. 8.

²⁰⁶ BARATA, J. “The digital services act and its impact on the right to freedom of expression: special focus on risk mitigation obligations”, op. cit., p. 9.

²⁰⁷ TERUEL LOZANO, G: M., “Libertad de expresión en Internet, control de contenidos de las páginas web y sus garantías constitucionales”, op. cit., p. 20.

²⁰⁸ “(...) *Nuestra Constitución quiere salvaguardar la Libertad de expresión con independencia del medio de expresión o publicación utilizado para expresarse; por lo que, a salvo de que concurran circunstancias justificativas, la regla será la inadmisión de restricciones o regímenes específicos con base exclusivamente en la consideración del medio a través del cual el mensaje es difundido. Así las cosas, nuestro ordenamiento general delimita únicamente a través de la legislación civil y penal la libertad de expresión, residiendo por tanto en los Jueces y Tribunales la potestad de controlar los ejercicios ilegítimos de la misma -con las excepciones del régimen audiovisual y de la publicidad y la pornografía por sus especiales características-. Ergo, de ello deducimos que en el ámbito de Internet cualquier intento de romper con esa reserva de jurisdicción que se mantiene con carácter general, fijando para los contenidos de la Red procedimientos de control administrativos específicos, deberá ser considerado inconstitucional. (...)*” TERUEL LOZANO, G: M., “Libertad de expresión en Internet, control de contenidos de las páginas web y sus garantías constitucionales”, op. cit., p. 21.

reservar a los jueces la garantía de la restricción del acceso y de los contenidos en la red²⁰⁹.

La actual falta de concreción legislativa sobre esta situación conlleva a un panorama incierto para los PSI²¹⁰, ya que múltiples situaciones están supeditadas a la suerte de contar con un dictamen judicial favorable, que aprecie como diligentes y ajustadas a derecho las medidas que han implementado²¹¹.

A continuación, se procederá al estudio de las restricciones a la libertad de expresión entre privados, así como la imposición de controles obligatorios por parte de las plataformas.

3.1. Restricciones a la libertad de expresión entre privados

La restricción por parte del PSI a los contenidos alojados por usuarios de las plataformas no sería en términos jurídicos una censura previa²¹², sino una restricción a la libertad de expresión entre particulares.

²⁰⁹ COTINO HUESO, L. “Online-offline. Las garantías para el acceso a Internet y para la desconexión, bloqueo, filtrado y otras restricciones de la red y sus contenidos”, op. cit., p. 32.

²¹⁰ “*Multinational user bases pose an obvious problem: these companies must figure out how to adopt and enforce policies that comply with various national laws while advancing a corporate (and individual) interest in freedom of expression. The lawyers for these companies may adopt: (1) a universal rule that can work in even the most speech-restrictive nations (a “least common denominator”) and therefore suppress more speech than necessary globally; (2) a universal rule that works in the most speech-protective nations (a “highest common denominator”) and therefore expect their sites to be blocked in many countries, making them unavailable as speech platforms to millions; or (3) differing rules based on the nation, pushing the outer limit of protection in each nation but necessarily making compromises on free expression that make the companies complicit in censorship. Other options are also possible.*” AMMORI, M., “The “New” New York: Free speech lawyering in the age of Google and Twitter”, op. cit., p. 2279.

²¹¹ Al respecto ver MARTÍNEZ-ROJAS, A., “El deber de diligencia de los prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, número 26, 2011, pp. 87-100.

²¹² Como señala COTINO “(...) En algún caso excepcional se ha considerado, por ejemplo, que se vulnera la libre expresión dificultando materialmente la distribución de publicaciones tanto por un sujeto público, como incluso por un sujeto privado. (...) la estimulada autorregulación para el control de contenidos en la red debe quedar impregnada no solo por la necesidad de perseguir contenidos ilícitos, sino de proteger contenidos incluso nocivos y molestos y no dificultar su permanencia en la red. Los juzgadores “privados” de la licitud o conveniencia de contenidos deben reunir una serie de requisitos y garantías. (...)”. COTINO HUESO, L., *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 26.

La censura previa únicamente se configura a partir de la implementación de medidas limitativas a la elaboración o difusión de contenidos previo examen oficial de su contenido. En España la acepción censura surge para abolir la actividad censora que durante siglos había constituido un acreditado medio de dominación y manipulación en manos del Estado y de la Iglesia²¹³. El primer antecedente de la prohibición de la censura previa en España se encuentra en la Constitución de 1812, que en su artículo 317 reconoció a todos los españoles la libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia o aprobación alguna anterior a la publicación²¹⁴. Ninguna constitución posterior a la de 1812 ha omitido la prohibición de censura previa en España.

La Constitución Española dispone eliminar todos los tipos imaginables de censura previa aún los más débiles y sutiles, que tengan por efecto no ya el impedimento o prohibición sino la simple restricción de los derechos del artículo 20.1 CE²¹⁵. La prohibición a la censura previa se incluye en el actual artículo 20.2 de la C.E., y desde 1978 ha sido uno de los pilares del derecho a la libertad de expresión e información²¹⁶.

²¹³ GARCÍA MORALES, M. J., “La prohibición de la censura en la era digital”, *Teoría y realidad constitucional*, número 31, 2013, p. 239.

²¹⁴ GARCÍA MORALES, M. J., “La prohibición de la censura en la era digital”, op. cit., p. 240.

²¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Plena), número 52/1983, de 17 de junio de 1983, FJ 5.

²¹⁶ La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional ha profundizado en la definición y alcance de la censura. Dicho Tribunal definió la censura como “*cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerla depender del previo examen oficial de su contenido*” Sentencia del Tribunal Constitucional número (Sala Plena), número 52/1983, de 17 de junio, FJ 5. Esta definición es reiterada en sentencias posteriores, sin que se produzcan modificaciones sustanciales Así, el Tribunal Constitucional también ha definido la censura como “*toda intervención preventiva de los poderes públicos para prohibir o modular la publicación o emisión de mensajes escritos o audiovisuales*”, Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2ª), número 176/1995, de 11 de diciembre de 1995, FJ 6º. De conformidad con la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional, la Constitución de España dispone eliminar todos los tipos imaginables de censura previa aún los más débiles y sutiles, que tengan por efecto no ya el impedimento o prohibición sino la simple restricción de los derechos del artículo 20.1 CE (vid. Sentencia del Tribunal Constitucional número (Sala Plena), número 52/1983, de 17 de junio, FJ 5.). A efectos de especificar las características diferenciadoras de la censura, el Tribunal Constitucional recuerda que por censura hay que entender la intervención preventiva de los poderes públicos para prohibir o modular la publicación o emisión de mensajes escrito o audiovisuales. La presión de ciudadanos o grupos de ellos para impedir esa difusión, aunque consiga obtener el mismo resultado, puede ser llegar a ser una intromisión en un derecho ajeno, con relevancia penal en más de un caso y desde más de un aspecto, pero no “censura” en el sentido que le da la Constitución. En últimas, la verdadera censura previa consiste en cualesquiera medidas limitativas de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerlas depender del previo examen oficial de su contenido (vid. Sentencia del Tribunal Constitucional, número 187/1999, de 25 de octubre, FJ 5)

Esta prohibición, más que un arrastre histórico es una clara reacción a la censura del Estado durante la dictadura franquista en la prensa escrita, la radiotelevisión y el cine²¹⁷.

Censura previa por parte del Estado puede ser cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra, especialmente al hacerla depender del previo examen oficial de su contenido. Esto implica la finalidad de enjuiciar la obra en cuestión con arreglo a unos valores abstractos y restrictivos de la libertad. La aprobación a la publicación de la obra dependerá de que ésta se ajuste a los juicios del censor²¹⁸. Las restricciones gubernamentales a las libertades informativas se pueden dividir en dos categorías generales: las restricciones neutras, que restringen la comunicación sin tener en cuenta el mensaje transmitido y las restricciones en razón al contenido que restringen directamente el mensaje transmitido²¹⁹. Las diferencias entre las restricciones basadas en el contenido y las restricciones neutras son más difíciles de apreciar de lo que podría esperarse. De ahí que en muchas ocasiones los tribunales hayan tenido tantas dificultades en su esfuerzo por hacer frente a este tipo de situaciones²²⁰.

Como sucede con muchas otras garantías constitucionales a la libertad de expresión, la prohibición a la censura rige tanto para los viejos como para los nuevos medios de comunicación. En el ámbito de los derechos y libertades debe imperar el principio de universalidad, es decir, derechos de todos los ciudadanos, en todo lugar y sea cual sea el medio técnico. Para CORREDOIRA no caben excepciones en función del medio técnico empleado en la comunicación²²¹.

El debate sobre la necesidad de distinguir las restricciones de los PSI a los contenidos en Internet de la censura previa no es meramente conceptual. Es importante tener en cuenta que a pesar de que el foro que gestionan los PSI es trascendental para el ejercicio

²¹⁷ GARCÍA MORALES, M. J., “La prohibición de la censura en la era digital”, op. cit., p. 240.

²¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, número 13/1985, de 31 de enero, FJ 1.

²¹⁹ STONE, G. R., “Restrictions of speech because of its content: The peculiar case of subject-matter restrictions”, *46 University of Chicago Law Review* 81, 1978, p. 81.

²²⁰ STONE, G. R., “Restrictions of speech because of its content: The peculiar case of subject-matter restrictions”, op. cit., p. 99.

²²¹ CORREDOIRA, L., “Agenda de reformas internacionales en materia de control o censura de contenidos”, *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, p. 171.

de la libertad de expresión, esto no los hace asumir una función pública. En este sentido, el Tribunal de Apelación de los Estados Unidos para el Noveno Circuito en el caso de la Universidad Prager contra Google, de fecha 26 de febrero de 2020²²², señaló que YouTube, simplemente porque alberga un foro para la expresión pública, no es un actor gubernamental obligado por los límites de la Primera Enmienda. El Tribunal recuerda que, la propiedad privada no pierde su carácter privado por el mero hecho de que se invite al público a usarlo para fines determinados. YouTube puede ser un foro público paradigmático en Internet, pero no por ello pierde su condición de entidad privada²²³. Tampoco se da el supuesto de que sea una entidad privada que presta servicios públicos por el mero hecho de albergar la expresión de otros. Esto no es en sí mismo una función pública tradicional y exclusiva y no transforma entidades privadas en actores estatales sujetos a las restricciones de la Primera Enmienda²²⁴. Por tanto, sus decisiones relativas a la moderación de contenidos no pueden ser impugnadas en virtud de la Primera Enmienda, porque el propio YouTube tiene derechos de la Primera Enmienda para gestionar su plataforma como considere oportuno.

Sin perjuicio de lo anterior, como se viene diciendo, la restricción de la libertad de expresión implementada por una entidad privada puede eventualmente derivar en una restricción desproporcionada a la libertad de expresión. El Tribunal Constitucional Federal, según cita COTINO, en *BverfGE* 25, 256, caso “*Blinkfüer*” sobre el boicot a la

²²² Tribunal de Apelación de Estados Unidos, Noveno del Circuito, caso Prager University contra Google LLC, FKA Google Inc., YouTube, LLC, de 26 de febrero de 2020, Opinión del Juez McKeown, disponible en <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2020/02/26/18-15712.pdf> consultado el día 2 de enero de 2022.

²²³ “*In an effort to distinguish controlling precedent, PragerU argues that YouTube is a state actor because it performs a public function. It is true that a private entity may be deemed a state actor when it conducts a public function, but the relevant function “must be both traditionally and exclusively governmental” (...) This test is difficult to meet. It is “not enough” that the relevant function is something that a government has “exercised... in the past, or still does” or “that the function serves the public good or the public interest in some way.” (...) Rather, the relevant function must have been “traditionally the exclusive prerogative of the state”* Tribunal de Apelación de Estados Unidos, Noveno del Circuito, caso Prager University contra Google LLC, FKA Google Inc., YouTube, LLC, op. cit.

²²⁴ “*(...) YouTube may be a paradigmatic public square on the Internet, but it is “not transformed” into a state actor solely by “providing a forum for speech”. (...) YouTube merely operates a platform for user-generated video content; it does not “perform all the necessary municipal functions”* Tribunal de Apelación de Estados Unidos, Noveno del Circuito, caso Prager University contra Google LLC, FKA Google Inc., YouTube, LLC, op. cit.

distribución de una publicación en Berlín, señaló “*El ejercicio de un presión económica, que genera en el implicado graves perjuicios, y que tiene como finalidad impedir la difusión de opiniones y noticias, que se encuentran protegidas constitucionalmente, viola la igualdad de oportunidades en el proceso de formación de la opinión, y contradice el sentido y esencia del derecho fundamental a la libertad de opinión, que tiene por objeto garantizar la controversia ideológica*”²²⁵. Esto, sin duda, genera un importante impacto en las garantías de los ciudadanos, máxime en el supuesto de las plataformas digitales de gran tamaño.

La adecuada protección a la libertad de expresión en Internet depende tanto de la ausencia de toda manifestación de censura por parte del Estado y de las restricciones de los particulares, como de la consolidación de una infraestructura que favorezca el desarrollo de la libertad de expresión. Dicha infraestructura debe incluir diversos tipos de medios de comunicación e instituciones para que el conocimiento, se cree y se disemine en cualquier momento y en cualquier lugar²²⁶. Aunado a esto, cualquier tipo de oportunidades deben estar disponibles para las personas que deseen crear y construir tecnologías e instituciones que otras personas puedan usar para comunicaciones y asociaciones.

3.2. *Mecanismos de restricción a la libertad de expresión. Medidas de bloqueo, filtrado y retirada de contenidos ilegales*

Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, así como la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos en el libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión²²⁷. También pueden darse restricciones indirectas que son aquellas que conllevan el uso de mecanismos legítimos de manera

²²⁵ COTINO HUESO, L., *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, op. cit., p. 26.

²²⁶ BALKIN, J.M., “The future of free expression in a digital age”, op. cit., p. 432.

²²⁷ *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=26&IID=2> consultado el día 9 de enero de 2022.

indiscriminatoria o abusiva, para sancionar a las personas por sus declaraciones²²⁸. Las restricciones a la libertad de expresión incluyen el uso de la legislación para silenciar voces críticas, restricciones al acceso a determinados tipos de información, entre otros²²⁹.

Como se viene diciendo, el ejercicio de la libertad de expresión, en general, puede sujetarse a determinadas limitaciones o restricciones, que contempla el propio CEDH. Una restricción a la libertad de expresión puede ser o no infractora de la CEDH, según se ajuste o no a los términos en los que dichas restricciones están autorizadas por el artículo 10.2 CEDH.

A partir de los análisis realizados por el TEDH en sus decisiones se fijan los parámetros para poder considerar legítimas las limitaciones y restricciones a la libertad de expresión²³⁰. De manera que las restricciones deben inscribirse en un marco legal particularmente estricto en cuanto a la delimitación de la prohibición y eficaz con respecto a la revisión judicial contra posibles abusos²³¹. Deberá además perseguir uno o más objetivos legítimos, y, ser una medida necesaria en una sociedad democrática, de manera que la medida sea proporcional con el objetivo legítimo que se persigue²³².

Por su parte, la Constitución Española en su artículo 20.4 establece que los límites a la libertad de expresión están en el respeto de las leyes que la desarrollen, especialmente,

²²⁸ *Restricciones indirectas de la Libertad de Expresión*, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=155&IID=2> consultado el día 9 de enero de 2022.

²²⁹ *The Global State of Democracy 2021. Building Resilience in a Pandemic Era*, disponible en https://www.idea.int/gsod/sites/default/files/2021-11/the-global-state-of-democracy-2021_0.pdf consultado el día 3 de enero 2022.

²³⁰ El artículo 19 del PIDCP, según el cual cualquier restricción de contenido online además de ser excepcional, debe superar el test cumulativo: a) cualquier restricción debe estar prevista por la ley, debe estar formulada con precisión suficiente para permitir a un individuo regular su conducta en consecuencia y debe ser accesible al público; b) cualquier restricción debe basarse en uno de los motivos legítimos establecidos en el artículo 19.3 del PIDCP ((i) asegurar el respecto a los derechos o la reputación de los demás, o (ii) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas); c) se debe comprobar que cualquier restricción es necesaria y proporcionada, o el medio menos restrictivo para lograr uno de los objetivos específicos mencionados anteriormente. Informe Anual de 2011 A/66/290. Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión de la ONU, op. cit., parágrafo 15.

²³¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª), Ahmet Yuldirim contra Turquía, asunto 3111/10, de 18 de marzo de 2013, FJ 64.

²³² BENEDEK, W. and KETTEMAN, M. C., *Freedom of expression and the Internet*, op. cit., p. 47.

en el derecho al honor, la intimidad y a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

La naturaleza única de Internet²³³, requiere que las propuestas destinadas a restringir la libertad de expresión sean cuidadosamente analizadas. Esto teniendo en cuenta que en la red las medidas de restricción a la libertad de expresión que se implementen pueden tener un efecto amplificador importante. Así, por ejemplo, los sistemas de filtrado en las plataformas digitales o el bloqueo de entradas en blogs y foros fácilmente pueden afectar contenidos legales.

3.2.1. Contenidos ilegales

Tal y como señala el TEDH, el riesgo de daño que puede generar Internet²³⁴, especialmente en la vida privada, es mayor que el que puede generar un medio de

²³³ “Dado que Internet es un medio global, esto exige que, para evitar que un conflicto entre jurisdicciones de los estados tenga un efecto inhibitorio, los estados adopten un enfoque acorde con las normas internacionales. Deberían tomarse recaudos para asegurar que aquellas propuestas destinadas a restringir manifestaciones por motivos legítimos se limiten a la jurisdicción del estado donde se origine dicho contenido, y deberán poner énfasis en corregir información errónea en vez de aplicar cualquier tipo de restricciones legales. (...)” Libertad de expresión e Internet, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA, disponible en https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/internet/Internet_%20executive_summary_Spanish_Translation.pdf consultado el día 9 de enero de 2022.

²³⁴ “As regards the importance of Internet sites in the exercise of freedom of expression, the Court has found that in the light of its accessibility and its capacity to store and communicate vast amounts of information, the Internet has played an important role in enhancing the public’s access to news and facilitating the dissemination of information in general (...). At the same time, the risk of harm posed by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press (...). Because of the nature of the Internet, the “duties and responsibilities” of Internet news portals for the purposes of Article 10 may differ to some degree from those of a traditional publisher, as regards third-party content (...). Although Internet news portals are not publishers of third-party comments in the traditional sense, they can assume responsibility under certain circumstances for user-generated content (...).” Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª), *Magyar Jeti ZRT vs Hungría*, asunto 11257/16, de 4 de marzo de 2019, FJ 66.

Al respecto en la Guía del artículo 10 del CEDH, Libertad de expresión se resalta “601. While acknowledging the benefits of the Internet, the Court has also recognised that these are accompanied by a number of dangers, in that clearly unlawful speech, including defamatory remarks, hate speech and speech inciting violence, can be disseminated as never before, worldwide, in a matter of seconds, and sometimes remain persistently available online (*Delfi AS v. Estonia [GC]*, § 110; *Annen v. Germany*, § 67)” Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights, Freedom of expression, op. cit, parágrafo 611.

comunicación tradicional como la prensa²³⁵. Discursos que incitan al odio o a la violencia, pueden difundirse a nivel mundial en cuestión de segundos²³⁶ y a veces permanecen disponibles en línea de forma persistente²³⁷.

La libertad de expresión puede ser restringida para conseguir objetivos legítimos, como la prevención de delitos o la protección de los derechos de los demás²³⁸. No obstante, tales limitaciones deben ser redactadas de manera clara y precisa y afectar en el menor grado posible el derecho a la libertad de expresión. Cualquier medida que limite las expresiones que circulan en Internet, deberán concebirse con la finalidad específica de preservar la capacidad singular de este medio para promover la libertad de expresión

²³⁵ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Quinta), Comité editorial de Pravoye Delo y Shtekel contra Ucrania, asunto 33014/05, de 5 de mayo de 2011, FJ 63 y Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Cuarta), Węgrzynowski y Smolczewski contra Polonia, de 16 de julio de 2013, FJ 59.

²³⁶ “(...) *Death threats have a greater impact when they are published on Twitter or Facebook than when they are printed. There is undoubtedly greater sensitivity among the public – and politicians – to websites where free expression can circulate without being detected by potential critics. “Bullying,” sometimes by “trolls” or bots, has become a dreaded threat. Such Internet activity seems more threatening than if it happened on TV or in a printed newspaper. (...)*” CORREDOIRA, L., “Communication Rights in an Internet-Based Society. Why Is the Principle of Universality So Important?”, op. cit., p. 32.

²³⁷ Al respecto en la Guía del artículo 10 del CEDH, Libertad de expresión se resalta “601. *While acknowledging the benefits of the Internet, the Court has also recognised that these are accompanied by a number of dangers, in that clearly unlawful speech, including defamatory remarks, hate speech and speech inciting violence, can be disseminated as never before, worldwide, in a matter of seconds, and sometimes remain persistently available online (Delfi AS v. Estonia [GC], § 110; Annen v. Germany, § 67)*” Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights, Freedom of expression, op. cit, parágrafo 611.

²³⁸ Al respecto en el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Vol. II del año 2016, Capítulo III “*Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente*”, parágrafo 88, la Relatoría Especial afirma que “[e]n casos excepcionales, cuando se está frente a contenidos abiertamente ilícitos o discursos no resguardados por el derecho a la libertad de expresión (como la propaganda de guerra y la apología del odio que constituya incitación a la violencia, la incitación directa y pública al genocidio, y la pornografía infantil) resulta admisible la adopción de medidas obligatorias de bloqueo y filtrado de contenidos específicos. En estos casos, la medida debe someterse a un estricto juicio de proporcionalidad y estar cuidadosamente diseñada y claramente limitada de forma tal que no alcance a discursos legítimos que merecen protección. (...) las medidas solamente deberán ser adoptadas previa la plena y clara identificación del contenido ilícito que debe ser bloqueado, y cuando la medida sea necesaria para el logro de una finalidad imperativa. En todo caso, la medida no debe ser extendida a contenidos lícitos”. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/informeannual2016rele.pdf> consultado el día 3 de enero de 2022.

a través del intercambio libre de información en forma instantánea, a bajo coste y sin consideración de fronteras²³⁹.

Uno de los principales límites a la libertad de expresión lo constituyen los contenidos ilegales o ilícitos²⁴⁰. Existe una completa serie de normas que limitan por distintas razones la utilización y la distribución de determinados contenidos. La infracción de dichas normas acarrea la ilicitud o ilegalidad de dichos contenidos²⁴¹.

La Oficina del Relator Especial de la ONU sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, en el Informe Anual de 2011 A/66/290, realiza una distinción entre tres tipos de expresión: a) la expresión que constituye un delito según el derecho internacional y puede dar lugar a enjuiciamiento penal; b) la expresión que no es punible como delito, pero puede justificar una restricción y una demanda civil; y, c) la expresión que no da lugar a sanciones penales o civiles, pero aun así plantea problemas en términos de tolerancia, urbanidad y respeto por los demás²⁴². Estas diferentes categorías de contenidos plantean diferentes cuestiones y requieren por tanto respuestas jurídicas y tecnológicas diferentes.

²³⁹ Declaración Conjunta sobre libertad de expresión e Internet adoptada el 1 de junio de 2011. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&IID=2> consultado el día 3 de enero de 2022.

²⁴⁰ De conformidad con el artículo 2.g) de la Propuesta de Reglamento de servicios digitales, “*«contenido ilícito»: toda información que, por sí sola o en referencia a una actividad, incluida la venta de productos o la prestación de servicios, incumpla las leyes de la Unión o las leyes de un Estado miembro, sea cual sea el objeto o carácter concreto de esas leyes»* (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=ES> consultado el día 23 de diciembre 2021).

Según señala TERUEL “(...) *Se distingue así entre dos tipos de contenidos: los contenidos ilícitos y los contenidos nocivos. Podemos entender por contenido ilícito aquel que es constitutivo de una infracción legal, sería sinónimo de contenidos ilegales. Aquí se incluirían todos aquellos contenidos que, en un pretendido ejercicio de libertad de expresión, traspasen los límites penales (ej. tipos penales de injurias y calumnias, revelación de secretos, publicación de contenidos xenófobos o racistas) o los límites determinados por la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, pero también cualesquiera otros que pudieran venir impuestos por la legislación vigente (así, por ejemplo, vulneración de los derechos de autor o la normativa sobre publicidad o sobre protección de datos).* TERUEL LOZANO, G., “Libertad de expresión en Internet, control de contenidos de las páginas web y sus garantías constitucionales”, op. cit., p. 1.

²⁴¹ Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, COM (96) 487, *Contenidos ilícitos y nocivos en Internet*, de 16 de octubre de 1996, p. 10, op. cit.

²⁴² Informe Anual de 2011 A/66/290. Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión de la ONU, op. cit., parágrafo 18.

Entre los supuestos de contenidos ilegales se encuentran aquellos que traspasan los límites penales, tales como material relativo al abuso de menores (pornografía infantil²⁴³), incitación al terrorismo, incitación a cometer genocidio²⁴⁴, la delincuencia, en particular los delitos de apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, tipos penales por injurias y calumnias, revelación de secretos y la seguridad nacional. También determinadas cuestiones que infringen normativa civil que protegen derechos de las personas tales como la salvaguarda del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, a la imagen, así como contenidos

²⁴³ “(...) 20. La lucha contra la utilización de niños en la pornografía en línea es actualmente un tema muy importante para la reglamentación, debido a que Internet se ha convertido en la principal puerta de entrada para la distribución de dichos contenidos. La difusión de la pornografía infantil está expresamente prohibida por el derecho internacional, en particular en el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (que se define en el artículo 2 c)). El Protocolo facultativo exige a los Estados que garanticen que, como mínimo, la producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión de pornografía infantil (a los fines indicados en el artículo 3), queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente (art. 3. 1 c)). 21. Por lo tanto, la pornografía infantil es una clara excepción a la regla, y no solo es legítimo restringir la difusión de esos contenidos a través de Internet, sino que incluso los Estados tienen la obligación de prohibirla, como delito penal. (...) 22. (...) al igual que cualquier restricción, la legislación que prohíbe la difusión de pornografía infantil a través de Internet, por ejemplo, mediante el uso de tecnologías de bloqueo o filtrado, debe ser suficientemente precisa, y debe haber salvaguardas adecuadas y efectivas contra el abuso o uso indebido, lo que incluye la supervisión y revisión por un tribunal u organismos regulador independiente e imparcial. Además, el Relator Especial reitera que, (...) los Estados también no deben limitarse a las medidas de bloqueo, sino que deben abordar las causas de explotación de los niños de una manera integral e investigar y enjuiciar a los responsables. (...)” Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/66/290, de fecha 10 de agosto de 2011, apartados 20 a 22 (disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/449/81/PDF/N1144981.pdf?OpenElement> consultado el día 23 de diciembre de 2021).

²⁴⁴ “(...) El Relator Especial toma nota de la preocupación de que Internet puede ser utilizado como un medio para incitar a otros a cometer genocidio, en particular, dada su capacidad para llegar a una gran audiencia. Con el fin de evitar cualquier limitación excesiva e indebida al derecho a la libertad de expresión, el Relator Especial subraya que la incitación a cometer genocidio debe estar prohibida en la legislación nacional, y que cualquier restricción impuesta, por ejemplo, mediante el bloqueo o la eliminación de tales expresiones a través de Internet, solo se debe aplicar después de evaluar cuidadosamente la amenaza que plantea tal expresión como incitación directa al genocidio, incluyendo factores tales como la persona que las pronuncia, el público destinatario, el contenido o el significado de la declaración, el contexto histórico y social, el modo de transmisión (...)” Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/66/290, de fecha 10 de agosto de 2011, apartado 25 (disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/449/81/PDF/N1144981.pdf?OpenElement> consultado el día 23 de diciembre de 2021)

que infringen derechos de propiedad intelectual, el derecho de protección de datos u otros derechos de terceros.

En lo que respecta a la distribución de contenidos ilícitos en Internet, corresponde a los Estados miembros de la Unión Europea²⁴⁵ garantizar la aplicación de la legislación existente. Lo que es ilegal fuera de línea lo es también en línea y son los Estados miembros los que han de aplicar dicha legislación²⁴⁶. Los contenidos que son ilegales deben ser retirados siguiendo los procedimientos legalmente establecidos para ello. No obstante, las especiales características de Internet hacen que la aplicación de la legislación resulte más compleja que en los casos en que se emplean medios más tradicionales²⁴⁷.

La DSA apuesta por la erradicación de contenidos ilícitos²⁴⁸. El carácter ilícito de tales contenidos, productos o servicios no se define en la DSA, sino que se deriva del Derecho de la Unión o de la legislación nacional conforme al Derecho de la Unión, según se resalta en la Exposición de Motivos, esto hace parte de la coherencia con otras políticas de la Unión,²⁴⁹. La DSA es complementaria de la legislación sectorial existente y no afecta la aplicación de las leyes de la Unión Europea que regulan determinados aspectos de la prestación de servicios de la sociedad de la información, que se aplican con carácter de *lex specialis*²⁵⁰. Se entiende que la decisión de hacer una remisión al Derecho de la

²⁴⁵ “(...) La definición exacta de los delitos varía de unos países a otros. En la UE, incluso la pornografía infantil, por ejemplo, respecto a lo que hay un alto grado de consenso, está cubierta por la legislación específica en algunos Estados miembros y por normas más generales sobre obscenidad en otros. (...)” Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, COM (96) 487, *Contenidos ilícitos y nocivos en Internet*, de 16 de octubre de 1996, p. 11, op. cit.

²⁴⁶ Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, COM (96) 487, *Contenidos ilícitos y nocivos en Internet*, de 16 de octubre de 1996, p. 5, op. cit.

²⁴⁷ Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, COM (96) 487, *Contenidos ilícitos y nocivos en Internet*, de 16 de octubre de 1996, p. 12, op. cit.

²⁴⁸ Exposición de motivos, 1. Contexto de la Propuesta, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE, p. 2, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=ES>

²⁴⁹ Exposición de motivos, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE, p. 5, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=ES>

²⁵⁰ Entre la normativa citada se encuentra la Directiva 2010/13/CE, en su versión modificada por la Directiva (UE) 2018/1808, sobre los prestadores de plataformas de intercambio de videos, el Reglamento (UE) 2019/1150, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, Directiva (UE) 2019/2161, Reglamento (UE)

Unión o de la legislación nacional puede ser un factor que genere dificultades a la hora de concretar la configuración del ilícito. Como ya se ha expuesto previamente, la definición exacta de los delitos puede variar de unos países a otros, situación que es más conflictiva si se tiene en cuenta los efectos extraterritoriales que pueden llegar a tener las órdenes de actuación contra contenidos ilícitos regulada en el artículo 8 de la DSA.

Diversos Estados miembros de la Unión Europea cuentan con normas legales específicas para la eliminación de contenidos ilegales de Internet que prevén el bloqueo urgente o la retirada de dicho material sin necesidad de una orden judicial²⁵¹. Las

2016/679, Recomendación de la Comisión, de 1 de marzo de 2018, sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos en línea [COM(2018) 117 final], entre otros.

²⁵¹ Según se indica en el Primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, documento 52003DC0702 “4.7. Procedimientos de detección y retirada

Las condiciones en las que un prestador de servicios de alojamiento de datos está exento de responsabilidad, previstas en la letra b) del apartado 1 del artículo 14, constituyen la base para el desarrollo de procedimientos de detección y retirada de información ilícita y nociva por parte de los interesados [74]. El artículo 14 se aplica horizontalmente a todo lo tipo de información. En el momento en que se adoptó la Directiva, se decidió que ésta no debía regular los procedimientos de detección y retirada. En su lugar, el artículo 16 y el considerando 40 animan explícitamente a la autorregulación en este ámbito [75].

[74] Mecanismos gestionados por las partes interesadas con el fin de identificar contenidos ilícitos alojados en la red y facilitar su rápida retirada.

[75] El Parlamento Europeo, al adoptar la Directiva en 2000, invitó a la Comisión a fomentar el establecimiento de procedimientos eficaces de detección y retirada por parte de las partes interesadas. Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la posición común del Consejo con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, de 4.5.2000, DO C 41 de 7.2.2001, p. 38.

Este enfoque ha sido seguido también por los Estados miembros en las leyes nacionales de transposición de la Directiva. De los Estados miembros que han transpuesto la Directiva, únicamente Finlandia ha establecido mediante una disposición legal un procedimiento de detección y retirada que afecta únicamente a las infracciones de los derechos de autor [76]. Todos los demás Estados miembros han aplicado la autorregulación en este ámbito [77].

[76] Entre los países EEE, Islandia ha establecido también un procedimiento obligatorio de detección y retirada.

[77] Bélgica ha establecido un procedimiento de corregulación horizontal: el Protocolo de cooperación entre la Administración belga y la Association of Internet Service Providers belga, <http://www.ispa.be/en/c040201.html>.” (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52003DC0702> consultado el día 23 de marzo de 2021). Posteriormente a este Primer Informe, muchos otros países han implementado este tipo de procedimientos, por ejemplo, España que a través de la Comisión de Propiedad Intelectual, que a través de la Sección Segunda salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de la información, siempre que éstos, directa o indirectamente, actúen con ánimo de lucro o su actividad haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial a los titulares de derechos. (disponible en <https://www.culturaydeporte.gob.es/cultura/propiedadintelectual/informacion-general/gestion-en-el-ministerio/comision-de-propiedad-intelectual.html> consultado el día 23 de marzo de 2021).

autoridades administrativas, policiales o fiscales tienen poderes específicos para ordenar a los proveedores de acceso a Internet bloqueos sin necesidad de una orden de una autoridad judicial previa. Es habitual que estas órdenes exijan al proveedor de acceso a Internet que actúe en plazos muy breves, por ejemplo, en 24 horas. Igualmente, en muchos Estados, la retirada, el bloqueo o la moderación de material que infringe la propiedad intelectual y los derechos a la intimidad, protección de datos o a la difamación, se efectúa o autoriza, bien bajo una orden judicial, o bien bajo la orden de una autoridad administrativa competente.

En ocasiones, en atención a la aplicación de los criterios normativos fijados, los PSI pueden verse involucrados, por acción o por omisión, en la infracción de derechos de terceros. Esta situación suele derivarse de la publicación y alojamiento de contenidos ilícitos, por su contribución a la distribución de los contenidos señalados como ilícitos. Esta situación sin lugar a duda se convierte en factor a tener en cuenta, ya que se puede traducir en la implantación de mecanismos de restricción, en aras de ejercer presión para que atiendan los requerimientos de las autoridades competentes.

Los casos en los que los comentarios de terceros usuarios adoptan la forma de discursos de odio y amenazas directas a la integridad física de las personas, los derechos e intereses de los demás y de la sociedad en su conjunto podrían facultar a los Estados contratantes para imponer la responsabilidad de los portales de noticias de Internet si no adoptan medidas para eliminar sin demora los comentarios claramente ilícitos, incluso sin aviso de la presunta víctima o de terceros²⁵².

²⁵² “(...) *It is true that, in cases where third-party user comments take the form of hate speech and direct threats to the physical integrity of individuals, the rights and interests of others and of the society as a whole might entitle Contracting States to impose liability on Internet news portals if they failed to take measures to remove clearly unlawful comments without delay, even without notice from the alleged victim or from third parties (see Delfi AS, cited above, § 159).*” Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª), *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete e Index contra Hungria*, asunto 22947/13, de 2 de mayo de 2016, FJ 91.

3.2.2. Discurso de odio

De conformidad con el artículo 17 de la CEDH cualquier discurso que sea incompatible con los valores proclamados y garantizados por el CEDH no estaría protegido por lo establecido en el artículo 10 de la CEDH²⁵³.

La Recomendación N° R(97) 20 del Comité de Ministros de los Estados miembros sobre “Discurso de Odio” adoptada por dicho Comité el 30 de octubre de 1997²⁵⁴, establece que el “discurso de odio” abarca todas las formas de expresión que difunden, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de intolerancia, incluyendo la intolerancia expresada por el nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los migrantes y las personas de origen inmigrante²⁵⁵.

Posteriormente, en el año 2003, se elabora el Protocolo adicional, al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la despenalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por sistemas informáticos²⁵⁶, ratificado por España en el año 2013. No obstante que no es objeto de esta Tesis realizar un examen exhaustivo de esta temática, es importante resaltar que este documento deja cuestiones muy importantes por resolver en lo que a contenidos en redes sociales se refiere. Entre ellas se resaltan, qué se debe

²⁵³ *Research Division – Internet: case-law of the European Court of Human Rights*, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de Junio de 2015, p. 55 (disponible en https://www.echr.coe.int/documents/research_report_internet_eng.pdf consultado el día 23 de diciembre de 2021).

²⁵⁴ Ver Recommendation N° R (97) 20 of the Committee of Ministers to Member States on “*Hate Speech*” Council of Europe Committee of Ministers, (disponible en <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680505d5b> consultado el día 23 de diciembre de 2021).

²⁵⁵ “(...) *For the purposes of the application of these principles, the term "hate speech" shall be understood as covering all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of hatred based on intolerance, including intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin.* (...) “Recommendation N° R (97) 20, op. cit., p. 107.

²⁵⁶ Instrumento de Ratificación del Protocolo adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 2003, disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-793>, consultado el 21 de diciembre de 2021.

entender por material racista y xenófobo; intencionalidad de la conducta a efectos de la configuración del ilícito penal; publicidad intencional de la conducta, entre otros²⁵⁷.

La Recomendación General N°15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y memorándum explicativo, adoptada el 8 de diciembre de 2015 por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) Consejo de Europa contempla, igualmente, una definición de discurso de odio²⁵⁸, así como actos constitutivos de discurso de odio. En relación con dichos actos, la Recomendación General N° 15 contempla, entre otros, el fomento, promoción o instigación en cualquiera de sus formas, al odio, la humillación o el menosprecio, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza²⁵⁹.

Dentro del discurso del odio no se contemplan expresiones sociales que puedan considerarse irreverentes, insolentes, satíricas, burlescas, entre otras, que como ya se ha mencionado podrían estar amparadas por la libertad de expresión en atención al contexto

²⁵⁷ Tal y como señala ROLLNERT LIERN “(...) *La aplicación de los criterios establecidos en el Protocolo a la penalización del discurso del odio en el ciberespacio resulta problemática en las redes sociales por las singularidades de este entorno. Así, la valoración de la intencionalidad, que en el caso de la difusión de material debe abarcar su carácter racista o xenófobo y su efecto incitador, tiene que tener en cuenta los códigos propios de las redes sociales (espontaneidad, desinhibición, significado del retuiteo) considerando el conjunto de los mensajes. (...) Por otra parte, el emisor solo responderá penalmente si buscó intencionadamente la difusión pública y al valorar esta intencionalidad de la publicidad deben ponderarse elementos como la plena conciencia de la potencial repercusión pública de sus mensajes allende su círculo de contactos o seguidores, y que no respondan a la construcción de un perfil digital sino a la voluntad de provocar la acción de la audiencia.*” ROLLNERT LIERN, G., “Redes sociales y discurso del odio: perspectiva internacional”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, número 31, octubre, 2020, p. 11.

²⁵⁸ “*el uso de una o más formas de expresión específicas – por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones- basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad y orientación sexual*” Recomendación General N°15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y memorándum explicativo, adoptada el 8 de diciembre de 2015 por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) Consejo de Europa, apartado B.9 (disponible en <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904> consultado el día 23 de diciembre de 2021)

²⁵⁹ También se indica que pueden ser actos constitutivos de discurso de odio (...) *uso que no solo tiene por objeto incitar a que se comentan actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación, sino también actos que cabe esperar razonablemente que produzcan tal efecto; y motivos que van más allá de la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad, origen étnico o nacional y ascendencia (...)*” Recomendación General N°15, op. cit., apartado B.10.

en el que tengan lugar. El discurso del odio tiene una motivación de odio, humillación y menosprecio a una persona o grupo de personas en atención a condiciones raciales, religiosas, de género, entre otras.

Tal y como apunta ROLLNERT LIERN, el TEDH equipara al discurso del odio la glorificación y justificación de la violencia y diversas formas de incitación indirecta como los ataques injuriosos, ridiculizantes, difamatorios, el negacionismo del Holocausto y la glorificación del terrorismo²⁶⁰. El TEDH señala que la tolerancia y el respeto a la dignidad de todos los seres humanos constituyen los fundamentos de una sociedad democrática y pluralista. En determinadas sociedades democráticas puede considerarse necesario, por principio, sancionar o incluso impedir toda forma de expresión que difunda, incite, promueva o justifique el odio basado en la intolerancia. Siempre que las "formalidades", "condiciones", "restricciones" o "sanciones" que se impongan sean proporcionadas al fin legítimo perseguido²⁶¹. Para ROLLNERT LIERN en discursos como el terrorismo, por ejemplo, en el problema no es la inexistencia de criterios jurisprudenciales prefijados sino su aplicación a situaciones fácticas tan multiformes que en su diversidad de matices se desvanecen en un grado considerable las pretensiones de certeza y predictibilidad de los pronunciamientos²⁶².

Al tratar los casos relativos a la incitación al odio y a la libertad de expresión, el TEDH utiliza dos enfoques previstos por el CEDH: (i) el enfoque de la exclusión de la protección del CEDH, previsto en el artículo 17, cuando los comentarios en cuestión equivalen a una incitación al odio y niegan los valores fundamentales del CEDH; y, (ii)

²⁶⁰ ROLLNERT LIERN, G., "El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115, enero-abril 2019, p. 93.

²⁶¹ (...) *La présente affaire se caractérise notamment par le fait que le requérant a été sanctionné pour des déclarations qualifiées par les juridictions internes de « discours de haine ». A cet égard, la Cour souligne que la tolérance et le respect de l'égalité de dignité de tous les êtres humains constituent le fondement d'une société démocratique et pluraliste. Il en résulte qu'en principe on peut juger nécessaire, dans les sociétés démocratiques, de sanctionner voire de prévenir toutes les formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine fondée sur l'intolérance (y compris l'intolérance religieuse), si l'on veille à ce que les « formalités », « conditions », « restrictions » ou « sanctions » imposées soient proportionnées au but légitime poursuivi (...)*" Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª), *Erbakan vs Turquía*, asunto 59405/00, de 6 de octubre de 2006, FJ 56.

²⁶² ROLLNERT LIERN, G., "Incitación al terrorismo y libertad de expresión: el marco internacional de una relación problemática", *Revista de Derecho Político*, número 91, septiembre-diciembre 2014, p. 259.

el enfoque de establecer restricciones a la protección, previsto en el apartado 2 del artículo 10 del CEDH (este enfoque se adopta cuando el discurso en cuestión, aunque sea un discurso de odio, no es apto para destruir los valores fundamentales del CEDH)²⁶³.

El TEDH en sus decisiones aboga por alcanzar un equilibrio entre, por ejemplo, el derecho del individuo al respeto de su vida privada y el derecho a la libertad de expresión de que goza un individuo o grupo que dirige un portal de Internet. Así, en la Sentencia del TEDH, *Rolf Anders Daniel Pihl contra Suecia*, asunto 74742/14, de 7 de febrero de 2017 se resalta que, aunque el comentario había sido ofensivo, no había supuesto una incitación al odio o a la violencia. Se valora que la publicación se realizara en un pequeño blog gestionado por una asociación sin ánimo de lucro, que se retirara al día siguiente de que la demandante presentara una queja y que sólo estuvo en el blog durante unos nueve días²⁶⁴.

Por otra parte, en el caso Sentencia del TEDH (Sección 4ª), *Smajić contra Bosnia and Herzegovina*, asunto 48657/16, de 8 de febrero de 2018²⁶⁵, el TEDH declaró inadmisibile la denuncia del demandante en virtud del artículo 10 del CEDH por ser manifiestamente infundada. El demandante había utilizado expresiones muy insultantes hacia los serbios, tocando así la cuestión tan delicada de las relaciones étnicas en la sociedad bosnia posterior al conflicto. Además, las penas impuestas no fueron excesivas. Por lo tanto, la injerencia en el derecho a la libertad de expresión del demandante, que había sido prescrita por la ley y había perseguido el objetivo legítimo de proteger la reputación y los derechos de los demás, no revelaba ninguna apariencia de violación del artículo 10 del CEDH.

Es constante la referencia que se hace en las decisiones del TEDH al contexto de las expresiones vertidas en Internet para establecer la existencia o no de discurso de odio. De

²⁶³ Factsheet – Hate Speech, European Court of Human Rights, Septiembre 2020 (disponible en https://www.echr.coe.int/documents/fs_hate_speech_eng.pdf consultado el día 23 de diciembre de 2021).

²⁶⁴ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª), *Rolf Anders Daniel Pihl contra Suecia*, asunto 74742/14, de 7 de febrero de 2017, FJ 37.

²⁶⁵ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª), *Smajić contra Bosnia and Herzegovina*, asunto 48657/16, de 8 de febrero de 2018, FJ 39 y 40.

igual manera, tal y como apunta ROLLNERT LIERN, hay una la falta de claridad y coherencia que permita predecir si el TEDH va a llevar a cabo o no el test del artículo 10.2 del CEDH o si va a inadmitir la demanda por aplicación del artículo 17²⁶⁶. Esto es sin lugar a duda problemático y dificulta aún más una labor de moderación plenamente ajustada a la protección a la libertad de expresión por parte de los PSI²⁶⁷. Además, es importante tener en cuenta que, en esencia, de los contenidos que se alojan a diario en Internet, pocos son delitos de odio. Sin embargo, las plataformas sí pueden actuar contra contenidos que consideren que incitan al odio y similares, pese a que no sean delito, e incluso pese a que están protegidos por la libertad de expresión. Es usual que se cierren perfiles de ciertos usuarios por, presuntamente, promover este tipo de discursos cuando podrían tratarse de mensajes, no prohibidos, sino especialmente protegidos por la libertad de expresión.

3.2.3. Contenidos nocivos

Serán contenidos nocivos aquellos que, no siendo ilícitos, pueden, sin embargo, resultar perjudiciales para determinados tipos de personas, al constituir una ofensa a los valores o sentimientos de otras personas²⁶⁸. Entre ellos encontramos opiniones políticas,

²⁶⁶ ROLLNERT LIERN, G., “El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional”, op. cit., p. 102.

²⁶⁷ “(...) *Muestra de ello es que mientras el revisionismo y negacionismo del Holocausto, aunque no incite a la violencia, se declara siempre contrario al texto y al espíritu de la Convención por aplicación del art. 17, por el contrario, la apología al terrorismo mediante una caricatura que justifica el recurso al terrorismo y valora positivamente el atentado del 11-S contra las Torres Gemelas se considera ejercicio de la libertad de expresión solo limitable cumpliendo las exigencias del art. 10.2. A mayor abundamiento, mientras algunas expresiones y vehementes contra grupos, incompatibles con los valores de la Convención (...) hay otros casos de incitación al odio racial en los que preconiza la guerra civil étnica (...) se tratan como actos de ejercicio de la libertad de expresión (...)*” ROLLNERT LIERN, G., “El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional”, op. cit., pp. 102 y 103.

²⁶⁸ TERUEL LOZANO, G: M., “Libertad de expresión en Internet, control de contenidos de las páginas web y sus garantías constitucionales”, op. cit., p. 2.

creencias religiosas u opiniones sobre cuestiones raciales²⁶⁹. Lo que se considera nocivo²⁷⁰ dependerá por tanto de las diferencias culturales de cada grupo social²⁷¹.

Como señala TERUEL, los contenidos nocivos por definición son contenidos legales, por lo que en principio su difusión es lícita y no puede ser sancionada ni impedida, pero sí es necesario dotar de medios para proteger a los que puedan verse perjudicados, sin que se traduzca en obligaciones o limitaciones para los intermediarios²⁷².

En la conocida sentencia *Reno vs ACLU*²⁷³, en la que se estudió la constitucionalidad de la Ley de Decencia en las Telecomunicaciones de 1996²⁷⁴ (por su siglas en inglés “CDA”), la Suprema Corte de Estados Unidos (la “Suprema Corte”) apoyó la declaración de inconstitucionalidad de la prohibición de material indecente recogida en la CDA porque: 1) la CDA incluía vagas indicaciones, por lo que los intervinientes no tenían certeza de si sus expresiones estaban proscritas; 2) Las previsiones de la CDA criminalizaban expresiones legítimas protegidas (incluía contenidos con sexualidad explícita como contenido indecente) así como el habla obscena sin protección por lo que era demasiado exhaustiva; 3) La regulación por parte de la CDA de libertades fundamentales debía ser profundamente revisada; 4) el tiempo, lugar y forma de analizar

²⁶⁹ Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, COM (96) 487, *Contenidos ilícitos y nocivos en Internet*, de 16 de octubre de 1996, p. 12, op. cit.

²⁷⁰ Respecto a los contenidos nocivos, LÓPEZ señala que “*Es común distinguir entre dos tipos de contenidos peligrosos: los contenidos ilícitos y los contenidos nocivos. Se utiliza la denominación contenidos ilícitos para referirse a aquéllos que, en sí mismos, constituyen delito y son merecedores de sanción penal en el ámbito de actuación de la ley vigente en cada Estado. (...) Por otro lado, ciertos contenidos, sin ser delictivos, pueden resultar ofensivos o inadecuados para el destinatario, porque expresan opiniones políticas, creencias religiosas, juicios de valor sobre diferencias raciales o se refieren a cuestiones de índole sexual. Son los llamados contenidos nocivos o perjudiciales para el receptor, pero a los que no se vincula sanción penal alguna.*” LÓPEZ ORTEGA, J.J., “Libertad de expresión y responsabilidad por los contenidos en Internet”, *Cuadernos de derechos judicial, Internet y derecho penal*, número 10, 2001, p. 93.

²⁷¹ “*(...) Cada país puede sacar sus propias conclusiones para la definición de la línea divisoria entre lo permisible y lo que no lo es. Por ello es imprescindible que las iniciativas internacionales tengan en cuenta las distintas normas éticas de los diversos países con el fin de sondear las normas adecuadas para la protección de la población frente a los materiales ofensivos, garantizando al mismo tiempo la Libertad de expresión. (...)*” Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, COM (96) 487, *Contenidos ilícitos y nocivos en Internet*, de 16 de octubre de 1996, p. 12, op. cit.

²⁷² TERUEL LOZANO, G. M., “Libertad de expresión en Internet, control de contenidos de las páginas web y sus garantías constitucionales”, op. cit., p. 2.

²⁷³ *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997), (disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/844/> consultado el día 23 de diciembre de 2021).

²⁷⁴ Communications Decency Act de 1996.

era inaplicable teniendo en cuenta la manera como la CDA reguló el contenido del discurso, y como lo presentó; 5) la CDA era inconstitucional debido a su excesiva amplitud.²⁷⁵

En criterio de la Suprema Corte, la CDA criminalizaba un tipo de discurso protegido por la Primera Enmienda, como es el discurso indecente, constituyéndose en un efecto disuasorio frente a la generación de contenidos, limitando la libertad de expresión comprendida en la Primera Enmienda, por lo que se configuraba un daño irreparable para el sistema democrático. En esta sentencia, se afirmó con claridad que, en tanto en cuanto Internet es un canal de comunicación, queda protegido por la libertad de expresión e información.²⁷⁶

La libertad de expresión en Estados Unidos tiene distinta consideración según el medio empleado: telefónico, prensa escrita o radiodifusión, ya que existen distintos estándares aplicables, según indica la jurisprudencia. La Primera Enmienda a la Constitución de Estados Unidos recoge los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la libertad de prensa bajo los cuales protege muchas formas de expresión. Su redacción no permite dudas: no cabe una legislación que restrinja estos derechos, a menos que esa ley promueva un interés constitucional prioritario²⁷⁷.

En este caso, basándose en la equiparación de Internet a la prensa escrita, la Suprema Corte declaró la inconstitucionalidad de la CDA, inclinándose a favor de una mayor libertad de expresión en el ciberespacio. El carácter democratizador de Internet, que confiere a los ciudadanos “de a pie” las mismas posibilidades de ejercer su derecho a la libertad de expresión que los grandes magnates de las empresas de comunicación, ha sido

²⁷⁵ CHEN, E. M., “Global Internet freedom: Can censorship and freedom coexist?” *Journal Art, Tech & Intellectual Property*, 229, 2003, p. 256.

²⁷⁶ COTINO HUESO, L., “Nuevas tecnologías, desafíos y posibilidades para la libertad de expresión”, op. cit., p. 29.

²⁷⁷ FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L., “Limitaciones constitucionales e inconstitucionales a la libertad de expresión en Internet (1)”, *Revista española de derecho constitucional*, año 18, número 53, Mayo-Agosto, 1998, p. 296.

crucial en la decisión del alto tribunal²⁷⁸. Como ya se ha mencionado, no debería prohibirse en Internet información que puede ser publicada legalmente en otro medio²⁷⁹.

La respuesta que desde la jurisprudencia y la doctrina se ha dado a los contenidos nocivos es muy dispar. Esta situación ha concedido una gran discrecionalidad a las plataformas digitales a la hora de implementar diversos controles a este tipo de contenidos.

El trabajo de los Tribunales ha consistido en identificar el margen de apreciación que se debe tener para abordar estos casos particulares. Los comentarios sobre asuntos de interés general o cuestiones políticas²⁸⁰ gozan, por lo general, de un alto nivel de protección de la libertad de expresión, lo que significa que el margen de apreciación que se deja a las autoridades es especialmente estrecho²⁸¹. Cuando se trata de la expresión comercial, el margen de apreciación es más amplio²⁸². De manera que, un individuo que

²⁷⁸ “El Tribunal Supremo reconoce que Internet puede salvar la teoría del “mercado de las ideas” debido a sus efectos democratizadores y a la diversidad que introduce en ese mercado de las ideas.” FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L., “Limitaciones constitucionales e inconstitucionales a la libertad de expresión en Internet (1)”, op. cit., p. 306.

²⁷⁹ FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L., “Limitaciones constitucionales e inconstitucionales a la libertad de expresión en Internet (1)”, op. cit., p. 310.

²⁸⁰ Así, en relación con la protección a la libertad de expresión en el área de la política, militancia y expresiones polémicas en Internet, el TEDH señala “(...) *In matters of political and militant expression within a public-interest debate, Article 10 requires a high level of protection of the right to freedom of expression on the Internet, as for other means of communication. That freedom thus enables an elected representative, in a context of political opposition, to use virulent critical remarks about political leaders concerning a matter of general interest (...) an any written or verbal exaggeration concerning that subject can be tolerated (...) Research Division – Internet: case-law of the European Court of Human Rights*, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de Junio de 2015, p. 32., op. cit.

²⁸¹ *Research Division – Internet: case-law of the European Court of Human Rights*, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de Junio de 2015, p. 18., op. cit.

²⁸² A este respecto, la Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos (Gran Sala), *Movimiento Raeliano Suizo contra Suiza*, asunto 16354/06, de 13 de julio de 2012, FJ 62 se indica “*En el presente caso, el Tribunal señala que se puede razonablemente sostener que la campaña en cuestión perseguía esencialmente llamar la atención del público sobre las ideas y actividades de un grupo de connotación supuestamente religiosa que pretendía trasladar un mensaje presuntamente transmitido por alienígenas, mencionando para ello un enlace Internet. De este modo, el sitio web de la demandante solo alude incidentalmente a ideas sociales o políticas. El Tribunal estima que el tipo de discurso en cuestión no es político, toda vez que el objeto principal del sitio web de que se trata es atraer personas a la causa de la asociación demandante y no abordar cuestiones pertenecientes al debate político en Suiza. Aun cuando el discurso de la demandante queda fuera del marco publicitario - no se trata de inducir al público a adquirir un producto concreto - es más afín al discurso comercial que al discurso político en sentido estricto, dado que persigue cierto proselitismo. En consecuencia, el margen de apreciación del Estado es más amplio.*”

participa en un debate público sobre un asunto de interés general, si bien está obligado a no sobrepasar ciertos límites, en particular, en lo que respecta al respeto de los derechos de terceros, se le permite recurrir a un grado de exageración o incluso de provocación, o, en otras palabras, hacer declaraciones algo inmoderadas²⁸³.

Como señala BOIX, una consecuencia interesante de la constatación de la incapacidad del derecho privado para disciplinar correctamente ciertos aspectos conflictivos de la expresión en las redes sociales, es que la Administración ha ido, poco a poco, adquiriendo un inusitado protagonismo. Una muestra de ello es lo ocurrido con la política de privacidad impuestas a algunas redes sociales, que éstas han aceptado poner en marcha por vía de la autorregulación regulada, para erradicar contenidos como anorexia y bulimia²⁸⁴.

En cualquier caso, los Estados tienen la obligación, en el marco de la normativa internacional, de garantizar que las personas gocen plenamente de los derechos fundamentales en sus correspondientes territorios²⁸⁵, para lo cual deben contar con la

²⁸³ *Research Division – Internet: case-law of the European Court of Human Rights*, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de Junio de 2015, p. 18, op. cit. Al respecto, en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, Sürek y Özdenur contra Turquía, asuntos 23927/94 y 24277/94, de 8 de julio de 1999, FJ 60 “(...) *the limits of permissible criticism are wider with regard to the government than in relation to a private citizen or even a politician. In a democratic system the actions or omissions of the government must be subject to the close scrutiny not only of the legislative and judicial authorities but also of public opinion. Furthermore, the dominant position which the government occupies makes it necessary for it to display restraint in resorting to criminal proceedings, particularly where other means are available for replying to the unjustified attacks and criticisms of its adversaries. Nevertheless, it certainly remains open to the competent State authorities to adopt, in their capacity as guarantors of public order, measures, even of a criminal-law nature, intended to react appropriately and without excess to such remarks (see the Incal v. Turkey judgment of 9 June 1998, Reports 1998-IV, p. 1567, § 54). Finally, where such remarks incite to violence against an individual or a public official or a sector of the population, the State authorities enjoy a wider margin of appreciation when examining the need for an interference with freedom of expression. (...)*”

²⁸⁴ BOIX PALOP, A., “La Construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales”, *Revista de Estudios Políticos*, 173, julio-septiembre, 2016, p. 97.

²⁸⁵ En la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Cuarta), K. U. contra Finlandia, asunto 2871/02, de 2 de marzo de 2009, FJ 48 y 49 se señala “*El Tribunal acepta que, en vista de las dificultades que implica vigilar las sociedades modernas, una obligación positiva debe ser interpretada de modo que no imponga una carga imposible o desproporcionada sobre las autoridades o, como en este caso, sobre el legislador. Otra consideración importante es la necesidad de asegurar que los poderes de control, prevención e investigación de delitos sean ejercidos de manera que respeten plenamente el debido proceso y otras garantías que legítimamente limitan la investigación del delito y llevan a los delincuentes ante la justicia, incluyendo las garantías contenidas en los artículos 8 y 10 del Convenio, garantías con las que los propios delincuentes cuentan. (...) Aunque la libertad de expresión y el secreto de las comunicaciones son consideraciones primordiales y los*

normativa necesaria para garantizar la adecuada protección de sus ciudadanos, a efectos de consolidar una sociedad democrática y de perseguir un objetivo legítimo. Esto abarca, tanto a quienes quieran expresar sus opiniones e ideas, como a aquellos grupos poblacionales que puedan sentir vulnerados sus derechos por este tipo de discursos.

3.2.4. Cierre de una página web. Bloqueo de acceso a Internet

El cierre de las páginas web²⁸⁶ puede dar lugar a una potencial lesión del derecho fundamental a la libertad de expresión. En cuanto a quiénes deberían ser los competentes para tomar este tipo de decisiones, hay consenso en torno a que deberían ser los órganos jurisdiccionales. Esto teniendo en cuenta que tendrían que decidir si existe afectación de las libertades de expresión y de opinión²⁸⁷.

Para el TEDH las medidas que bloquean el acceso a sitios web están destinadas a influir en la accesibilidad de Internet y, en consecuencia, comprometen la responsabilidad del Estado demandado en virtud del artículo 10 del CEDH²⁸⁸. Para el TEDH el bloqueo total del acceso a un sitio web es una medida extrema comparada con la prohibición de un periódico o de una cadena de televisión²⁸⁹. Cualquier medida indiscriminada de bloqueo que interfiera con contenidos o sitios web lícitos como efecto colateral de una medida dirigida a contenidos o sitios web ilegales, supone una injerencia arbitraria en los derechos de los propietarios de los sitios web afectados²⁹⁰.

usuarios de telecomunicaciones y de los servicios de Internet deben tener una garantía de que su propia privacidad y libertad de expresión será respetada, tal garantía no puede ser absoluta y debe ceder ante otras circunstancias legítimas, como la prevención del desorden o delito o la protección de los derechos y libertades ajenos (...)

²⁸⁶ “El cierre de páginas web constituye, en la terminología legal, la interrupción del servicio (el bloqueo, y, por tanto, la imposibilidad de acceso provisional) y la retirada de contenidos (esto es, la supresión definitiva de contenidos o datos).”, GARCÍA MORALES, M. J., “La prohibición de la censura en la era digital”, op. cit., p. 252.

²⁸⁷ GARCÍA MORALES, M. J., “La prohibición de la censura en la era digital”, op. cit., p. 255.

²⁸⁸ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (Sección Tercera) Bulgakov contra Rusia, asunto C-20159/15, de 23 de junio de 2020, parágrafo 29.

²⁸⁹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (Sección Tercera) Bulgakov contra Rusia, asunto C-20159/15, de 23 de junio de 2020, parágrafo 34.

²⁹⁰ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (Sección Tercera) Of OOO Flavus y otros contra Rusia, asunto C-12468/15, de 23 de junio de 2020, parágrafo 38.

En el estudio comparado encargado por el Consejo de Europa sobre bloqueo, filtrado y retirada de contenidos ilegales de Internet²⁹¹, se planteó la necesidad de distinguir, en el contexto de la libertad de expresión, entre bloqueo y eliminación de contenidos. En dicho estudio comparado se señala que el bloqueo, el filtrado o la prevención del acceso a los contenidos de Internet, son, por lo general, medidas técnicas destinadas a restringir el acceso a la información o a los recursos que suelen estar alojados en otra jurisdicción. Estas medidas las adopta el proveedor de acceso a Internet mediante hardware o software que bloquean la recepción o visualización de contenidos específicos en los dispositivos de los clientes del proveedor de acceso a Internet. En lo que respecta a la retirada de contenidos de Internet, hace referencia en general a las medidas dirigidas al responsable del sitio web (o "host") para que retire o elimine el contenido del sitio web infractor²⁹².

Según se indica en el citado Estudio, en el ámbito del bloqueo, la evolución reciente se refiere a dos cuestiones principales: el bloqueo voluntario y la calidad de la base jurídica utilizada para llevar a cabo las medidas de bloqueo. El bloqueo voluntario es especialmente problemático si (y dado que) se lleva a cabo sin una base legal y también plantea serias preocupaciones sobre el debido proceso. En este contexto, se ha argumentado que los Estados no sólo tienen el deber de no interferir, sino que deben proteger las libertades funcionales, especialmente en relación con los proveedores de acceso²⁹³.

La cuestión principal en este contexto se refiere a las consecuencias de considerar al PSI responsable del contenido ilegal en aquellos supuestos en los que tenga conocimiento efectivo del contenido ilegal. Tal y como señala este Estudio comparado, el riesgo de responsabilidad para el PSI podría llevar a una retirada excesiva de contenidos²⁹⁴.

²⁹¹ *Comparative Study on blocking, filtering and take-down of illegal Internet content*, Consejo de Europa, enero 2017, (disponible en <https://edoc.coe.int/en/internet/7289-pdf-comparative-study-on-blocking-filtering-and-take-down-of-illegal-internet-content.html> consultado el día 23 de diciembre de 2021).

²⁹² *Comparative Study on blocking, filtering and take-down of illegal Internet content*, op. cit., pp. 4 y 5, op. cit.

²⁹³ *Comparative Study on blocking, filtering and take-down of illegal Internet content*, op. cit., pp. 4 y 5, op. cit.

²⁹⁴ "Considerations relating to freedom of expression", *Comparative Study on blocking, filtering and take-down of illegal Internet content*, op. cit., pp. 4 y 5. Según se señala en este apartado del Estudio

Las técnicas de bloqueo son variadas y múltiples. Entre las medidas de bloqueo que se pueden implementar se encuentran: bloqueo basado en el protocolo y en la IP, bloqueo basado en la inspección profunda de paquetes (DPI), bloqueo basado en las URL, bloqueo basado en la plataforma (motores de búsqueda) y bloqueo basado en DNS²⁹⁵. Desde un punto de vista técnico se pueden valorar y clasificar como más o menos eficaces, en cualquier caso, todas ocasionan daños colaterales, entre los que se encuentra la reducción de la transparencia y la confianza en Internet. Las técnicas de bloqueo no detienen la actividad ilegal, simplemente colocan una cortina frente al contenido, que permanece subyacente en su lugar²⁹⁶.

El TJUE en sus pronunciamientos ha señalado que el Derecho de la Unión no se opone a que, mediante un requerimiento judicial, se prohíba a un proveedor de acceso a Internet conceder a sus clientes acceso a un sitio de Internet. Esto aun cuando dicho requerimiento no especifique las medidas que debe adoptar ese proveedor de acceso²⁹⁷. Para el TJUE un requerimiento judicial que permite al proveedor de acceso a una red de comunicaciones determinar las medidas concretas que hayan de adoptarse para alcanzar el resultado perseguido puede, en determinadas condiciones, lograr ese justo equilibrio. Así, en el asunto C-484/14²⁹⁸, el TJUE estima como positivo que, ante requerimientos judiciales para impedir a un tercero poner a disposición del público una obra determinada

“(...) This tendency is best addressed by notice and take down procedures provided for by law. However, such provisions are (still) relatively rare. Self-regulated or voluntary notice and take down procedures, which are in place at least in certain areas in most states, often do not offer sufficient guarantees, especially from the due process perspective. (...)”

²⁹⁵ *Perspectivas de Internet Society (ISOC) sobre el bloque de contenido en Internet: Visión general*, (disponible en <https://www.internetsociety.org/es/resources/doc/2017/internet-content-blocking/> consultado el día 23 de diciembre de 2021).

²⁹⁶ *Perspectivas de Internet Society (ISOC) sobre el bloque de contenido en Internet: Visión general*, op. cit.

²⁹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea (Sala 4ª), asunto número C-314/12, de 27 de marzo de 2014, FJ 64. Cuestión prejudicial plantada por Austria en el en relación con la solicitud de que se requiriese judicialmente a Telekabel Wien GmbH para que bloquease el acceso de sus clientes a un sitio de Internet que ponía a disposición del público algunas películas de Constantin Film Verleih GmbH y Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH sin su consentimiento.

²⁹⁸ En este caso se eleva una cuestión prejudicial al TJUE a efectos de que proceda a interpretar el artículo 12.1 de la Directiva de Comercio Electrónico, en el marco del litigio entre el Sr. Tobias Mc Fadden y Sony Music Entertainment Germany GmbH en relación con la eventual responsabilidad del primero por el uso, por un tercero, de la red local inalámbrica que gestiona el Sr. Mc Fadden, con el fin de poner a disposición del público, sin autorización, un fonograma producido por Sony Music (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62014CJ0484&from=ES> consultado el día 23 de diciembre de 2021)

o partes de ésta protegidas por derechos de autor, el prestador pueda elegir las medidas técnicas que hayan de adoptarse²⁹⁹.

Como se desarrollará en el siguiente apartado, el TJUE se opone a que judicialmente se impongan controles y filtrados técnicos a los prestadores de servicios intermediarios para evitar infracciones a la propiedad intelectual³⁰⁰. Sin embargo, en el asunto número C-314/12, de 27 de marzo de 2014 señala que, 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 autor³⁰¹. A pesar de que elude pronunciarse sobre los límites de la medida, en su lugar afirma que las medidas adoptadas no deben privar inútilmente a los usuarios de Internet de la posibilidad de acceder de forma lícita a la información disponible³⁰². En esta decisión judicial, el TJUE, señala que es preciso que las normas de procedimiento nacionales prevean la posibilidad de que los internautas hagan valer sus derechos ante el juez, una vez conocidas las medidas de ejecución adoptadas por el proveedor de acceso a Internet³⁰³.

El TEDH considera que el bloqueo del acceso a Internet puede entrar en conflicto directo con la propia redacción del primer párrafo del artículo 10 de la CEDH, en virtud del cual los derechos reconocidos en este artículo se aplican “sin consideración de fronteras”³⁰⁴. Así, en los casos de bloqueo de acceso a la dirección IP de un sitio web, el

²⁹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 3ª), asunto número C-314/11, de 27 de marzo de 2014, FJ. 80.

³⁰⁰ “(...) 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 lícitos. (...)” Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 3ª), asunto número C-70/10, de 24 de noviembre de 2011, FJ. 20.

³⁰¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 4ª), asunto número C-314/12, de 27 de marzo de 2014, FJ. 63.

³⁰² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea (Sala 4ª), asunto número C-314/12, de 27 de marzo de 2014, FJ 64. Cuestión prejudicial plantada por Austria en el en relación con la solicitud de que se requiriese judicialmente a Telekabel Wien GmbH para que bloquease el acceso de sus clientes a un sitio de Internet que ponía a disposición del público algunas películas de Constantin Film Verleih GmbH y Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH sin su consentimiento.

³⁰³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea (Sala 4ª), asunto número C-314/12, de 27 de marzo de 2014, FJ 57.

³⁰⁴ Guide on Article 10 of European Convention on Human Rights, Freedom of expression, op. cit., párrafo 596.

efecto práctico amplía el alcance de la orden de bloqueo mucho más allá del contenido ilegal que ha sido originalmente objeto de la orden³⁰⁵.

En el caso Ahmet Yıldırım contra Turquía³⁰⁶, el TEDH fija unos parámetros esenciales para la regulación del bloqueo de contenidos en Internet. En primer lugar, considera que las restricciones previas no son, *a priori*, incompatibles con el CEDH. Asimismo, deben inscribirse en un marco legal particularmente estricto en cuanto a la delimitación de la prohibición y eficaz con respecto a la revisión judicial contra posibles abusos³⁰⁷. En esta decisión, el TEDH³⁰⁸ sostuvo que el Gobierno de Turquía no había cumplido con la carga de demostrar que el bloqueo al acceso a *Google Sites* estaba justificado³⁰⁹. Para resolver el caso, el TEDH realiza una valoración de los elementos que justifican la restricción del derecho a la libertad de expresión a la luz del artículo 10.2 de la CEDH³¹⁰. Así, la restricción debe estar “prevista por la ley”. El TEDH recuerda que, además de la formalidad, se hace referencia también a la calidad de la ley en causa: “*exigen su accesibilidad por la persona en cuestión quien, además debe poder prever las*

³⁰⁵ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (Sección Tercera) Bulgakov contra Rusia, asunto C-20159/15, de 23 de junio de 2020, párrafo 34.

³⁰⁶ Según cita el propio TEDH “*The Open Society Justice Initiative añade que las medidas de bloqueo que impiden el acceso a un grupo de sitios web, presentan un riesgo de “censura colateral” y que, por tanto, conviene evitar el uso de tales medios, en su opinión desproporcionados, cuando sea técnicamente posible bloquear únicamente el sitio en litigio.* Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Segunda), Ahmet Yildirim contra Turquía, asunto 3111/10, de 18 de marzo de 2013, FJ 44. Ver, además, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (Sección Tercera) Engels contra Rusia, asunto C-61919/16, de 23 de junio de 2020.

³⁰⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Segunda), Ahmet Yildirim contra Turquía, asunto 3111/10, de 18 de marzo de 2013, FJ 64.

³⁰⁸ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Segunda), Ahmet Yildirim contra Turquía, asunto 3111/10, de 18 de marzo de 2013, FJ 65.

³⁰⁹ El TEDH observa que la medida en cuestión tuvo efectos arbitrarios y no podía considerarse que únicamente buscara bloquear el acceso al sitio en cuestión pues consistió en un bloqueo general de todos los sitios alojados por Google Sites. Además, la revisión judicial del bloqueo al acceso a sitios de Internet no cumplía las condiciones adecuadas para evitar el abuso: la legislación no proporciona ninguna garantía para evitar que una medida de bloqueo de un sitio específico se realice mediante un bloqueo general. De hecho, la legislación o contemplaba la posibilidad de autorizar el bloqueo del funcionamiento de un dominio de Internet que permite el intercambio de ideas y de información, como es el de Google Sites y que nada en el sumario permite concluir que Google Sites haya sido informado, en virtud del artículo 5.2 de la Ley núm. 5651 que alojaba contenidos ilícitos ni que haya rechazado cumplir una medida cautelar relativa a un sitio web contra el que se habían instruido diligencias penales. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Segunda), Ahmet Yildirim contra Turquía, asunto 3111/10, de 18 de marzo de 2013, FJ 65.

³¹⁰ No constituiría tampoco una restricción al artículo 10 si la medida persigue uno o más de los objetivos legítimos mencionados en el apartado 2 del artículo 10 y sea “*necesaria en una sociedad democrática*” para lograr esos objetivos.

consecuencias que conlleva su incumplimiento y su compatibilidad con la preeminencia del derecho”³¹¹. Una mala normativa no satisface el requisito de previsibilidad del CEDH y no brinda el nivel de protección que garantiza el Estado de Derecho de una sociedad democrática.

En el caso *Cengiz y otros contra Turquía*³¹², el TEDH tuvo en cuenta que, aunque los demandantes son meros usuarios no directamente afectados por la decisión de bloquear el acceso a *YouTube*, pueden alegar legítimamente que la medida en cuestión afectó su derecho a recibir y difundir información o ideas, en la medida en que los demandantes eran usuarios activos de *YouTube* y que esa plataforma era única en sus características, su nivel de accesibilidad y que no existía ningún equivalente³¹³. Por tanto, el TEDH consideró que la orden de bloqueo constituía una injerencia de la autoridad en el derecho a la libertad de expresión. El TEDH sostuvo, además, que las autoridades deberían haber tenido en cuenta que el bloqueo de todo el sitio web bloquearía el acceso a una gran cantidad de información, y que, inevitablemente, afectaría considerablemente a los derechos de los usuarios de Internet y tendría un efecto colateral sustancial³¹⁴.

³¹¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª), Ahmet Yuldirim contra Turquía, asunto 3111/10, de 18 de marzo de 2013, FJ 57.

El TEDH concluye que la medida de bloqueo de acceso al sitio en cuestión constituye una “*injerencia de las autoridades públicas*” en el derecho del interesado a la libertad de expresión, al limitar su libertad de recibir y de comunicar informaciones o ideas. En su análisis, el TEDH remarca que el derecho a la libertad de expresión tiene dos vertientes, que abarcan no sólo el derecho a transmitir sino también a recibir información, y que, aunque el artículo 10 no ofrece una protección absoluta contra la restricción previa, las restricciones a la libertad de expresión requieren un control judicial estricto. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª), Ahmet Yuldirim contra Turquía, asunto 3111/10, de 18 de marzo de 2013, FJ 64.

³¹² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª), *Cengiz vs Turquía*, asuntos 48226/10 y 14027/11, de 1 de marzo de 2016.

³¹³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Segunda), *Cengiz y otros contra Turquía*, asuntos número 48226/10 y 14027/11, de fecha 1 de marzo de 2016, FJ 52 a 55.

³¹⁴ Según argumentan *Cengiz* y colaboradores, debido a las características de *YouTube*, la orden de bloqueo les privó de un medio importante para ejercer su derecho a la libertad de recibir e impartir información e ideas. En Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª), *Cengiz vs Turquía*, asuntos 48226/10 y 14027/11, de 1 de marzo de 2016, FJ 54.

Por estas razones, el TEDH concluyó que la orden de bloqueo no cumplía la condición de que una injerencia en el derecho a la libertad de expresión estuviera prescrita por la ley, y consideró que violaba el derecho a la libertad de expresión³¹⁵.

De todo lo anterior se puede deducir que, efectivamente, con el cierre o bloqueo de un sitio web se puede limitar directa o indirectamente la libertad de expresión, además de que disminuyen las garantías de protección que deben otorgarse al acceso a Internet como parte integrante de la libertad de expresión³¹⁶.

El TEDH no señala que toda medida de bloqueo de acceso a sitios web puede, per se, considerarse como una violación de los derechos fundamentales de quienes no puedan acceder al sitio web bloqueado. Por lo tanto, todo dependerá de una evaluación de las circunstancias de cada caso, en particular de la forma en que la persona afectada utiliza el sitio web y del impacto potencial de la medida en él.³¹⁷

En otras decisiones³¹⁸ el TEDH se ha pronunciado sobre la compatibilidad del artículo 10 de la CEDH con las medidas adoptadas por autoridades nacionales para bloquear el acceso a determinados sitios de Internet. Según se determina, es necesario contar con un marco jurídico que delimite la prohibición y que sea eficaz en lo que respecta al control judicial de esas medidas, evitando con ello posibles abusos, mediante el equilibrio de intereses en conflicto y destinado a lograr un equilibrio entre esos

³¹⁵ Además, la Ley en cuestión parece estar en conflicto con el numeral 1 del artículo 10 de la CEDH, según el cual los derechos que se establecen en dicho artículo están garantizados "sin consideración de fronteras". Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª), *Cengiz vs Turquía*, asuntos 48226/10 y 14027/11, de 1 de marzo de 2016, FJ 65.

³¹⁶ Así lo ratifica el TEDH "*Las indagaciones realizadas por el Tribunal sobre la legislación de veinte Estados miembros del Consejo de Europa (...) muestran que el derecho de acceso a Internet está teóricamente protegido por las garantías constitucionales existentes en materia de libertad de expresión y de libertad de recibir ideas e informaciones. Tal derecho se considera inherente al derecho de acceso a la información y a la comunicación, protegido en las Constituciones nacionales. Incluye el derecho de cada persona a participar en la sociedad de la información, y la obligación para los Estados de garantizar el acceso de los ciudadanos a Internet. De este modo, el conjunto de garantías generales consagradas a la libertad de expresión constituye una base adecuada para reconocer igualmente el derecho de acceso, sin trabas, a Internet.*", Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Segunda), *Ahmet Yuldirim contra Turquía*, asunto 3111/10, de 18 de marzo de 2013, FJ 31.

³¹⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª), *Cengiz vs Turquía*, asuntos 48226/10 y 14027/11, de 1 de marzo de 2016, FJ 49.

³¹⁸ Guide on Article 10 of European Convention on Human Rights, Freedom of expression, op. cit., párrafo 629.

intereses³¹⁹. Además, es de resaltar la importancia de tener en cuenta el efecto colateral de las medidas de bloqueo.

Para COTINO³²⁰, a la luz de esta decisión del TEDH, la aplicación de la restricción a la libertad de expresión por ley, al bloquear el acceso al sitio web personal, no satisface el requisito de predictibilidad y no brinda el nivel de protección que garantiza el Estado de Derecho de una sociedad democrática. En otras palabras, una normativa que no regula con garantías el posible bloqueo de Internet está en «conflicto directo» con la exigencia del artículo 10 de la Convención.

Como se puede inferir de las sentencias comentadas hasta este momento, y en general de las sentencias citadas en este apartado 3.2, la jurisprudencia ha evolucionado en la línea de exigir más responsabilidades y acciones de restricción a determinados intermediarios³²¹. De esta manera, la tendencia marcada es y, por lo menos a corto y mediano plazo, seguirá siendo, seguir tratando de contener la publicación de contenidos ilícitos o nocivos, coaccionando al PSI para que sea él quien haga las veces de juez y parte.

3.2.5. Sistema de filtrado

Los programas informáticos de filtros son uno de los instrumentos más peligrosos para la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones, pues permiten identificar y seleccionar determinados contenidos, así como bloquearlos y suprimirlos. FERNÁNDEZ ESTEBAN identifica cuatro sistemas de bloqueo: 1) Sistemas de lista blanca, que solo permiten el acceso a determinadas direcciones que previamente han sido autorizadas; 2) Sistemas de lista negra, que no permiten el acceso a determinadas páginas web que previamente han sido excluidas; 3) Sistemas de detección de palabras-clave, a

³¹⁹ Guide on Article 10 of European Convention on Human Rights, Freedom of expression, op. cit., párrafo 632.

³²⁰ Al respecto ver COTINO HUESO, L. "Retos, amenazas, tendencias y «olvidos» de las libertades de expresión e información de los usuarios, prestadores de servicios e intermediarios de internet". *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 2015, número 76/77.

³²¹ COTINO HUESO, L. "La necesaria actualización de los derechos fundamentales como derechos digitales ante el desarrollo de Internet y las nuevas tecnologías", *España constitucional (1978-2018). Trayectoria y perspectivas III*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 2351.

través de los cuales el programa bloquea el acceso a los sitios web que contengan determinadas palabras que hayan sido predefinidas como nocivas; y, 4) Bloqueo por parte de los proveedores de acceso a porciones de Internet³²².

Se encuentra igualmente el sistema de “etiqueta neutra”, en el que se asigna una etiqueta o valoración, pero es el usuario el que decide su utilización³²³. En relación con este último, encontramos el sistema de filtrado identificado como PICS (*Platform for Internet Content Selection*) creado por el World Wide Web Consortium (W3C), ya en desuso, que empleaba metadatos para etiquetar páginas web para ayudar a los padres y profesores a controlar lo que los menores (hijos y estudiantes) podían ver en Internet y que ha sido discontinuado³²⁴. PICS fue mencionado como referente y, al fomentarse su uso por parte de la Comisión³²⁵, como una alternativa para la gestión de contenidos ilegales y nocivos en Internet.

Los filtros son unos instrumentos imperfectos que pueden sobrepasar lo constitucionalmente admisible, pues no distinguen entre contenidos legales e ilegales, de modo que no hay garantía de que identifiquen y bloqueen contenidos exclusivamente ilícitos, y, por el contrario, pueden impedir el acceso a contenidos perfectamente

³²² FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.ª L., “Limitaciones constitucionales e inconstitucionales a la libertad de expresión en Internet (Comentario a la Sentencia 96-511 del Tribunal Supremo Norteamericano de 26 de junio de 1997 que declara la inconstitucionalidad de la Ley de Decencia en las Telecomunicaciones del Congreso de los Estados Unidos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº. 53, 1998, p. 292.

³²³ Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, COM (96) 487, *Contenidos ilícitos y nocivos en Internet*, de 16 de octubre de 1996, p. 21, op. cit.

³²⁴ Según señala TERUEL “(...) *El problema principal del sistema PICS viene a la hora de determinar quién será el encargado del etiquetado de las páginas web. Puede fijarse un sistema de autoclasificación donde sean los propios autores de la página web los que evaluando sus propios contenidos incluyan las correspondientes etiquetas o puede darse un sistema de clasificación de terceras partes, de manera que fuer un grupo, ya fuera empresa, organismo o institución, el que se encargara del etiquetado de los distintos sitios web. (...)*” TERUEL LOZANO, G. M., “Libertad de expresión en Internet, control de contenidos de las páginas web y sus garantías constitucionales”, op. cit., p. 2.

³²⁵ “(...) *Puede plantearse una Recomendación del Consejo en la que se proponga un mensaje político firme de fomento de la utilización de programas informáticos de filtrado del tipo PICS y de uno o más sistemas europeos de valoración. La Comisión ya ha pedido a la industria la formación de una Plataforma común que permita la utilización de sistemas de filtrado a escala comunitaria. (...)*” Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, COM (96) 487, *Contenidos ilícitos y nocivos en Internet*, de 16 de octubre de 1996, p. 26, op. cit.

legales³²⁶. Son sistemas además insuficientes, ya que no permiten controlar más que una mínima parte de las páginas web existentes.

El filtrado y los privilegios de tráfico tendrían, en cualquier caso, que sujetarse únicamente a criterios técnicos y éticos, por lo que debería resultar inadmisibles hacer uso de esta herramienta por motivos políticos, comerciales, religiosos, culturales o cualquier otra forma de discriminación o favoritismo³²⁷.

Tal y como apunta TERUEL, en los sistemas de filtrado el poder de aquél que etiqueta es extraordinario y será determinante para que luego una página sea o no accesible ante determinadas clasificaciones y filtros³²⁸. La implementación de sistemas de filtrado por parte de los PSI sería una materialización de una obligación de supervisión de contenidos en la medida en que se obligaría al PSI a etiquetar y clasificar las comunicaciones en su red, sin necesidad de contar para ello con la participación de los usuarios o de terceros imparciales que puedan sopesar la pertinencia o no de la filtración que se propone en la plataforma.

La Directiva 2000/31/CE establece que los Estados miembros no pueden imponer a los PSI una obligación general de supervisión, ya que algunas de las medidas propuestas para controlar eventuales infracciones de derechos de terceros en la red tienden a ello, principalmente en materia de propiedad intelectual³²⁹. Además, cuando quien interviene

³²⁶ GARCÍA MORALES, M. J., “La prohibición de la censura en la era digital”, op. cit., p. 260.

³²⁷ “Principios para la gobernanza y el uso de Internet” 2009 (disponible en <https://www.cgi.br/resolucoes-2009-003-es/> consultado el 23 de diciembre de 2021). Al respecto, en la Declaración Conjunta sobre libertad de expresión e Internet adoptada el 1 de junio de 2011 se señala que es recomendable exigir a los intermediarios de Internet que sean transparentes respecto de las prácticas que emplean para la gestión del tráfico o la información, y cualquier información relevante sobre tales prácticas debe ser puesta a disposición del público en un formato que resulte accesible para todos los interesados. En lo que respecta al filtrado y bloqueo, en esta Declaración Conjunta se indica que el bloqueo obligatorio de sitios web enteros, dirección IP, puertos de red o ciertos tipos de usos (como redes sociales) constituye una medida extrema -análoga a la prohibición de un período o de una emisora de radio o televisión- que solo podría estar justificada conforme a estándares internacionales, por ejemplo, cuando sea necesaria para proteger a menores de abuso sexual.

³²⁸ TERUEL LOZANO, G: M., “Libertad de expresión en Internet, control de contenidos de las páginas web y sus garantías constitucionales”, op. cit., p. 10.

³²⁹ El Considerando 47 consagra que “Los Estados miembros no pueden imponer a los prestadores de servicios una obligación de supervisión exclusivamente con respecto a obligaciones de carácter general. Esto no se refiere a las obligaciones de supervisión en casos específicos y, en particular, no afecta a las órdenes de las autoridades nacionales formuladas de conformidad con la legislación nacional.” Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000,

en la necesidad de implementar y estructurar el filtro es el Estado, se podría configurar una censura previa en los términos anteriormente expuestos³³⁰. Esto, teniendo en cuenta que el PSI no estaría usando ni configurando libremente dichos filtros, sino que le serían impuestos, convirtiéndose así en un instrumento que promueve la censura³³¹.

Difícilmente se podrá encontrar una finalidad que justifique estos controles de contenidos teniendo en cuenta la imperfección de la implementación de estos sistemas, pues no se puede garantizar que limitando algo presuntamente ilícito no se afecte aun cuando sea tangencialmente un contenido lícito.

La Recomendación CM/Rec (2008)6 del Comité de Ministros sobre medidas para promover el respeto a la libertad de expresión e información en relación con los filtros de Internet³³², recoge la preocupación de este organismo por la implantación y uso de este tipo de medidas. En el Apéndice de la citada Recomendación se plantean unas “Directrices” referentes: (i) al uso y control de los filtros de Internet para el pleno ejercicio y disfrute del derecho a la libertad de expresión e información; (ii) a los filtros adecuados para niños y jóvenes; y (iii) al uso y aplicación de filtros de Internet por parte del sector público y privado. Los lineamientos de la recomendación se dirigen a grandes sectores sociales que pueden tener algún papel con el uso de los filtros de internet.

relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:Es:HTML> consultado el día 23 de diciembre de 2021)

³³⁰ “(...) *Blocking software, the Court wrote, is a "reasonably effective method by which parents can prevent their children from accessing material which the parents believe is inappropriate."* [Emphasis in the original]

The rest of the Court's decision firmly holds that government censorship of the Internet violates the First Amendment, (...), American Civil Liberties Union, Censorship in a box: why blocking software is wrong for public libraries, (disponible en <https://www.aclu.org/report/censorship-box-why-blocking-software-wrong-public-libraries> consultado el día 23 de diciembre de 2021).

³³¹ Entre otros casos se puede señalar el control que las autoridades en China imponen a diversas plataformas digitales, tales como Facebook, que ha aceptado que adapta su contenido para no chocar con la censura de dicho país, para lo cual se han implementado herramientas para que, por ejemplo, no aparezcan ciertos mensajes según la localización del usuario. Al respecto, ver https://elpais.com/internacional/2016/11/23/estados_unidos/1479874888_924457.html (consultado el día 23 de diciembre de 2021)

³³² Consejo de Europa. (2008). Recomendación CM/Rec (2008)6 del Comité de Ministros del Consejo de Europa. (disponible en https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d3bc4 consultado el día 23 de diciembre de 2021)

El principal aporte de la Recomendación se basa en el factor de transparencia necesario que debe existir en Internet cuando el usuario se enfrente al tránsito por la red³³³. De igual manera, la Recomendación hace énfasis en la necesidad de dotar de conocimiento y comprensión a los usuarios para que tengan la capacidad de utilizar eficazmente los filtros en Internet. Para ello, los usuarios deben ser informados de qué filtro está activo y, en su caso, poder identificar y controlar el nivel de filtrado al que están sometidos los contenidos a los que acceden³³⁴. Además, deben tener la posibilidad de impugnar el bloqueo o el filtrado de contenidos y solicitar aclaraciones y soluciones.

Es importante incentivar a los grandes prestadores y las entidades estatales³³⁵ a trabajar en la concienciación de los usuarios sobre los beneficios y peligros potenciales

³³³ “(...) *In co-operation with the private sector and civil society, member states should ensure that users are made aware of activated filters and, where appropriate, are able to activate and deactivate them and be assisted in varying the level of filtering in operation, in particular by: i. developing and promoting a minimum level of information for users to enable them to identify when filtering has been activated and to understand how, and according to which criteria, the filtering operates (for example, black lists, white lists, keyword blocking, content rating, etc., or combinations thereof); ii. developing minimum levels of and standards for the information provided to the user to explain why a specific type of content has been filtered;* Recommendation CM/Rec(2008)6, of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet Filters, 26 marzo 2008, Appendix to Recommendation, Guidelines, “*I. Using and controlling Internet filters in order to fully exercise and enjoy the right to freedom of expression and information*” (disponible en https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d3bc4 consultado el día 23 de diciembre de 2021)

³³⁴ “(...) *vii. raising awareness of the potential limitations to freedom of expression and information and the right to private life resulting from the use of filters and of the need to ensure proportionality of such limitations; viii. facilitating an exchange of experiences and best practices with regard to the design, use and monitoring of filters; ix. encouraging the provision of training courses for network administrators, parents, educators and other people using and monitoring filters; x. promoting and co-operating with existing initiatives to foster responsible use of filters in compliance with human rights, democracy and the rule of law; xi. fostering filtering standards and benchmarks to help users choose and best control filters. (...)*” Recommendation CM/Rec (2008)6, of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet Filters, 26 marzo 2008, Appendix to Recommendation, Guidelines, “*I. Using and controlling Internet filters in order to fully exercise and enjoy the right to freedom of expression and information*”

³³⁵ En lo relativo al uso y aplicación de filtros en Internet por parte del sector público y privado, la Recomendación CM/Rec(2008)6 establece que es necesario “(...) *i. refrain from filtering Internet content in electronic communications networks operated by public actors for reasons other than those laid down in Article 10, paragraph 2, of the European Convention on Human Rights, as interpreted by the European Court of Human Rights; (...)* *vi. avoid the universal and general blocking of offensive or harmful content for users who are not part of the group which a filter has been activated to protect, and of illegal content for users who justifiably demonstrate a legitimate interest or need to access such content under exceptional circumstances, particularly for research purposes; (...)*” Recommendation CM/Rec(2008)6, of the Committee of Ministers to member states on measures to

de los filtros. Esto debería incluir la promoción de la importancia, y el significado del acceso libre y sin obstáculos a Internet, para que cada usuario individual pueda ejercer y disfrutar plenamente de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Siguiendo en todo momento fielmente los límites establecidos en el artículo 10.2 del CEDH y su interpretación por parte del TEDH.

Por su parte, el TJUE se ha pronunciado en dos importantes sentencias sobre los sistemas de filtrado, en las cuales discute cuestiones prejudiciales relacionadas con la infracción de la propiedad intelectual.

En la sentencia de 24 de noviembre de 2011 *Scarlet Extended v. SABAM*³³⁶, el TJUE señaló que una supervisión preventiva exigiría una vigilancia activa de la totalidad de las comunicaciones electrónicas efectuadas en la red. De igual manera, recuerda el TJUE, con esta medida se podría vulnerar la libertad de información, dado que se corre el riesgo de que el citado sistema no distinga suficientemente entre contenidos lícitos o ilícitos, por lo que su establecimiento podría dar lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito³³⁷.

En la sentencia de 16 de febrero de 2012 *SABAM v. Netlog*, al igual que sucediera en el caso anterior, se requirió que el PSI estableciera sistemas de filtrado para supervisar los datos e información intercambiada entre sus clientes. El TJUE reitera que “*el sistema de filtrado controvertido implicaría supervisar (...) la totalidad de la información almacenada en la red del prestador de servicios afectado, supervisión que, además, es ilimitada en el tiempo, comprende una lesión futura (...)*”³³⁸. Además, dicha medida obligaría al PSI a establecer un sistema informático complejo, gravoso, permanente y exclusivamente a sus expensas.

promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet Filters, 26 marzo 2008, Appendix to Recommendation, Guidelines, “*III. Use and application of Internet Filters by the public and private sector*”

³³⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 3ª), asunto número C-70/10, de 24 de noviembre de 2011, FJ. 20.

³³⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 3ª), asunto número C-70/10, de 24 de noviembre de 2011, FJ 52.

³³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 3ª), asunto número C-360/10, de 16 de febrero de 2012, FJ. 45

Queda claro entonces que este tipo de medidas no pueden ser una solución a los problemas que generan los contenidos ilícitos que se alojan en algunas de las plataformas de Internet, ya que, como queda de manifiesto en las decisiones aquí citadas, debe buscarse un justo equilibrio entre los derechos en pugna.

A pesar de la aparente claridad de los argumentos del TJUE en las citadas sentencias, no dejan de surgir nuevos intentos por controlar la infracción de derechos de terceros en Internet, ello, en parte, porque ante la falta de soluciones más claras y reales, parece natural seguir intentando atajar la vulneración de estos derechos a través de medidas a corto plazo, antes que reformas profundas que frenen este tipo de infracciones.

3.2.6. La nueva realidad del sistema automatizado de algoritmos para filtrar el acceso a contenidos en Internet: los algoritmos y libertad de expresión

Desde el 2012 el Consejo de Europa, a través de Recomendaciones del Comité de Ministros, se ha venido pronunciando sobre la relación entre el uso de sistemas de algoritmos y los derechos humanos³³⁹. Así, en la Recomendación CM/Rec (2012)3 se reconoce la importancia de la función desempeñada por los motores de búsqueda y la vinculación de estos motores con los sistemas automatizados de algoritmos para su adecuado funcionamiento³⁴⁰. El Comité de Expertos sobre intermediarios en Internet del Consejo de Europa, en su estudio sobre Algoritmos y Derechos Humanos DGI

³³⁹ Por ejemplo, Recommendation CM/Rec(2012)3 of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to search engines, 4 de abril de 2012 (disponible en https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805caa87 consultado el día 23 de diciembre de 2021)

³⁴⁰ “4. *The action of search engines can affect freedom of expression and, given their role in facilitating access to information, can bear even more on the right to seek, receive and impart information; similarly, their action has an impact on the right to private life and the protection of personal data. Such challenges may stem, inter alia from the design of algorithms, de-indexing and/or partial treatment or biased results, market concentration and lack of transparency about both the selection process and ranking of results.*”. Recommendation CM/Rec (2012)3 of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to search engines, 4 de abril de 2012. “(...) *engines and social media sites have an interest in getting people to express themselves as much as possible publicly so that they will produce content and data that be indexed or analyzed (...)*” BALKIN, J. M. “Free speech in the algorithmic society: big data, private governance, and new school speech regulation”, *UCDL Rev.*, vol. 51, 2017, p. 1162 (disponible en https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6159&context=fss_papers consultado el día 23 de diciembre de 2021).

(2017)12³⁴¹, analizó el funcionamiento de los algoritmos y las técnicas de procesamiento de datos y sus posibles implicaciones normativas. Entre los aspectos señalados por este Estudio en relación con la libertad de expresión está el riesgo de usar algoritmos de búsqueda para favorecer únicamente determinados tipos de contenidos, aumentando con ello la polarización de la sociedad³⁴².

Los algoritmos pueden, por un lado, considerarse como instrumentos técnicos que facilitan las diversas funcionalidades de una plataforma como la organización de los contenidos en línea, y, por otro lado, pueden constituir reglas opacas de autoejecución, obviando cualquier control humano con preocupantes consecuencias para valores democráticos como la transparencia y la rendición de cuentas³⁴³

Los algoritmos se utilizan para los procesos de filtrado y eliminación de contenidos y para desactivar o suspender automáticamente cuentas de los usuarios, lo que afecta directamente a la libertad de expresión. Los PSI, en el marco de la gestión de sus plataformas digitales y como medida de autorregulación, adoptan estas medidas, sin una base legal clara³⁴⁴ y, en la mayoría de los casos, por infracciones a sus normas comunitarias. Esto plantea a los PSI el reto de, por una parte, atender a sus intereses empresariales y, por otra parte, brindar garantías reales a los usuarios, tales como, debido

³⁴¹ Este estudio es conocido como estudio Wagner, profesor coordinador, preparado por el Comité de Expertos sobre intermediarios de Internet (MSI-NET). En el estudio se analizan las dimensiones de los derechos humanos en el marco de las técnicas de tratamiento automatizado de datos sus posibles implicaciones reguladoras. El Estudio Wagner identifica ejemplos de sistemas algorítmicos de toma de decisiones actualmente en uso que pueden violar o socavar el disfrute de "los derechos más obviamente implicados que en mayor o menor grado ya están en discusión pública", incluyendo los derechos, entre otros, el derecho a libertad de expresión. Algorithms and human rights. "Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications". Council of Europe Study, Marzo 2018 (en <https://rm.coe.int/algorithms-and-human-rights-study-on-the-human-rights-dimension-of-aut/1680796d10> consultado el día 23 de diciembre de 2021).

³⁴² "(...) the personalisation of information that users receive based on their predicted preferences and interests can create "filter bubbles" and may substantially compromise the freedom of expression, which includes the right to information. (...)" Algorithms and human rights. "Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications". Council of Europe Study, op. cit. p. 22.

³⁴³ DE GREGORIO, G. "Democratising online content moderation: A constitutional framework", *Computer Law & Security Review*, vol. 36, 2020, p. 105374.

³⁴⁴ "(...) This lack of a legal basis for 'voluntary' automated content removal makes it even more difficult to ensure that basic legal guarantees such as accountability, transparency or due process are upheld (...)" Algorithms and human rights. "Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications". Council of Europe Study, op. cit. p. 23.

proceso, transparencia y demás, sin que exista una obligación clara al respecto. Además, debemos tener en cuenta las circunstancias que los podrían hacer responsables directos por contenidos alojados por terceros, al no actuar con diligencia o al superar barreras de mera gestión técnica.

Como señala DE GREGORIO, las plataformas en línea son actores privados que no están obligadas a defender y garantizar los derechos humanos, ya que la legislación internacional en materia de derechos humanos sólo vincula verticalmente a los actores estatales³⁴⁵, dejando que la regulación de las plataformas en línea se base en leyes nacionales y regionales fragmentadas, así como en esfuerzos de regulación no vinculante³⁴⁶.

Los gobiernos y entidades públicas, por su parte, incentivan abiertamente el uso de este tipo de herramientas³⁴⁷, como una solución efectiva en la erradicación de contenidos ilícitos (terrorismo, pornografía infantil, entre otros)³⁴⁸. El problema es que, como ya se ha apuntado, al establecer este tipo de controles no hay una certeza total de que junto con

³⁴⁵ La aplicación horizontal de los derechos humanos y en especial de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución, se ha materializado en algunos Estados también dirigido hacia los particulares. Por ejemplo, la protección constitucional de los derechos fundamentales en Colombia es bastante conocido debido a la incapacidad del Estado por garantizar los derechos fundamentales a sectores poblaciones específicos.

³⁴⁶ DE GREGORIO, Giovanni. *Democratising online content moderation: A constitutional framework*, op. cit., p. 105374.

³⁴⁷ Algunos regímenes jurídicos nacionales, por ejemplo, el Alemán, exigen a los intermediarios que restrinjan el acceso a los contenidos basándose en nociones generales como el "extremismo" y les obligan a vigilar toda la comunicación en línea para detectar contenidos ilegales. Varios Estados han introducido leyes o han iniciado iniciativas de reforma legislativa para hacer frente a la difusión de contenidos nocivos en línea. Por ejemplo, Alemania adoptó en 2017 su Ley de Aplicación de la Red ("NetzDG"). Esta ley obliga a las plataformas en línea con más de dos millones de usuarios registrados en Alemania a eliminar los contenidos "manifiestamente ilícitos", que contravienen elementos específicos del Código Penal Alemán, como la negación del holocausto y la incitación al odio, en un plazo de 24 horas tras recibir una notificación o una denuncia, y a eliminar el resto de los contenidos "ilícitos" en un plazo de siete días tras la notificación. El incumplimiento se expone a una multa de hasta 50 millones de euros. Esta ley también pretende aumentar la responsabilidad de las plataformas mediante la imposición de una mayor transparencia e importantes obligaciones de información.

³⁴⁸ Plataformas como YouTube o Facebook hacen uso de algoritmos para identificar y eliminar, por ejemplo, videos o mensajes de extremistas alojados en sus entornos web. Al respecto ver https://elpais.com/internacional/2017/12/07/actualidad/1512674694_254034.html consultado el día 23 de diciembre de 2021.

los contenidos ilícitos³⁴⁹ se esté limitando discursos que sí se encuentran amparados por la libertad de expresión³⁵⁰. Además, exigir que los PSI implementen este tipo de controles conduce a una vigilancia y un filtrado de contenidos excesivamente amplio y automatizado, y va en contra de la inexistencia de obligación general de supervisión³⁵¹.

Por otra parte, se evidencia el desinterés de los organismos estatales, tanto a nivel europeo como en los Estados miembros, en generar políticas estatales objetivas y garantistas al preferir optar por dejar la carga de la responsabilidad de la erradicación de discursos ilícitos en Internet a los PSI³⁵². Sumando a ello el riesgo de interferencia en el derecho a la libertad de expresión y la falta de cumplimiento de los principios de legalidad, proporcionalidad y debido proceso³⁵³. El “incentivar” a los PSI a implementar

³⁴⁹ “The move is a major step forward for internet companies that are eager to eradicate violent propaganda from their sites and are under pressure to do so from governments around the world as attacks by extremists proliferate, from Syria to Belgium and the United States. YouTube and Facebook are among the sites deploying systems to block or rapidly take down Islamic State videos and other similar material, the sources said. The technology was originally developed to identify and remove copyright-protected content on video sites. It looks for “hashes,” a type of unique digital fingerprint that internet companies automatically assign to specific videos, allowing all content with matching fingerprints to be removed rapidly. Such a system would catch attempts to repost content already identified as unacceptable but would not automatically block videos that have not been seen before.” MENN J., Y VOLZ, D., “Exclusive: Google, Facebook quietly move toward automatic blocking of extremist videos, Reuters, 25 de junio de 2016 (disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-internet-extremism-video-exclusive-idUSKCN0ZB00M> consultado el día 23 de diciembre de 2021)

³⁵⁰ Este tipo de medidas afectan de manera colateral a los medios de comunicación independientes, cómicos, comentaristas políticos y expertos. Al respecto ver https://www.nytimes.com/2017/04/17/arts/youtube-broadcasters-algorithm-ads.html?_r=0 consultado el día 23 de diciembre de 2021

³⁵¹ Artículo 15 de la Directiva 2000/31/CE que señala que los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisor los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas.

³⁵² “(...) In addition, online platforms are increasingly under pressure to actively counter online hate speech through automated techniques that detect and delete illegal content, particularly following the live video streaming via social media platforms of the attack on civilians by a lone terrorist in Christchurch in early 2019 (...)” Responsibility and AI, “A study of the implications of advanced digital technologies (including AI systems) for the concept of responsibility within a human rights framework”, Consejo de Europa, Septiembre de 2019, p. 31 (disponible en <https://rm.coe.int/responsability-and-ai-en/168097d9c5> consultado el día 23 de diciembre de 2021).

³⁵³ “(...) Requiring intermediaries to restrict access to content based on vague notions such as “extremism” obliges them to monitor all flows of communication and data online in order to be able to detect what may be illegal content. (...)” Algorithms and human rights. “Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications”. Council of Europe Study, op. cit. p. 24.

“(...) Algorithms are today not capable of detecting irony or critical analysis. The filtering of speech to eliminate harmful content through algorithms therefore faces a high risk of over-blocking and removing speech that is not only harmless but can contribute positively to the public debate. According

estos mecanismos también se puede ver de cierta manera como una forma de imponer controles que por otras vías podrían no superar los exámenes de constitucionalidad correspondientes³⁵⁴.

En lo que respecta a los sistemas algorítmicos de toma de decisiones (por sus siglas en inglés, ADM- *algorithmic decision-making*), plantea importantes riesgos para el derecho a la libertad de expresión³⁵⁵. Son algoritmos automatizados los que deciden cómo tratar, priorizar, distribuir y eliminar contenidos de terceros en las plataformas en línea³⁵⁶. Los algoritmos de búsqueda están diseñados intencionadamente para servir a los intereses comerciales de sus propietarios y, por tanto, están inevitablemente sesgados hacia determinados tipos de contenidos o proveedores de contenidos³⁵⁷. Desde un punto de vista técnico, este tipo de algoritmos ofrecen ventajas sobre la toma de decisiones humanas, en relación con la velocidad y eficiencia en la identificación de contenidos y su bloqueo o supresión. Además, este tipo de tecnología aprende rápidamente y se nutre de dicho aprendizaje. No obstante, los contenidos extremistas o material que incita a la violencia son a menudo fáciles de identificar. No podemos decir lo mismo de contenidos nocivos que entrañan una mayor complejidad y que están vinculados al contexto cultural (análisis

to the European Court of Human Rights, Article 10 also protects shocking, offensive or disturbing content. Algorithmic blocking, filtering or removal of content may thus have a significant adverse impact on legitimate content. (...) Algorithms and human rights. “Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications”. Council of Europe Study, op. cit. p. 25.

³⁵⁴ Como señala DE GREGORIO, las diferencias entre las directrices (públicas) de la comunidad y la política interna (privada), así como la opacidad sobre el uso de sistemas automatizados en la moderación del contenido, crean una zona gris de casos en los que la eliminación o el mantenimiento del contenido se deciden al margen de cualquier control democrático. DE GREGORIO, G. “Democratising online content moderation: A constitutional framework”, op. cit., p. 105374.

³⁵⁵ Responsibility and AI, “A study of the implications of advanced digital technologies (including AI systems) for the concept of responsibility within a human rights framework”, op. cit., p. 28.

³⁵⁶ “(...) It is typically automated algorithms, rather than humans, that decide how to handle, prioritise, distribute and delete third-party content on online platforms, including content handling”. Consejo de Europa. (2019) Estudio del Consejo de Europa DGI (2019)05, p. 30 (disponible en <https://rm.coe.int/responsability-and-ai-en/168097d9c5> consultado el día 23 de diciembre de 2021)

³⁵⁷ Para BALKIN, J. M., este sesgo se relaciona con los posibles peligros de la creación y proliferación de reputación digital. El autor señala “(...) First, algorithmic decisionmaking may propagate discrimination over many different aspects of people’s lives. Second, it may create opportunities for businesses to manipulate people. Third, it may produce incentives for people to conform their lives to the requirements of algorithms to avoid their judgment. All of this will happen without transparency, accountability, due process, or the ability to monitor and respond to the decisions. (...) BALKIN, J. M. “Free speech in the algorithmic society: big data, private governance, and new school speech regulation”, op. cit., p. 1167.

crítico, la ironía, entre otros)³⁵⁸, difícilmente identificable por los algoritmos. Eliminar contenido nocivo mediante algoritmos lleva implícito el riesgo de bloquear y eliminar discursos que no sólo es inofensivo, sino que podría contribuir positivamente al debate público³⁵⁹.

BALKIN en el marco de la regulación de la libertad de expresión y el control de los sistemas automatizados de algoritmos distingue dos conceptos: el concepto de fiduciarios de la información (*information fiduciaries*³⁶⁰) y de molestia algorítmica (*algorithmic nuisance*³⁶¹). Para el autor, estos conceptos ayudan a entender, en el marco del derecho

³⁵⁸ Igualmente, LARRONDO y GRANDI, han señalado “Ello así, ya que el uso de IA en la moderación automatizada de contenido puede llegar a afectar al ejercicio de la libertad de expresión dado que, por el momento, entre sus limitaciones se destaca la imposibilidad de que pueda evaluar el contexto, los usos idiomáticos y aspectos culturales de los seres humanos”. LARRONDO, M. E. y GRANDI, N. M., “Artificial Intelligence, algorithms and freedom of expression”, *Universitas*, 2021, p 183.

³⁵⁹ tal y como han señalado URBAN, KARAGINIS y SCHOFIELD, en la práctica, la notificación y retirada presenta problemas importantes. Debido a sus efectos negativos sobre la expresión y la competencia en línea, los errores de fondo que conducen a una retirada cuestionable son quizás los más preocupantes. En uno de sus estudios, los autores mostraron que las herramientas automatizadas utilizadas por algunos responsables son demasiado amplias y con insuficientes salvaguardias, lo que conduce a solicitudes cuestionables en casi un tercio de los casos. Además, para los autores, la toma de decisiones por parte de las máquinas parece requerir una mayor y mejor revisión por parte de humanos con conocimientos. Ver URBAN J., KARAGINIS J. y SCHOFIELD, “Notice and Takedown in Everyday Practice”, *UC Berkeley Public Law Research Paper*, No. 2755628, 2017 (disponible en <https://ssrn.com/abstract=2755628> consultado el día 23 de diciembre de 2021)

Para LARRONDO y GRANDI, debido a que en algunos casos los algoritmos empleados por las plataformas han eliminado también imágenes de desnudez con valor histórico, cultural o educativo, relatos históricos y documentales de conflictos, pruebas de crímenes de guerra, intervenciones en contra de los grupos que promueven el odio o esfuerzos por impugnar o denunciar el lenguaje racista, homófobo o xenófobo, es importe recalcar que tal y como se encuentran los sistemas de inteligencia artificial (cifrado, retirada, etc.), se encuentran en una fase en la que se necesita la supervisión humana para poder llevar adelante sus acciones sin que se afecten otros derechos. En definitiva, que la supervisión humana debe ser la regla y no la excepción en la decisión final de remoción de contenido en línea. LARRONDO, M. E. y GRANDI, N. M., “Artificial Intelligence, algorithms and freedom of expression”, op. cit., p. 183.

³⁶⁰ En el mundo offline respecto a la información fiduciaria “los clientes tienen que confiar en los fiduciarios y esperar que éstos no les traicionen. Los fiduciarios, a su vez, deben actuar de buena fe con sus clientes, en particular con respecto a la información que conocen sobre sus clientes en el transcurso de la relación. Cuando la relación fiduciaria implica la recopilación y el uso de información significativa sobre el cliente, podemos hablar de fiduciarios de información”. Por tanto, BALKIN se pregunta “¿Quiénes son los nuevos fiduciarios de la información en la era digital?” BALKIN, J. M. “Free speech in the algorithmic society: big data, private governance, and new school speech regulation”, op. cit., p. 1161.

³⁶¹ Al contrario del concepto de *information fiduciaries*, el concepto de *algorithmic nuisance* - molestia algorítmica “se aplica cuando las empresas utilizan Big Data y algoritmos para hacer juicios que construyen las identidades, los rasgos y las asociaciones de las personas que afectan las oportunidades y vulnerabilidades de las personas. Las oportunidades incluyen cosas como el empleo, el crédito, las ofertas financieras y las posiciones. En vulnerabilidades, me refiero a una mayor vigilancia pública o privada, la discriminación, la manipulación y la exclusión” BALKIN, J. M. “Free

aplicable a los Estados Unidos, cuándo la Primera Enmienda debe permitir al Estado regular a las empresas que se dedican a la recopilación, el análisis y distribución de datos³⁶². De hecho, en la era digital, las organizaciones y empresas recogen enormes cantidades de información sobre sus usuarios finales³⁶³. Sin embargo, los usuarios finales son transparentes para estas organizaciones, pero sus operaciones no lo son para los usuarios finales, y es difícil, si no imposible, controlar sus operaciones. Por lo tanto, estas organizaciones disfrutan de importantes asimetrías de conocimiento y poder sobre sus usuarios finales. Estas empresas animan a sus usuarios finales a confiar en ellas y a revelarles información, y los usuarios finales deben confiar en ellas para beneficiarse de los servicios que prestan estas organizaciones³⁶⁴.

speech in the algorithmic society: big data, private governance, and new school speech regulation”, op. cit., p. 1164.

El concepto de molestia algorítmica surge del hecho de que las empresas recogen datos sobre las personas de múltiples fuentes y utilizan algoritmos para tomar decisiones sobre las personas. A través de este proceso las empresas hacen algo más que tomar decisiones. También construyen identidades, rasgos y asociaciones digitales de las personas, que, a su vez, construyen (y restringen) sus futuras oportunidades.

³⁶² BALKIN señala *"Esto significa que muchas de las organizaciones digitales con las que la gente trata con las que la gente trata a diario -incluidos los proveedores de servicios de Internet ("ISP"), los y las plataformas de redes sociales- deben ser tratadas como fiduciarios de la información con respecto a sus clientes y usuarios finales. Por lo tanto, de acuerdo con la Primera Enmienda, los gobiernos pueden someter al fiduciario de la información a restricciones razonables sobre la recopilación, el cotejo, el análisis, el uso, la venta y la distribución de información personal"* BALKIN, J. M. "Free speech in the algorithmic society: big data, private governance, and new school speech regulation”, op. cit., p. 1162.

³⁶³ BALKIN señala: *"La idea detrás de la molestia algorítmica es que la toma de decisiones algorítmicas algorítmica tiene efectos secundarios acumulativos en las poblaciones más y más empresas públicas y privadas lo adoptan. Los algoritmos construyen la identidad y la reputación de las personas clasificándolas como de riesgo, asociándolas con rasgos o correlaciones indeseables, o colocándolas en las mismas categorías que otras personas de riesgo o con características indeseables. que tienen características indeseables. En otras palabras, los algoritmos construyen retratos digitales de las personas y las agrupan en categorías digitales creadas por los algoritmos. Los algoritmos trabajan construyendo categorías para la diferenciación y la imposición de esas categorías y diferencias a las poblaciones de personas. Otorgan características a las personas y crean identidades y reputaciones digitales"* BALKIN, J. M. "Free speech in the algorithmic society: big data, private governance, and new school speech regulation”, op. cit., p. 1167.

³⁶⁴ Para BALKIN *"Debido a estas diferencias, los fiduciarios de la información digital deberían tener menos obligaciones que los fiduciarios profesionales tradicionales, como médicos, abogados y contables. Son fiduciarios de la información con fines especiales, y el tipo de obligaciones que es razonable imponerles debería depender de la naturaleza de los servicios que prestan. 36 Su obligación principal es que no pueden actuar como estafadores, induciendo la confianza de sus usuarios finales para obtener información personal y luego traicionando a los usuarios finales o trabajando en contra de sus intereses"* BALKIN, J. M. "Free speech in the algorithmic society: big data, private governance, and new school speech regulation”, op. cit., p. 1163.

En general existe una falta de transparencia y responsabilidad en cuanto al proceso o sobre los criterios adoptados para establecer qué contenido es "extremista" o "claramente ilegal"³⁶⁵. De hecho, como ha sido criticado por la doctrina, las herramientas a través de las cuales se toman las decisiones de identificación y eliminación, al recaer solamente en los proveedores privados, y no tener una supervisión estatal significativa y efectiva, corren el riesgo de exceder los límites legal y constitucionalmente prescritos, contraviniendo así el Estado de Derecho. Además, este mecanismo de restricción no es ajeno a lo establecido en la jurisprudencia del TEDH en relación con las restricciones a la libertad de expresión, las cuales deberán corresponder a una "necesidad social apremiante" y ser proporcionales al objetivo legítimo que se persigue³⁶⁶.

En vista de todo lo comentado hasta ahora, en el seno del derecho de acceso a Internet, paulatinamente se van concretando las garantías frente al cierre, bloqueo, filtro u otras restricciones de acceso a Internet y sus contenidos. Ahora bien, tal y como señala COTINO, nuestro Derecho Constitucional no se ha actualizado respecto de las garantías, especialmente las judiciales, frente a las restricciones en Internet³⁶⁷. Para este autor, si los afectados y autoridades responsables pueden ver la caja del algoritmo y cómo toma sus decisiones, se pueden evitar grandes riesgos³⁶⁸.

Es probable que los elementos estén, pero hace falta una mayor cohesión y armonización en relación con los postulados de la libertad de expresión. Hace falta dotar

³⁶⁵ Responsibility and AI, "A study of the implications of advanced digital technologies (including AI systems) for the concept of responsibility within a human rights framework", Consejo de Europa, Septiembre de 2019, op. cit., p. 30,

³⁶⁶ Véase Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª), Ahmet Yuldirim contra Turquía, asunto 3111/10, de 18 de marzo de 2013. El Tribunal señaló "*Por lo tanto, el bloqueo del acceso a Internet o la eliminación de contenidos en línea requiere un marco jurídico que "garantice tanto un control estricto del alcance de las prohibiciones como un control judicial efectivo para En este sentido, el control judicial de una medida de este tipo, basado en una ponderación de los intereses contrapuestos en juego y destinado a lograr un equilibrio entre ellos, es inconcebible sin un marco que establezca normas precisas y concretas sobre la aplicación de restricciones preventivas a la libertad de expresión de expresión"*.

³⁶⁷ COTINO HUESO, L. "La (IN)constitucionalidad de la "intervención", "mordaza" o "apagón" de las telecomunicaciones e Internet por el Gobierno en virtud del Real Decreto-Ley 14/2019", *Revista General de Derecho Administrativo*, 54, 2020, p. 26 (disponible en <https://www.dropbox.com/s/txqk14n9wazvulr/rgdapublicadorgdaCompleto.pdf?dl=0> consultado el día 23 de diciembre de 2021).

³⁶⁸ COTINO HUESO, L. "La necesaria actualización de los derechos fundamentales como derechos digitales ante el desarrollo de Internet y las nuevas tecnologías", op. cit, p. 2351.

de herramientas al PSI para la defensa de los contenidos amparados por la libertad de expresión de manera mucho más segura y efectiva.

3.3. Autorregulación. Códigos de conducta y correulación

La Directiva de Comercio Electrónico fomenta la autorregulación como un mecanismo idóneo para aportar soluciones eficientes a los nuevos retos planteados por Internet³⁶⁹. Al tratarse de temas más técnicos y con casuísticas tan particulares, aquellas medidas generadas por los propios actores, con la flexibilidad que aportan, pueden resultar más adecuadas y menos encorsetadas para el sector. La autorregulación se ha presentado como la gran esperanza para la reducción de riesgos relativos a tipos concretos de contenidos ilícitos o desinformación, entre otros. Como recuerda TERUEL, vistas las dificultades con las que en muchos casos se encuentra la legislación pública para afrontar estos problemas, la Unión Europea ha preferido optar por un modelo en el que sean los propios proveedores de acceso los que fijen sus Códigos de conducta y la organización de la industria en torno a asociaciones sectoriales que velen por el respeto a estos principios deontológicos. Además, también se ha fomentado la creación de líneas directas (hot lines) para la denuncia de contenidos que los usuarios pudieran encontrar por Internet y que a su juicio resulten ilícitos³⁷⁰.

La autorregulación está ocupando posiciones de primacía frente a la regulación en Internet. La autorregulación ofrece soluciones puntuales a problemas sectoriales, sin dejar de lado que su intensidad es variable y que su fomento, aun cuando es necesario, está

³⁶⁹ “(...) Internet ha sido en sus orígenes un espacio libertario en el que no parecían proyectarse no sólo las exigencias jurídicas, sino que en ocasiones ha generado nuevos patrones de comportamiento ético entre sus usuarios. Precisamente los mecanismos de autorregulación cuya exigencia y cumplimiento se basan en la responsabilidad misma de los usuarios, resultan un mecanismo por el que desde el inicio se apuesta en el sector. Favorecer e impulsar códigos deontológicos, códigos tipo y otras fórmulas, son medios del todo acertados. (...)” DE MIGUEL MOLINA, M., GUTIÉRREZ, Y OTROS, “Códigos de conducta y TIC: principios básicos mediante el estudio y comparación de diversas asociaciones y empresas” *Revista de la contratación electrónica*, 71, 2006, pp. 3-42.

³⁷⁰ TERUEL LOZANO, G. M., “Libertad de expresión en Internet, control de contenidos de las páginas web y sus garantías constitucionales”, op. cit., p. 6.

supeditado a lo que los Estados permitan, ya que son quienes deben reconducir su potencial, para salvaguardar derechos y valores cuya protección tienen encomendada³⁷¹.

En el debate entre la regulación o la autorregulación, se pone de manifiesto la crisis de los modelos tradicionales de regulación normativa que resultan inadecuados para un entorno digital. La función de los poderes públicos ya no sería la de regular de forma directa las condiciones en que se produce la transmisión de la información digital, sino la de establecer unas reglas que hagan posible que sean los propios agentes implicados los que determinen y fijen estos flujos de información; la autorregulación no sería tanto una alternativa a la regulación estatal, que se ve transformada por el nuevo fenómeno objeto de regulación, sino que es un complemento necesario a la misma³⁷².

Este espíritu del *do it by yourself* también se puede apreciar en el «fomento del uso responsable de Internet», a partir del cual se pretende que sean los propios usuarios los que decidan los contenidos a los que desean acceder y cuáles no. Por supuesto que es el estado ideal de las cosas, pero para ello, igual que para la solución de las dificultades que genera Internet, también es fundamental la adecuada regulación por parte de las autoridades competentes. Esto a efectos de viabilizar políticas estatales estables en las que se evalúen además las garantías legales y constitucionales.

Para COTINO³⁷³, la autorregulación³⁷⁴ puede limar algunos de los problemas casi infranqueables de las imposibilidades fácticas y jurídicas de controlar contenidos, tanto en el mismo país como en especial cuando trascienden las fronteras. No obstante, no hay que olvidar los riesgos que supone dejar en manos de los usuarios y el mercado la limitación de contenidos. Así, los riesgos de ilicitud y la mera molestia para la mayoría o

³⁷¹ DARNACULLETA I GARDELLA, M.M., *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 250 y 251.

³⁷² APARICIO BARANIGA, I., “Responsabilidad por los contenidos ilícitos y nocivos en Internet”, *XVII Encuentro sobre Informática y derecho 2002-2003*, Universidad Pontificia Comillas, 2003, p. 402.

³⁷³ COTINO HUESO, L., “Nuevas tecnologías, desafíos y posibilidades para la libertad de expresión”, op. cit.

³⁷⁴ “(...) la autorregulación engloba una gama amplia y variada de actuaciones. (...) fundamentalmente se agrupan en tres categorías: la primera, integrada por actuaciones de contenido normativo con un cierto grado de abstracción (normas técnicas, protocolos, códigos de conducta); la segunda, integrada por acuerdos y decisiones singulares; y la tercera comprendería soluciones de conflictos, fundamentalmente por vías arbitrales o de mediación.” ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación. Génesis y efectos*, Editorial Aranzadi, España, 2002, p. 15.

normalidad de usuarios, fácilmente conduce a que los alojadores de contenidos opten por restringir estos contenidos molestos, contenidos para evitarse problemas.

La DSA da continuidad a la senda marcada por la Directiva de Comercio Electrónico en este tema. Como señala COTINO, la DSA no solo fomenta la autorregulación, sino que deja importantes espacios a la autorregulación, poder de control, moderación y políticas de uso de las plataformas, a colmar también a través del Código de autorregulación reforzado³⁷⁵.

En el marco de la autorregulación se abre paso la corregulación, en la que se presenta la intervención de instancias públicas, en ocasiones supranacionales, para fijar pautas de regulación en consenso con los actores privados implicados. A través de la corregulación se regulan los principios básicos, que han de concretar y hacer efectivos las propias plataformas, que además son las que han de articular los medios. Se mantiene el liderazgo de la industria en el establecimiento de las normas, pero va un paso más allá que el actual modelo de regulación al introducir mecanismos de incumplimiento ya que respalda las normas de la industria con una capa legal y con una supervisión independiente³⁷⁶. En este sistema se estimula la adopción de códigos de conducta y se regulan los instrumentos, herramientas y órganos de garantía.

Como señalan FAESEN Y OTROS, la corregulación tiene una serie de características únicas que la hacen especialmente atractiva para fomentar la colaboración con un alto nivel de protección para los derechos humanos y del consumidor. Otorga un papel más destacado a las plataformas y sociedad civil, pero añade un apuntalamiento legal (marco

³⁷⁵ COTINO HUESO, L., “Quién, como y qué regular (o no regular) frente a la desinformación”, op. cit., p. 9.

³⁷⁶ Respecto del modelo de corregulación cabe destacar “(...) *It retains industry leadership in setting the standards but goes one step further than the current self-regulation model in introducing enforcement and non-compliance mechanisms, as it backs up the industry standards with a statutory layer and with independent oversight. The regulator would establish the high-level principles, while a multistakeholder body consisting of representatives from government, industry and civil society translates these high-level principles into standards codified in an industry charter. (...)*” FAESEN, L. Y OTROS, *Red Lines & Baselines. Toward a European Multistakeholder Approach to Counter Disinformation*, The Hague Centre for Strategic Studies, octubre 2021, disponible en <https://hcss.nl/report/red-lines-baselines/>, consultado el día 13 de enero de 2022.

legal que obligue a su cumplimiento) y la legitimidad y la aprobación parlamentaria de los sistemas de regulación³⁷⁷.

Precisamente la DSA da un importante protagonismo a la redacción de códigos de conducta que contribuyan a su futura aplicación. Los códigos de conducta no son una novedad de la DSA. En el marco de la Directiva de Comercio Electrónico fueron varios los códigos de conducta que se impulsaron y consolidaron en el sector para combatir diversas situaciones como los contenidos ilícitos o el terrorismo, entre otros³⁷⁸. En la DSA se indica que la suscripción y el cumplimiento de un determinado código de conducta por una plataforma en línea de muy gran tamaño, puede considerarse una medida apropiada de reducción de riesgos³⁷⁹.

Según recoge la DSA en sus Considerandos, aunque la aplicación de los códigos de conducta debe ser medible y estar sujeta a supervisión pública, ello no debe afectar al carácter voluntario de dichos códigos y a la libertad de las partes interesadas para decidir si desean participar. En determinadas circunstancias, es importante que las plataformas en línea de muy gran tamaño cooperen en la elaboración de códigos de conducta específicos y los suscriban³⁸⁰.

Otro mecanismo de corregulación contemplado en la DSA son los Alertadores fiables. El artículo 19 de la Ley de Servicios Digitales introduce la figura del alertador fiable como gran usuario de los mecanismos de notificación y acción. Según se explica en el Considerando 46 de la Propuesta, se puede actuar de manera más rápida y fiable

³⁷⁷ FAESEN, L. Y OTROS, *Red Lines & Baselines. Toward a European Multistakeholder Approach to Counter Disinformation*, op. cit., p. 61.

³⁷⁸ Así, a manera de ejemplo, en el año 2021 se aprobó el Código de Conducta sobre la Desinformación, ratificado por las grandes compañías tecnológicas (disponible en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation> consultado el día 13 de enero 2022). En mayo de 2016, la Comisión Europea 4 acordó con Facebook, Microsoft, Twitter y YouTube un “Código de conducta sobre la lucha contra la incitación ilegal al odio en línea” (disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_20_1134 consultado el día 13 de enero de 2022).

³⁷⁹ Considerando 68 Propuesta de REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

³⁸⁰ Considerando 67 Propuesta de REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

contra los contenidos ilícitos, cuando las plataformas en línea adoptan las medidas necesarias para asegurarse de que los avisos enviados por los alertadores fiables a través de los mecanismos de notificación y acción exigidos por la DSA se traten de forma prioritaria.

La condición de alertador fiable solo debe otorgarse a entidades, y no personas físicas, que hayan demostrado, entre otras cosas, que poseen conocimientos y competencias específicos para luchar contra los contenidos ilícitos, que representan intereses colectivos y que trabajan de manera diligente y objetiva. Estas entidades pueden ser de carácter público o pueden ser organizaciones no gubernamentales y organismos semipúblicos.

En lo que respecta a la protección de los derechos sobre la propiedad intelectual, según se indica en el citado Considerando 46, se podría otorgar la condición de alertadores fiables a organizaciones del sector y a titulares de derechos que hayan demostrado cumplir las condiciones aplicables. Se aclara, igualmente, que la preponderancia que se da al papel del alertador fiable, no puede impedir a las plataformas en línea dar un tratamiento análogo a los avisos enviados por entidades o personas físicas a las que no se haya otorgado la condición de alertadores fiables, o colaborar de otra manera con otras entidades³⁸¹.

Si bien es cierto que este tipo de medidas para una gestión más adecuada de Internet puede generar beneficios interesantes, en lo que respecta a la protección de las libertades fundamentales puede quedarse corto. Entre los aspectos en contra de la coregulación encontramos que permitiría a las plataformas seguir actuando guiadas por sus intereses comerciales. Podría darse un aprovechamiento de las grandes plataformas en relación con la redacción de las normas establecidas en su beneficio, pero en detrimento de las plataformas más pequeñas³⁸². Además, es importante tener claro que lo que no pueden

³⁸¹ Considerando 46 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

³⁸² “(...) Finally, it also valuable to consider the arguments against coregulation. Platforms may still act in ways that are dominated by their business concerns. For instance, industry can decide to not reveal insider knowledge to regulators and instead use its informational edge to push for weaker or imperfect

generar las medidas de autorregulación y corregulación son más y nuevos límites para la libertad de expresión, directa o indirectamente. Por ello, el legislador debe establecer mecanismos más eficaces para la protección y de defensa de la libertad de expresión a partir de los cuales se puedan generar este tipo de iniciativas.

standards that they can then exploit. The model could also contribute to an agency capture, whereby governments pursue the platforms' agenda rather than that of the public interest. Like self-regulation, business representatives could also free ride on the efforts of others, or the bigger companies could have a larger say in setting the standards than their smaller counterparts. (...)" FAESEN, L. Y OTROS, *Red Lines & Baselines. Toward a European Multistakeholder Approach to Counter Disinformation*, op. cit., p. 61.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE RESPONSABILIDAD DE LOS SERVICIOS INTERMEDIARIOS A LA LUZ DE LAS LIBERTADES INFORMATIVAS

La UE en el año 2000 fijó su posición sobre la regulación de la sociedad de la información e Internet a través de la Directiva de Comercio Electrónico³⁸³. El espíritu de dicha Directiva se traspuso en España a través de la LSSICE.

Veinte años después de la adopción de la Directiva de Comercio Electrónico, la Comisión Europea presentó el 15 de diciembre de 2020 la Ley de Servicios Digitales³⁸⁴. Plantear esta Propuesta de Reglamento se hacía necesario dado que han aparecido nuevos e innovadores modelos de negocio y servicios. Además, el modelo de responsabilidad de los PSI debía ser actualizado teniendo en cuenta los diversos problemas que se plantearon desde su trasposición en muchos países de la UE, que lo llevaban abocado al fracaso desde hacía más de 10 años³⁸⁵. Esto dio lugar a que muchos países aprobaran iniciativas

³⁸³ En contraposición a la postura fijada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en la sentencia *ACLU v. Reno* ya citada, además del sistema de puertos seguros recogido en la *Digital Millennium Copyright Act* para la protección de la propiedad intelectual. A propósito de la diferencia entre los sistemas de regulación de servicios de Internet europeo o de Estados Unidos, SÍTHIGH apunta “*The liability of internet intermediaries has been a key question in information technology law for nearly two decades. There is a well-understood difference in how this issue is treated in the USA and European Union law. Federal law in the USA distinguishes between liability for intellectual property infringements on the one hand and a range of other civil actions on the other. This is because § 230 of the Communications Decency Act 1996 provides a general exclusion from liability, i.e., that intermediaries are not to be treated as a “publisher or speaker” in respect of information provided by others. In contrast, § 512 of the Digital Millennium Copyright Act 1998 establishes, in respect of some intermediaries, a conditional scheme (including what is often termed “notice and takedown” or NTD) in the field of copyright. This scheme increases the legal risk to intermediary, requiring as it does specific procedures to be put in place and actions taken. The result is that, in practice, US intermediaries must pay more attention to allegations of copyright infringement than to allegations of defamation.*” SÍTHIGH, D.M., “The fragmentation of intermediary liability in the UK”, *Journal of Intellectual Property Law Practice*, vol. 8, número 7, 2013, p. 521.

³⁸⁴ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=ES> consultado el día 9 de enero de 2022.

³⁸⁵ “(...) 24. Considera indispensable que se lleve a cabo una plena armonización y aclaración de las normas sobre responsabilidad a escala de la Unión para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y las libertades de los usuarios en el conjunto de la Unión; opina que esas normas deben mantener las exenciones de responsabilidad para los intermediarios que no tengan un conocimiento real de la actividad o la información ilícita en sus plataformas; expresa su preocupación por el hecho de que las recientes leyes nacionales destinadas a combatir la incitación al odio y la desinformación conduzcan a una creciente fragmentación normativa y a un menor nivel de protección de los derechos fundamentales en la Unión (...)” Resolución al Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, sobre la Ley de servicios digitales y las cuestiones relacionadas con los

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

legales que fragmentaban la concepción de mercado único.

Las redes sociales y los mercados en línea han evolucionado en los últimos 20 años³⁸⁶, y han permitido a los usuarios profesionales y a los consumidores, comunicar información y acceder a ella, y efectuar transacciones de formas novedosas³⁸⁷. Además, para el legislador europeo era prioritario y necesario limitar iniciativas aisladas adoptadas por los Estados miembros que generarían respuestas dispares a los mismos fenómenos.

Tanto la Directiva de Comercio Electrónico como la LSSICE buscaban incorporar un sistema de exclusión de responsabilidad de los PSI para garantizar así una neutralidad en la prestación de servicios como alojamiento o motores de búsqueda. Sin embargo, este sistema hizo aguas³⁸⁸ e impulsó a los Estados miembros a iniciar su propio recorrido en algunos aspectos claves para el mercado interior como exclusiones de responsabilidad para motores de búsqueda, proceso de aviso y retirada, entre otros³⁸⁹. Sin perjuicio de

derechos fundamentales, disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0274_ES.html, consultado el día 9 de enero de 2022.

³⁸⁶ “(...) *La Directiva de Comercio Electrónico de 2000 se ha quedado claramente obsoleta y no sirve para generar un marco homogéneo y previsible en Europa, ni facilita que los Estados miembros cumplan los estándares de legalidad exigibles. La UE y los Estados miembros lo saben y se conocen diversas soluciones. Pero los pasos para adoptarlas se eternizan. Mientras las decisiones normativas no llegan, la realidad de internet sigue cambiando, los grandes prestadores van anclando sus posiciones de poder, al tiempo que cristalizan la demanda de sus servicios por cientos de millones de usuarios europeos. Ello condiciona, sin duda, la toma de decisiones y las posibilidades de elevar el nivel de exigencias a estos prestadores. (...)*” COTINO HUESO, L., “Responsabilidad de intermediarios y prestadores de servicios de Internet en Europa y Estados y su importancia para la Libertad de expresión”, op. cit., pp. 22 y 23.

³⁸⁷ Considerando 1 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE. Igualmente, en el Considerando 2 de la Propuesta de Reglamento de servicios digitales se indica que “(...) *Los Estados miembros están adoptando, o considerando adoptar, cada vez más leyes nacionales sobre las materias que regulan el presente Reglamento, imponiendo en particular requisitos de diligencia a los prestadores de servicios intermediarios. Las divergencias entre esas leyes nacionales afectan negativamente el mercado interior (...)*”.

³⁸⁸ COTINO ya en el año 2018, en relación con la restricción de las libertades informativas al atribuir la responsabilidad a los intermediarios, señaló “(...) *La cuestión general en general está regulada por la Directiva 2000/31/CE (transpuesta con la Ley 32/2002), excluyendo la responsabilidad por contenidos respecto de los que no hay un conocimiento efectivo del intermediario. Sin embargo, este régimen general ha sido quebrado y superado y no hay acuerdo alguno para reformar la Directiva para dar mayor seguridad jurídica. (...)*” COTINO HUESO, L. “La necesaria actualización de los derechos fundamentales como derechos digitales ante el desarrollo de Internet y las nuevas tecnologías”, op. cit., p. 2351.

³⁸⁹ Desde la perspectiva de la propiedad intelectual, XALABARDER apunta el siguiente análisis: “(...) *El primer informe sobre la aplicación de la DCE (vid. 2000/31/CE, COM (2003)702 final) niega que exista la necesidad de realizar acción alguna en ninguno de los dos temas, e incluso llega a afirmar que las acciones tomadas hasta el momento por los Estados miembros pongan en peligro el pacífico*

esto, la DSA busca mantener lo positivo del régimen de responsabilidad de la Directiva 2000/31/CE, extendiéndolo a los nuevos e innovadores servicios (digitales) de la sociedad de la información que han aparecido desde que se adoptó la Directiva de Comercio Electrónico³⁹⁰.

En este contexto, el segundo objetivo de esta tesis doctoral consiste en establecer el alcance del régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios que alojan contenidos de los usuarios en las plataformas (redes sociales, blogs, *YouTube*, foros, entre otros) y su impacto en la gestión de las plataformas a la luz de la libertad de expresión. Para ello se procederá a estudiar el régimen de responsabilidad y obligaciones de los prestadores de los servicios intermediarios en la sociedad de la información, con especial atención al efecto que generan en la libertad de expresión.

En este sentido, se procede a analizar la normativa vigente, Directiva de Comercio Electrónico, la LSSICE y la DSA. También se analizarán disposiciones normativas en el ámbito español y de la Unión Europea que buscan proteger derechos de terceros (derecho de propiedad intelectual y privacidad). Para, a partir de dicho análisis, estudiar las obligaciones derivadas para los PSI y su impacto en los contenidos alojados en las

funcionamiento del mercado interior (...) I. Un somero repaso a la diversidad de acciones y soluciones adoptadas en algunos países miembros no ofrece un panorama tranquilizador. A. En primer lugar, porque el silencio de la DCE sobre una exención específica para los motores de búsqueda e hiperlinks, no significa que los legisladores nacionales no puedan introducirla a nivel nacional (y establecer las condiciones concretas para beneficiarse de la misma), con lo cual poca armonización se puede esperar en esta materia. En segundo lugar, porque si bien la mayoría de las leyes nacionales de transposición de la DCE han preferido ser prudentes y no incluyen referencia alguna al tema, algunas sí lo hacen, y lo hacen de manera poco uniforme. (...) En otros países, la jurisprudencia se ha adelantado al legislador, con soluciones también dispares. En materia de enlaces, las soluciones jurisprudenciales toman prestados algunos de los criterios recogidos en la exención por hosting. (...)” XALABARDER PLANTADA, R., “La responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios”, op. cit., pp. 7 y 8.

³⁹⁰ Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE, p. 1. En la Exposición de Motivos se pone de manifiesto lo que pretende dicha Propuesta de Reglamento, esto es “(...) Sobre la base de los principios esenciales establecidos en la Directiva sobre el comercio electrónico, que mantienen su validez hasta hoy, esta propuesta pretende garantizar las mejores condiciones para la prestación de los servicios digitales innovadores en el mercado interior, contribuir a la seguridad en línea y la protección de los derechos fundamentales, y establecer una estructura de gobernanza robusta y duradera para la supervisión efectiva de los prestadores de servicios intermediarios. (...)” p. 2.

plataformas digitales.

1. LOS REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD EXIGIBLES A LOS PSI. OTRAS EXPERIENCIAS: ESTADOS UNIDOS, FRANCIA Y ALEMANIA

Sin lugar a duda el planteamiento que en los Estados Unidos se ha realizado sobre el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios, constituyó un hito en su momento. En este sentido, a manera de antecedente se procederá a su análisis y estudio.

Por otra parte, teniendo en cuenta el impacto que generaron las leyes N.º 2020-766 de Francia y NetzDG de Alemania³⁹¹, por la manera como se aborda el tratamiento de contenidos de odio en Internet y la asignación de obligación a los PSI en Alemania, se procede a realizar un análisis general. Esto con el propósito de conocer las principales implicaciones de estas legislaciones para la libertad de expresión.

1.1. *Estados Unidos*

La inconstitucionalidad de la CDA no alcanzó todas las previsiones codificadas bajo la actual Sección 230 *Protection for private blocking and screening of offensive material*. Esta Sección constituyó la primera normativa de limitación de responsabilidad de los intermediarios en Estados Unidos. Si bien no preveía el desarrollo de Internet, sí la existencia de “servicios interactivos”, se ha optado por una interpretación extensiva de los prestadores de servicios que permiten alcanzar fácilmente la exclusión de responsabilidad a los usos de la web 2.0, en garantía de la libertad de expresión³⁹². En concreto nos referimos a la Sección 230 (c) “*Protection for “Good Samaritan” blocking and screening of offensive material*” de la CDA. La Sección 230(c) se crea como

391 Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz) de 1 de septiembre de 2017.

392 COTINO HUESO, L. “Libertades informativas y responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet”, *La protección jurisdiccional de los derechos. Actas del XI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 180 ss.

respuesta a las primeras decisiones judiciales que en los años 90 se pronunciaron sobre la responsabilidad de las compañías tecnológicas³⁹³.

En su primer párrafo (230. (c) (1.)) se establece que las compañías que operan foros en línea no pueden considerarse editor de todas esas publicaciones alojadas por terceros en los sitios web que gestionan y administran³⁹⁴. De este modo, se evita la aplicación del principio de *common law*, según el cual, la persona que repite o vuelve a publicar una difamación tiene la misma responsabilidad que el autor original de la misma (*original speaker*)³⁹⁵. Con la norma introducida por la Sección 230. (c). (1) de la CDA, se impide atribuir al intermediario el carácter de *Publisher* o editor. Con esto se permite que dicho operador pueda decidir el bloqueo o retirada de contenidos ofensivos sin temer que esta actuación le acarree el riesgo de ser declarado responsable de haber permitido la publicación de contenidos ofensivos³⁹⁶.

En relación con la responsabilidad civil 230. (c) (2.), el apartado (A) recoge que, ningún proveedor o usuario de un servicio informático interactivo podrá ser considerado responsable por cualquier acción que tome voluntariamente y de buena fe para restringir material que se considere obsceno, violento, independientemente de que esté constitucionalmente protegido³⁹⁷. De conformidad con el apartado (B), tampoco serán responsables de acciones realizadas para permitir o poner a disposición de los

³⁹³ Ver al respecto Sentencia del U.S. District Court for the Southern District of New York, asunto *Cubby Inc. v. Compuserve Inc.*, octubre 9 de 1991, Sentencia del U.S. New York Supreme Court, asunto *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.*, 1995, entre otros.

³⁹⁴ "No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider" disponible en [https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=\(title:47%20section:230%20edition:prelim\)](https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=(title:47%20section:230%20edition:prelim)) consultado el día 5 de mayo de 2020.

³⁹⁵ PEGUERA POCH, M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Editorial Comares, Granada, 2007, p. 17.

³⁹⁶ PEGUERA POCH, M., "La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet", op. cit., p. 17.

³⁹⁷ "(2) Civil liability No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of— (A) any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected;" disponible en [https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=\(title:47%20section:230%20edition:prelim\)](https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=(title:47%20section:230%20edition:prelim)) consultado el día 5 de mayo de 2020.

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

proveedores de contenidos de información u otros medios técnicos para restringir el acceso al material indicado previamente³⁹⁸.

Tal y como señala PEGUERA, ambas normas, subsección 230. (c) (1.) y 230. (c) (2.), responden a la evidente preocupación de la CDA por los materiales ilícitos y nocivos presentes en la red³⁹⁹. Los PSI actúan entonces como “*buenos samaritanos*” que merecen protección y que no pueden ser considerados responsables de lo que otros eligen compartir en sus sitios, incluso si esas publicaciones pueden infringir la legislación vigente.

La Sección 230 (c) constituye una pieza indispensable para el mantenimiento y desarrollo de Internet. El legislador, con estas medidas facilita que el PSI tome decisiones sobre la retirada o bloqueo de contenidos ilícitos o nocivos sin que corra riesgo de incurrir en responsabilidad por ello. Las plataformas se benefician de este escudo legal respecto de los daños que esos contenidos pueden llegar a ocasionar. La doctrina crítica señala que se trata de una regulación desfasada, responsable de proporcionar a las plataformas un enorme poder de censura y una oposición que, lejos de incentivar a la lucha contra el contenido ilegal, invita a la inacción⁴⁰⁰.

El régimen de la Sección 230 de la CDA busca que los PSI no tenga la obligación, implícita o explícita, de examinar millones de publicaciones para asegurarse de que no están violando ninguna ley antes de permitirles aparecer en línea. Ahora bien, esto no implica que los PSI no deban atender otras obligaciones de control y moderación que les imponen otras normativas aplicables en Estados Unidos. De ahí que gran parte de las plataformas en línea a gran escala, ya tengan implementados sistemas de filtrado y moderación, como se analizará en detalle en el Capítulo III de esta tesis, así como sistemas

³⁹⁸ “(B)any action taken to enable or make available to information content providers or others the technical means to restrict access to material described in paragraph” disponible en [https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=\(title:47%20section:230%20edition:prelim\)](https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=(title:47%20section:230%20edition:prelim)) consultado el día 5 de mayo de 2020.

³⁹⁹ PEGUERA POCH, M., “La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet”, op. cit., p. 17.

⁴⁰⁰ PUERTO MENDOZA, A., “Libertad de expresión, moderación de contenidos y neutralidad política de las plataformas en EE. UU. La orden ejecutiva para la prevención de la censura en Internet”, *Revista de privacidad y derecho digital*, Año VI, número 21, Enero-Marzo, 2021, p. 43.

de notificación y retirada. Esta regulación ha permitido la consolidación de este sector empresarial y que se haya incentivado su crecimiento y expansión.

Es importante señalar que, en el ámbito material de aplicación de la Sección 230 CDA, se delimita negativamente señalando que nada de lo establecido impedirá la aplicación de normas penales federales, normas sobre propiedad intelectual ni normas estatales que sean consistentes con dicha sección y de las normas sobre privacidad de las comunicaciones electrónicas⁴⁰¹.

Para ilustrar la importancia que tiene esta disposición en Estados Unidos, recientemente son muchos los ataques que ha recibido la Sección 230 (c) de la CDA. Así, se puede reseñar la actuación del Presidente de Estados Unidos en aquellos momentos, Donald Trump, quien es además destinatario y usuario de los servicios de redes sociales. El 28 de mayo de 2020 Trump firmó la Orden ejecutiva 13925 para “*prevenir la censura digital*”⁴⁰², posteriormente revocada por la “*Orden ejecutiva sobre la revocación de determinadas acciones presidenciales*” de fecha 14 de mayo de 2021⁴⁰³. La Orden ejecutiva 13925 buscaba, entre otros aspectos, evitar la “censura” de ciertos sectores de la sociedad, canalizando así denuncias y quejas sobre sesgo político en las políticas de moderación de contenido de las plataformas digitales. Sin embargo, lo que quedó en evidencia para gran parte del sector doctrinal que analizó este documento, es que se traducía en una clara interferencia del poder político del Estado en los foros online y que, contrario a la finalidad anunciada, podía fomentar el control y restricción en la dinámica de las plataformas en línea, para así hacer frente a la ausencia de protección ofrecida por la Sección 230(c) de la CDA. En últimas, esta situación pone de manifiesto la importancia que las grandes plataformas tienen en la política actual⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ PEGUERA POCH, M., “La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet”, op. cit., p. 19.

⁴⁰² <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-preventing-online-censorship/> consultado el día 15 de agosto de 2021.

⁴⁰³ <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/05/14/executive-order-on-the-revocation-of-certain-presidential-actions-and-technical-amendment/> consultado el día 15 de agosto de 2021.

⁴⁰⁴ “(...) Uno de los hechos detonantes que hizo que este debate saltara a la primera línea del debate político y social fue la decisión adoptada el 26 de mayo de 2020 por Twitter, cuando “etiquetó” un mensaje del, en ese momento, Presidente Trump, relativo al fraude electoral en el voto por correo,

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

1.2. Ley francesa para combatir el contenido de odio en Internet: especial atención a la protección del derecho a la libertad de expresión en Internet

El 24 de junio de 2020 entró en vigor la Ley No 2020-766⁴⁰⁵, para combatir los contenidos de odio en Internet, aprobada y adoptada por la Asamblea Nacional Francesa el 13 de mayo de 2020. Esta Ley ha sido analizada por el Consejo Constitucional francés mediante la Decisión N° 2020-801 de 18 de junio 2020⁴⁰⁶, en la cual se declara la inconstitucionalidad de gran parte de su articulado.

Las nuevas disposiciones de esta Ley francesa, en el marco de la creación de nuevas obligaciones para los responsables de plataformas, se pueden clasificar en cuatro grandes lineamientos: a) simplificación de los mecanismos de notificación del contenido de odio en línea; b) deber de los operadores de plataformas de cooperar en la lucha contra contenidos de odio en línea; c) mejoras en la lucha contra la difusión de contenidos de odio en línea; y, finalmente, d) creación de mecanismos de prevención de la difusión de contenidos de odio en línea.

A efectos de tener en cuenta la experiencia de otros países de Europa, en este caso Francia, en el control de la difusión de contenidos de odio en Internet y el respeto a derechos fundamentales como la libertad de expresión, a continuación, se analizarán brevemente las obligaciones de los prestadores tal y como literalmente lo expresa la Ley N° 2020-766. Para realizar este estudio se seguirá el citado pronunciamiento del Consejo

con una señal de advertencia, indicando que se trataba de una información de necesaria comprobación (...) Además de ese etiquetado, posteriormente Twitter no cesó de moderar mensajes de Trump al considerarlos contrarios a sus condiciones de uso. Entre los muchos realizados durante 2020 se encuentran los siguientes: el 28 de mayo (sobre los disturbios provocados a raíz del asesinato de George Floyd), el 23 de junio (por entender que promovía el uso de la violencia) o el 6 de octubre (comparando el coronavirus con la gripe). (...)" PUERTO MENDOZA, A., "Libertad de expresión, moderación de contenidos y neutralidad política de las plataformas en EE. UU. La orden ejecutiva para la prevención de la censura en Internet", op. cit., p. 13.

⁴⁰⁵ Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet. Texte adopté N° 419 Assemblée Nationale. Session Ordinaire de 2019-2020. 13 mai 2020, disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042031970>, consultado el día 7 de agosto de 2021.

⁴⁰⁶ Conseil constitutionnel français Décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020. Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet. Se cuestionan ciertas disposiciones de sus artículos 1 y 7 y de los artículos 4, 5 y 8, disponible en https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2020801dc/2020801dc.pdf, consultado el día 7 de agosto de 2021.

Constitucional francés, con el propósito de comprender el alcance inicial que el legislador francés tenía con la promulgación de la Ley N° 2020-766 y los motivos que fundamentaron la declaración de la inconstitucionalidad de gran parte de sus artículos.

Respecto de la simplificación de los mecanismos de notificación de contenidos de odio en línea, el artículo 1, apartado I de la Ley N° 2020-766⁴⁰⁷ reducía a una hora el plazo en el que los editores y anfitriones de un servicio de comunicación en línea, por orden de una autoridad administrativa, deben retirar determinados contenidos terroristas o de pornografía infantil. Se preveía la aplicación de una pena de un año de prisión y una multa de 250.000 euros en caso de incumplimiento de esta obligación⁴⁰⁸.

El Consejo Constitucional francés señala, en su Decisión N° 2020-801, que, en el estado actual de los medios de comunicación y en vista del desarrollo generalizado de los servicios públicos de comunicación en línea, y de la importancia de dichos servicios para la participación en la vida democrática y la expresión de ideas y opiniones, este derecho implica la libertad de acceder a dichos servicios y expresarse en ellos. El artículo 34 de la Constitución francesa indica que la ley establecerá las normas relativas a los derechos cívicos y a las garantías fundamentales concedidas a los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas⁴⁰⁹. La libertad de expresión y comunicación es además de valiosa,

⁴⁰⁷ El Artículo 1 de la Ley 2020-766 modifica el artículo 6 de la Ley 2004-575 de 21 junio de 2004, por la que se traspone en Francia la Directiva 2000/31/CE.

⁴⁰⁸ Los senadores franceses demandantes de la Ley alegan que estas disposiciones, infringen el artículo 45 de la Constitución francesa, además de ser manifiestamente incompatible con la Directiva de Comercio Electrónico, de ser manifiestamente incompatible con ella. También argumentaron que la violación de la libertad de expresión y comunicación era desproporcionada debido a la ausencia de garantías suficientes. Además, sostienen que estas disposiciones imponen a todos los editores y anfitriones unos requisitos imposibles de cumplir y, por tanto, vulneran el principio de igualdad ante los poderes públicos. En la misma línea así lo sostienen los senadores que solicitan la declaración de inconstitucional por parte del Consejo Constitucional: También sostienen que la violación de la libertad de expresión y comunicación es desproporcionada debido a la falta de garantías suficientes. Además, sostienen que esas disposiciones imponen limitaciones imposibles a todos los editores y anfitriones y, al hacerlo, infringen el principio de igualdad ante los poderes públicos.

⁴⁰⁹ El Consejo Constitucional señaló que: la difusión de imágenes pornográficas que representan a menores, por una parte, y la provocación de actos terroristas o la glorificación de tales actos, por otra, constituyen abusos de la libertad de expresión y de comunicación que atentan gravemente contra el orden público y los derechos de terceros. Al exigir a los editores y a los anfitriones que retiren, a petición de la administración, los contenidos que ésta considere contrarios a los artículos 227-23 y 421-2-5 del Código Penal, el legislador pretendía poner fin a esos abusos. Sin embargo, en líneas posteriores se observará como este fin en principio loable es puesto en duda por el Consejo Constitucional a la luz de la protección del derecho a la libertad de expresión. Décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020. Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet.

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

una condición de la democracia y una de las garantías del respeto de los demás derechos y libertades. De ello se desprende que la injerencia en el ejercicio de esta libertad debe ser necesaria, adecuada y proporcionada al objetivo perseguido.

En su análisis de constitucionalidad, el Consejo Constitucional francés indica que la difusión de imágenes pornográficas de menores y la provocación a actos de terrorismo o el enaltecimiento de estos, constituyen abusos de la libertad de expresión y comunicación, que atentan gravemente contra el orden público y los derechos de terceros. Sin embargo, en el artículo 1 de la Ley N° 2020-766 objeto de análisis, la determinación del carácter ilícito del contenido en cuestión no se basa en su naturaleza manifiesta, sino que se sujeta a la única evaluación de la autoridad administrativa. Además, la interposición de un recurso contra la solicitud de retirada no tiene efectos suspensivos y el plazo de una hora concedido al editor o al anfitrión para retirar o hacer inaccesibles los contenidos en cuestión no le permite obtener una decisión del juez antes de verse obligado a retirarlos.

En vista de lo anterior, el Consejo Constitucional francés determina que el legislador ha vulnerado la libertad de expresión y comunicación de una forma que no es adecuada, necesaria y proporcionada al objetivo perseguido. En consecuencia, se declara que el apartado I del artículo 1 de la Ley es contrario a la Constitución.

En lo que respecta al apartado II del Artículo 1 de la Ley 2020-766⁴¹⁰, determinados operadores de plataformas en línea, cuya actividad supere los umbrales definidos por decreto, deberán, bajo pena de sanción penal, retirar o hacer inaccesibles los contenidos

⁴¹⁰ Tal y como se observa se hace referencia a empresas que operan en territorio francés. Esta disposición también fue discutida en el marco de la elaboración de la sentencia cuando el Consejo Constitucional hace partícipe a miembros de la sociedad civil para que expresen sus dictámenes respecto a la constitucionalidad de las normas en cuestión. A manera de observación general, uno de los intervinientes (Wikimedia France) respecto a la expresión cuya actividad en el territorio francés..., sostuvo lo siguiente: “*Por un lado, el criterio de "actividad en territorio francés" es impreciso. ¿Es el número de usuarios (registrados)? ¿Visitas (ocasionales)? Por otra parte, si la medida elegida se interpretara como el número de conexiones desde el territorio francés, habría que tener en cuenta que esos datos no son ni fiables ni fáciles de medir. Se trata, como mínimo, de una fórmula equívoca que no tiene en cuenta el principio de claridad de la ley y el objetivo del valor constitucional de inteligibilidad y accesibilidad de la ley*”.

que les sean denunciados cuando éstos puedan entrar claramente en determinadas calificaciones penales⁴¹¹ enumeradas por dichas disposiciones⁴¹².

Según precisa el Consejo Constitucional francés, la obligación de retirar que se impone al operador una vez que cualquier persona ha notificado un contenido ilícito, no estaría sujeto a la intervención previa de un juez, por lo tanto, correspondería al operador examinar todos los contenidos que se le comunican, por numerosos que sean, para evitar el riesgo de ser sancionado. Además, su examen no debe limitarse al motivo indicado en la alerta, ya que corresponde igualmente al operador examinar el contenido denunciado a la luz de los delitos señalados en el artículo impugnado. Este examen, que puede llegar a

⁴¹¹ Tal y como se precisa en el parágrafo 12 de la Decisión N° 2020-801, de 18 de junio 2020, “(...) *Se trata de los delitos de apología de la comisión de determinados delitos; de incitación a la discriminación, al odio o a la violencia contra una persona o grupo de personas por razón de su origen o de su pertenencia o no pertenencia a una determinada etnia, nación, raza o religión, o por razón de su sexo, orientación sexual o identidad de género o de su discapacidad, o de incitación a la discriminación contra estas últimas personas; la negación de un crimen contra la humanidad, tal y como se define en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional anexo al Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, y que haya sido cometido por miembros de una organización declarada criminal en virtud del artículo 9 de dicho Estatuto, o por una persona declarada culpable de tales crímenes por un tribunal francés o internacional; negación, minimización o banalización de la existencia de un crimen de genocidio, de un crimen contra la humanidad distinto de los mencionados anteriormente, de un crimen de esclavitud o de explotación de una persona reducida a la esclavitud, o de un crimen de guerra, cuando dicho crimen haya sido condenado por un tribunal francés o internacional; insultar a una persona o a un grupo de personas por su origen o por su pertenencia o no pertenencia a una determinada etnia, nación, raza o religión, o a una persona o a un grupo de personas por su sexo, orientación sexual o identidad de género o por su discapacidad; acoso sexual; transmisión de una imagen o representación de un menor cuando esta imagen o representación sea pornográfica; provocación directa actos de terrorismo o la glorificación de tales actos; difusión de un mensaje pornográfico que pueda ser visto o percibido por un menor (...)*”.

⁴¹² En su escrito, los senadores demandantes señalan que esta modificación de la Ley que traspone la Directiva 2000/31/CE, es manifiestamente incompatible con ella. Para los demandantes el delito de no retirar este tipo de contenidos es además contrario a la libertad de expresión y comunicación. Señalan que la infracción también es desproporcionada, ya que el período de tiempo concedido a los operadores es bastante corto. Por lo antes señalado, los senadores peticionarios consideran que estas disposiciones desconocen el principio de legalidad de los delitos, además, la infracción creada no estaría definida en términos suficientemente claros y precisos, ya que podría derivarse de una simple negligencia por parte del operador y éste tendría que realizar una compleja calificación jurídica para identificar el contenido ilícito. Por último, dado que el hecho de no retirar una declaración de odio o de carácter sexual podría ser perseguido por varios delitos penales, esto violaría los principios de necesidad de las penas y de igualdad ante la ley penal. Los senadores solicitantes también consideran que esas disposiciones infringirían el principio de legalidad de los delitos. A su juicio, el delito creado no se definiría en términos suficientemente claros y precisos, ya que podría ser resultado de una simple negligencia por parte del operador y éste tendría que llevar a cabo una compleja labor de calificación jurídica para identificar los comentarios ilícitos. Por último, dado que el hecho de no retirar una declaración de odio o de carácter sexual podría ser perseguido bajo varios epígrafes del derecho penal, esto violaría los principios de la necesidad de las penas y de la igualdad ante el derecho penal.

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

ser jurídicamente complejo, debe realizarse en el plazo de veinticuatro horas⁴¹³. Plazo que, en criterio del Consejo Constitucional francés, es un plazo especialmente corto⁴¹⁴.

El Consejo Constitucional francés determina que, dadas las dificultades para apreciar el carácter manifiestamente ilícito de los contenidos denunciados en el plazo previsto, la sanción que se deriva del primer incumplimiento y la ausencia de causas específicas de exclusión de responsabilidad, las disposiciones impugnadas no pueden sino incitar a los operadores de plataformas en línea a retirar los contenidos que les sean denunciados, sean o no manifiestamente ilícitos. Por lo tanto, infringen el ejercicio de la libertad de expresión y comunicación.

⁴¹³ Respecto a la limitación del tiempo (1 hora o 24 horas), en el cual estos plazos son tan cortos que aumentan manifiestamente de manera desproporcionada el riesgo de abuso, errores y "sobre censura". Tales abusos y errores, lejos de ser meramente teóricos o aislados, son de hecho comunes y comprobados. En esta misma línea se expresó L'association «Wikimédia France en su escrito sobre intervención en la solicitud de declaración de inconstitucionalidad: más allá de su excesivo alcance material y personal, la obligación de retirarse dentro de un plazo firme -de una hora o 24 horas, según el caso-, mientras que la calificación jurídica de dicho contenido es un ejercicio complejo y delicado, constituye por lo tanto una violación de la libertad de expresión fuera de la de cualquier proporción. Disponible en https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2020801dc/2020801dc_contribution_s.pdf consultado el 7 de agosto de 2021.

⁴¹⁴ La crítica desde la doctrina francesa sobre la *forma* en la que la nueva ley francesa pretendía obligar a los operadores frente al contenido manifiestamente ilegal vertidos en sus plataformas asume tres grandes componentes. Todas ellas tienen en común que estos nuevos regímenes infringen de manera manifiestamente desproporcionada la libertad de expresión. El primero, la complejidad de la calificación jurídica de los contenidos, en la obligación de retirarse dentro de un plazo firme -una hora o 24 horas, según el caso-, si bien la clasificación jurídica de dicho contenido es un ejercicio complejo y delicado, constituye, por tanto, una infracción desproporcionada de la libertad de expresión. Además, la obligación de retirar el contenido significa que los proveedores y plataformas de hospedaje son responsables de calificar legalmente el contenido y de juzgar el fondo de las solicitudes de retirada. Para la Asociación Wikimédia France: *Esta forma de privatización de la justicia es tanto más grave cuanto que pone en tela de juicio la libertad de expresión, cuyo ejercicio es una condición de la democracia y una de las garantías del respeto de los demás derechos y libertades.*

Los artículos 4, 5, 7⁴¹⁵, 8, 9 y 18 de la Ley N° 2020-766 definen determinadas obligaciones de control de contenidos ilícitos a las que pueden estar sujetos determinados operadores, así como las modalidades de su entrada en vigor⁴¹⁶.

En lo que respecta al artículo 8, que autoriza a la administración pública a pedir a determinados operadores que impidan el acceso a sitios con contenidos ya considerados ilícitos, según señala la Corte Constitucional francesa, estaría viciado de incompetencia negativa o carecería de alcance normativo. Además, atentaría contra la libertad de expresión y comunicación al no ofrecer suficientes garantías.

Como los párrafos I y II del artículo 1 y los artículos 4 y 5 fueron declarados contrarios a la Constitución, la Corte Constitucional francesa aplica los mismos criterios, por vía de consecuencia, a los dos primeros párrafos del artículo 7 de la Ley N° 2020-766, así como al resto de las disposiciones del artículo 7 y demás artículos concordantes.

Finalmente, el artículo 16, el único que no fue declarado inconstitucional, respecto a la creación de un ente independiente encargado de monitorizar la forma en la que el discurso de odio se construye y materializa en internet. Así lo establece el artículo 16⁴¹⁷

⁴¹⁵ A su vez, la obligación de retirada solo depende de los umbrales que las empresas alcanzan a la luz de un decreto que regula su actividad. Este hecho de establecer un umbral a partir del cual se aplicaría la mencionada obligación de retirada en 24 horas, el legislador trata de manera diferente a las plataformas, aunque se encuentren en situaciones idénticas en cuanto al objetivo perseguido, a saber, la lucha contra la difusión de las expresiones de odio y el acoso. Al hacerlo, rompe injustificadamente la igualdad. Este análisis no lo llevó a cabo el Consejo Constitucional sino Wikimedia France actuando en calidad de interviniente. El Consejo Constitucional, como se vio previamente, dirigió su análisis hacia otros argumentos jurídicos más centrados en la protección del derecho a la libertad de expresión.

⁴¹⁶ Los senadores demandantes critican los artículos 4, 5 y 7, por ser manifiestamente incompatibles con la Directiva de 2000/31/CE. Además, en su opinión, la sanción prevista en el artículo 7, que podía ser impuesta por el Conseil supérieur de l'audiovisuel a los operadores que incumplieran sus obligaciones, infringe el artículo 16 de la Declaración de 1789, ya que no prevé garantías suficientes en cuanto a la cuantía de la sanción y por el riesgo de acumulación de sanciones administrativas impuestas por los mismos hechos en varios Estados miembros de la Unión Europea

⁴¹⁷ El Observatorio del Odio en Línea, cuya misión es analizar y cuantificar el fenómeno del odio en línea, mejorar la comprensión de sus impulsores y su dinámica, y promover el intercambio de información y la retroalimentación entre las partes interesadas, fue creado por el CFS el 8 de julio de 2020 y se reunió por primera vez en el mes de julio de 2020: asamblea plenaria del miércoles 8 de julio de 2020. El Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) definió la composición y las misiones del observatorio del odio en línea, que consiste en:

- Analizar y cuantificar el contenido relacionado con el odio en línea;
- Trabajar para mejorar la comprensión del fenómeno mediante la vigilancia de su evolución;

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

de la Ley N° 2020-766 (Disposiciones finales): “(...) *Un observatorio del odio en línea vigilará y analizará la evolución de los contenidos mencionados en el artículo 1 de la presente ley. Asocia a los operadores, las asociaciones, las administraciones y los investigadores interesados en la lucha y la prevención de estos delitos y tiene en cuenta la diversidad de los públicos, en particular de los menores. Estará bajo la autoridad del Consejo Superior Audiovisual, que actuará como su secretaría. Sus tareas y composición serán determinadas por el Consejo Superior del Audiovisual (...)*⁴¹⁸”

Según se indica en la parte final de la Decisión N° 2020-801 de 18 de junio 2020, el Consejo Constitucional francés no ha planteado de oficio ninguna otra cuestión de conformidad con la Constitución y, por tanto, no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de otras disposiciones distintas de las examinadas previamente.

En relación con lo anterior, podemos ver que el tratamiento de los contenidos de odio se aborda sin la mínima observancia de las garantías constitucionales y procesales. La declaración de inconstitucionalidad de la casi totalidad de esta Ley por parte del Consejo Constitucional francés da muestra de la falta de perspectiva del legislador al momento de regular aspectos relativos a Internet en clave constitucional y garantista. Además, entendemos que también se percibe un desconocimiento real del estado actual de la tecnología al imponer a los PSI operativas que pueden no resultar adecuadas para todos los tiempos de plataformas y redes sociales existentes. Es posible también constatar lo difícil que puede ser abordar con éxito los conflictos propios de Internet simplemente desde la regulación clásica. De nuevo insistimos en los beneficios que aporta la corregulación, por la implicación que tienen los PSI en la puesta en marcha de medidas

- Compartir información de los diversos actores públicos y privados interesados. afectan en términos concretos al derecho a la libertad de expresión.

Disponible en <https://www.csa.fr/Informer/Toutes-les-actualites/Actualites/Observatoire-de-la-haine-en-ligne-analyser-pour-mieux-lutter> consultado el día 7 de agosto de 2021.

⁴¹⁸ En francés la versión original del artículo 16 de la Ley N° 2020-766 reza “*Un observatoire de la haine en ligne assure le suivi et l'analyse de l'évolution des contenus mentionnés à l'article 1er de la présente loi. Il associe les opérateurs, associations, administrations et chercheurs concernés par la lutte et la prévention contre ces infractions et prend en compte la diversité des publics, notamment les mineurs. Il est placé auprès du Conseil supérieur de l'audiovisuel, qui en assure le secrétariat. Ses missions et sa composition sont fixées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel.*”

reales y efectivas, siempre bajo los criterios previamente fijados por las entidades públicas.

1.3. *Ley alemana para mejorar la aplicación de la legislación en redes sociales y su incidencia en la libertad de expresión*

En el contexto jurídico alemán, a efectos de hacer frente a la propagación de los delitos y discursos de odio, tanto dentro, como fuera de Internet⁴¹⁹, se aprobó el 1 de septiembre de 2017 la *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz)*, (“NetzDG”)⁴²⁰ denominada en inglés “*Network Enforcement Act*”. Esta Ley no establece especiales deberes sobre los contenidos, pero sí incorpora una serie de garantías para los usuarios traducidas en obligaciones de información y de gestión de quejas. De igual manera, asigna a una autoridad administrativa la supervisión del cumplimiento de lo dispuesto en la NetzDG, así como un reglamento de multas por infracción administrativa.

La NetzDG⁴²¹, en su § Sección 1, señala que la ley se aplicará a los proveedores de servicios de telecomunicaciones que exploten, con fines lucrativos, plataformas en Internet destinadas a que los usuarios compartan cualquier contenido con otros usuarios o lo hagan accesible al público (redes sociales). Lo mismo se aplicará a las plataformas destinadas a la comunicación individual o a la difusión de contenidos específicos. En el

⁴¹⁹ Para HELDT, A.P., además de un aumento del racismo y la xenofobia en línea hay otros factores que también podrían interpretarse como catalizadores que hicieron que el gobierno actuara: una mayor conciencia del problema de la comunicación agresiva y potencialmente dañina en línea y un aire de desconfianza hacia las compañías tecnológicas que manejan las mayores plataformas de medios sociales. HELDT, A.P. “Reading between the lines and the numbers: an analysis of the first NetzDG reports”, *Internet Policy Review*, vol. 8, número 2, 2019, disponible en <https://policyreview.info/articles/analysis/reading-between-lines-and-numbers-analysis-first-netzdg-reports> consultado el día 7 de agosto de 2021.

⁴²⁰ *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG)*, (BGBl. I S. 3352) (disponible en <https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/BJNR335210017.html> consultado el día 7 de agosto de 2021), de 1 de septiembre de 2017. La Ley entró en vigor el pasado 1 de octubre de 2017, pero se aplicó un periodo de transición hasta el 1 de enero de 2018.

⁴²¹ Además, la Ley establece que el proveedor de una red social estará exento de las obligaciones estipuladas en los artículos 2 y 3 si la red social tiene menos de dos millones de usuarios registrados en la República Federal de Alemania. Es decir, a plataformas como *Facebook, Twitter, YouTube, Google, o Instagram*, pudiendo ser también aplicable a *Reddit, VK, Tumblr* e incluso servicios de mensajería como *WhatsApp*.

ámbito de aplicación se indica que hay una serie de obligaciones de las que se excluyen a aquellas redes sociales que tengan menos de dos millones de usuarios registrados en Alemania. También se prevé una definición de contenidos ilícitos incluyendo remisión a la normativa interna alemana, en especial al Código Penal alemán⁴²². Son, precisamente, los “contenidos manifiestamente ilícitos”⁴²³ los que, a la luz de la Ley NetzDG, deben ser retirados o desactivado su acceso en los plazos señalados por parte de los prestadores de servicios, en el marco de los procedimientos de la Ley NetzDG.

La Ley NetzDG se ocupa exclusivamente de la regulación de los contenidos en las redes sociales y, puede ser importante para encontrar una solución en Alemania al problema de las noticias falsas⁴²⁴. La Ley NetzDG ha recibido múltiples críticas en el marco de la efectiva protección del derecho a la libertad de expresión. Además, son diversos los derechos fundamentales involucrados: los de la "víctima" ofendida por el discurso en la plataforma; los del proveedor de la plataforma de medios sociales; los del autor de los contenidos ilegales que son retirados; el autor de un contenido legal que es (erróneamente) retirado; y, los derechos de los destinatarios del contenido⁴²⁵.

⁴²² En el párrafo 3 de la Sección 1 “*Ámbito de aplicación*” se enumeran varios delitos según el Código Penal alemán (Strafgesetzbuch o StGB) que equivalen a la definición de contenido ilícito en el sentido de esta legislación. Entre los delitos señalados se incluyen, por ejemplo, la incitación pública a cometer delitos (§ 111 StGB), las amenazas de cometer delitos (§ 126 StGB), la incitación al odio (§ 130 StGB) y la difamación de religiones (§ 166 StGB) o de personas (§ 186 StGB) como ejemplos de expresiones ilegales de odio. Los delitos que se asemejan a la difusión de noticias falsas son la difamación intencional (§ 187 StGB), la falsificación a traición (§ 100a StGB) y la falsificación de datos (§ 269 StGB). HELDT señala que la expresión de odio como tal no está definida ni por la Ley NetzDG ni por el Código Penal. En el StGB estos delitos no se enumeran bajo un título específico sino en diferentes categorías. Para la autora, de este modo se crea una cadena de disposiciones que se remiten unas a otras. Los delitos a los que se refiere el NetzDG puede ser mezclado como un discurso de odio cuando se discute el tipo de delitos, pero no es en realidad un término técnico en la legislación alemana. A su vez, forma en la que se presenta el alcance de la Ley ofrece un margen de interpretación excesivo, que daría lugar a una definición excesivamente amplia de los términos jurídicos. HELDT, A. P. “Reading between the lines and the numbers: an analysis of the first NetzDG reports”, op. cit., p. 5.

⁴²³ Tal y como señala HELDT, esta frase no explica a partir de qué punto de partida se considera un examen "a fondo", deja sin respuesta la pregunta original de cómo definir "manifiestamente". De hecho, señala la autora, el uso de un término jurídico no especificado como "manifiestamente", aunque la ley sea aplicada por un particular y no por un juez, pone en peligro el poder del poder judicial en su interpretación y la aplicación de la ley. HELDT, A. P. “Reading between the lines and the numbers: an analysis of the first NetzDG reports”, op. cit., p. 5.

⁴²⁴ BEBIC, D. y VALAREVIC, M. “New problems, old solutions? A critical look on the report of the high-level expert group on fake news and on-line disinformation”, *Media Studies*, 9 (17), 2018, p. 113.

⁴²⁵ SCHULZ, W., “Regulating intermediaries to protect privacy online – the case of the German NetzDG”, *Personality and Data Protection Rights on the Internet*, ALBERS, M. Y SARLET, I. (editors), Springer,

La Ley NetzDG contempla la obligación de informar a aquellos proveedores de redes sociales que reciban más de 100 reclamaciones por contenidos ilícitos al año. Éstos deberán elaborar con carácter semestral un informe en alemán sobre la gestión de dichas reclamaciones, a efectos de darle publicidad en la Gaceta Federal y en el propio sitio web, haciéndolo fácilmente accesible⁴²⁶.

Además, el proveedor deberá tratar las quejas sobre contenidos ilegales de manera eficaz y transparente⁴²⁷, para lo cual deberá disponer de un procedimiento para presentar denuncias que sea fácilmente reconocible, directamente accesible y fácil de usar. Este procedimiento estará permanente visible, de manera que facilite la oportuna atención de las solicitudes remitidas por los usuarios. Además, deberá contar con un procedimiento, de eficaz y transparente, mediante el cual, tanto el denunciante, como el usuario, autor del contenido denunciado, puedan solicitar la revisión de una decisión de retirada o el bloqueo del acceso a un contenido (procedimiento de contra notificación)⁴²⁸. También se habilita el uso del arbitraje para la resolución extrajudicial de litigios entre reclamantes o usuarios⁴²⁹.

Por otra parte, la Ley NetzDG crea multas que buscan sancionar infracciones administrativas por conductas intencionadas o por negligencia⁴³⁰, de manera que se

Suiza, 2022, p. 7. (disponible en <https://papers.ssrn.com/abstract=3216572> consultado el día 7 de agosto de 2021).

⁴²⁶ § 2 *Berichtspflicht* (Sección 2 Obligación de Informar), En esta Sección se incluye en detalle la descripción del contenido mínimo que deberá tener el informe. Entre los aspectos que el informe debe contemplar se incluyen, por ejemplo, organización, dotación de personal, competencia técnica y lingüística de las unidades de trabajo encargadas de tramitar las reclamaciones y formación y supervisión de las personas encargadas de tramitarlas.

⁴²⁷ § 3 *Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte* (Sección 3 Tratamiento de las quejas sobre contenidos ilícitos". Esta sección señala que como parte del cumplimiento de esta obligación el prestador debe poner a disposición de los usuarios un procedimiento para presentar reclamaciones sobre contenidos ilícitos que sea fácilmente reconocible, directamente accesible, fácil de usar y permanentemente disponible cuando se perciba el contenido. En este sentido, en la Sección 3 se indica aquellos aspectos que deberá garantizar el procedimiento implementado por el proveedor de la red social. Además, los procedimientos deberán ser documentados según se indica en el ámbito de las Directivas 2000/31/CE y 2010/13/UE. Estos procedimientos podrán ser supervisados por un organismo designado por la autoridad administrativa competente.

⁴²⁸ § 3b *Gegenvorstellungsverfahren* (§ 3b Procedimiento de contra notificación). Al igual que sucede en la Sección 3, en esta oportunidad se regulan los aspectos que el procedimiento de contra notificación debe garantizar. En cualquier caso, este procedimiento no afecta el recurso lugar que corresponda.

⁴²⁹ § 3c *Schlichtung* (§ 3c Arbitraje)

⁴³⁰ Al respecto, es importante señalar que en el marco de la Ley NetzDG, Alemania multó a Facebook por no informar sobre las quejas por expresiones de odio. Facebook ha sido declarado culpable de no

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

regulan los supuestos que darían lugar a la imposición de dichas multas⁴³¹, así como los montos por los que se puede sancionar al prestador de servicios⁴³². La infracción administrativa se podrá configurar, aunque no se haya cometido en Alemania, introduciendo un elemento de extraterritorialidad. Es importante tener en cuenta que, entre las conductas que se sancionan, no se contemplan multas por la eliminación ilegal de contenido legítimo, por tanto, es de esperar que la mayoría de las veces el temor a las multas pese más que la imparcialidad.

De la revisión de la Ley NetzDG se puede percibir que se identifica a las plataformas en línea como el principal problema en la proliferación de contenidos de odio en línea, dejando en un segundo plano a las personas que publican contenidos de odio⁴³³. El legislador alemán mediante la Ley NetzDG apuesta por dotar de garantías a la gestión de las denuncias de contenidos ilegales en Internet, lo cual se entiende positivo. Estas garantías pasan por obligar a que los PSI cuenten con procedimientos claros, atiendan con

informar plenamente del número de quejas que recibió, en clara violación de las leyes de transparencia alemanas. Facebook puede apelar el fallo, diciendo que la ley no es clara. La Oficina Federal de Justicia de Alemania (BfJ) impuso en junio de 2019 una multa de 2 millones de euros (2,3 millones de dólares) por no haber informado sobre el número de denuncias que había recibido sobre contenidos ilegales en su plataforma. De acuerdo con la información de la oficina de prensa de la Oficina Federal de Justicia, Facebook tiene derecho a presentar una objeción contra la multa emitida por la Oficina Federal de Justicia. Si, en respuesta a dicha objeción, la Oficina Federal de Justicia se niega a anular su orden, enviará los archivos a la oficina del fiscal para su presentación en el Tribunal Local de Bonn. Disponible en <https://www.dw.com/en/germany-fines-facebook-for-underreporting-hate-speech-complaints/a-49447820> consultado el día 7 de agosto de 2021. Disponible en https://www.bundesjustizamt.de/DE/Presse/Archiv/2019/20190702_EN.html consultado el día 7 de agosto de 2021.

⁴³¹ Tal y como señala CLAUSSEN, El riesgo de una multa reglamentaria para la red social se convierte en una amenaza omnipresente de eliminación. Esto podría suponer un "*chilling effect*" que llevaría a los usuarios a no ejercer su derecho fundamental a la libertad de expresión ante una restricción inminente. Si bien la Ley tiene por objeto cumplir una "obligación legislativa de eliminar el contenido ilegal", promueve un sistema de facto de "eliminación en caso de duda", en el que el contenido se eliminará sin escrutinio. CLAUSSEN, V., "Fighting hate speech and fake news. The Network Enforcement Act (NetzDG) in Germany in the context of European legislation", *Rivista Di Diritto Dei Media*, vol. 3, 2018, p. 121.

⁴³² § 4 Bußgeldvorschriften (§ 4 Normas sobre multas). Entre los supuestos sancionables se encuentra, no elaborar un informe o no elaborarlo correctamente en su totalidad o a tiempo, o no publicarlo correctamente, en su totalidad, en la forma prescrita o a tiempo. También se puede imponer multas por no mantener de forma correcta o completa, un procedimiento de notificación o contra notificación, no subsanar a tiempo, no designar a un destinatario nacional autorizado o a una persona nacional con derecho a recibir las notificaciones, entre otros.

⁴³³ HE, D. "Governing Hate Content Online: How the Rechtsstaat Shaped the Policy Discourse on the NetzDG in Germany", *International Journal of Communication*, vol. 14, 2020, p. 3756.

diligencia las quejas recibidas y den la oportunidad a los implicados de requerir revisiones de las decisiones adoptadas⁴³⁴.

Parte de la doctrina critica el tratamiento que se hace de la noción “contenido manifiestamente ilícito”. Según señala SCHULZ⁴³⁵, la protección de la libertad de expresión requiere una determinación sensible al contexto del significado del acto de habla. Sin embargo, como se ha expuesto previamente, se entiende que la Ley NetzDG no aborda directamente esta problemática, sino que busca principalmente dotar de garantías procesales el funcionamiento de las redes sociales, la incorporación de mecanismos de atención al usuario, dar publicidad a las quejas recibidas y su tipología.

Pasa desapercibido, tanto en el texto legal francés previamente analizado, como en la ley alemana, el interés por aumentar el conocimiento de la forma en que el discurso de odio es construido y reconstruido en la red y en especial en las redes sociales⁴³⁶. Esta claro que el interés del legislador se centra en garantizar, en todo caso, que se retiren o bloqueen contenidos con gran celeridad, pero nada se debate respecto de qué hace que este tipo de contenidos proliferen en las redes sociales.

En lo que respecta a los plazos de retirada de los contenidos ilícitos, la Ley NetzDG no profundiza respecto de la forma en que las redes sociales deben diseñar el

⁴³⁴ Al respecto ver MOURON, P., “Le renforcement des moyens de lutte contre les discours de haine diffusés en ligne”, *Revue européenne des médias et du numérique*, número 44, 2017, p.12.

⁴³⁵ SCHULZ, W., “Regulating intermediaries to protect privacy online – the case of the German NetzDG”, *op. cit.*

⁴³⁶ Declaration on Freedom of Expression (2017). Declaration on Freedom of Expression in response to the adoption of the Network Enforcement Law (“Netzwerkdurchsetzungsgesetz”) by the Federal Cabinet on April 5, 2017. (disponible en <http://deklaration-fuer-meinungsfreiheit.de/> consultado el día 7 de agosto de 2021). En esta Declaración, señalan primer lugar, que es responsabilidad del poder judicial decidir qué es ilegal o punible y qué no, por ello, a pesar de que los proveedores de servicios de Internet desempeñan un papel importante en la lucha contra los contenidos ilegales, suprimiéndolos o bloqueándolos, no se les debe confiar la tarea gubernamental de adoptar decisiones sobre la legalidad del contenido. En segundo lugar, La libertad de expresión y la libertad de información no deben verse afectadas por la existencia de contenidos ilícitos, a los cuáles se intenta dar una respuesta en el ámbito de la política criminal. Esto es particularmente cierto en el caso de los contenidos, en los que la ilegalidad no puede determinarse con suficiente rapidez, certeza o en absoluto para empezar. “En caso de duda, suprimir / bloquear” no debería ser una opción de emergencia, ya que tal enfoque tendría consecuencias catastróficas para la libertad de expresión. De hecho, para los firmantes, transferir las tareas de aplicación de la ley del Estado a empresas privadas (so pena de las multas y en poco tiempo) aumenta el riesgo de que los operadores de las plataformas eliminen o bloqueen esos contenidos, que caen en una zona gris, en detrimento de la libertad de expresión.

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

procedimiento de denuncia como tal, dejando la aplicación concreta de los procedimientos de denuncia, en su mayor parte, a discreción de la plataforma⁴³⁷.

En relación con la obligación de generar informes semestrales sobre la tramitación de las denuncias sobre contenidos ilícitos en sus plataformas, la doctrina alemana resalta que no basta con exigir a las empresas que publiquen informes de transparencia si la información que contienen no tiene un valor informativo real. Es decir, no hay certeza sobre su efecto, debido a la falta de información sustancial en los informes. Si bien es cierto que la Ley NetzDG se planteó como un primer paso hacia un contacto más cercano de colaboración entre las empresas tecnológicas y el Estado, es necesario plantear que las normas de transparencia sean más claras, para que los datos recogidos (en el ámbito de la obligación de presentar informes) puedan servir al propósito de esa interacción⁴³⁸.

Entendemos que esta iniciativa legislativa alemana da muestra de un importante paso para dotar de una media transparencia procedimientos llevados a cabo por el PSI en relación con la moderación de contenidos. Evitar decisiones unilaterales por parte de PSI, llevarlos a hacer un ejercicio de transparencias en cuanto a las cifras de tramitación de denuncias puede ser un primer paso. Sin lugar a duda, parte de la solución a los mayores conflictos que tiene Internet en cuanto a la gestión de contenidos ilícitos está en hacer partícipes a los usuarios, mediante datos e información, de los procesos que tienen lugar en la red de la que hacen parte activa.

⁴³⁷ HELDT, A. P. “Reading between the lines and the numbers: an analysis of the first NetzDG reports”, op. cit., p. 6.

⁴³⁸ HELDT, A. P. Reading between the lines and the numbers: an analysis of the first NetzDG reports, op. cit., p. 6.. De acuerdo con el análisis sobre los primeros informes reportados por *YouTube*, *Twitter* y *Facebook* en Alemania (a lo cual están obligados por la nueva Ley), los informes muestran que las plataformas de los medios de comunicación social tienden a moderar el contenido sobre la base de sus propias directrices comunitarias más que sobre la base del derecho penal nacional. Para la autora, las plataformas actúan de esta forma porque de esta manera les permite reaccionar a escala mundial en lugar de a escala nacional.

2. NOCIONES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y SU APLICACIÓN A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS INTERMEDIARIOS

2.1. *Doctrina Constitucional y su aplicación en los servicios intermediarios. Doctrina del Reportaje Neutral y Cartas al Director*

Teniendo en cuenta las implicaciones que para Internet tiene la protección y tutela de la libertad de expresión e información, es importante analizar la repercusión que tendría la posible aplicación de la doctrina jurisprudencial del reportaje neutral y de las cartas al director a la conducta de los PSI.

Una de las principales razones que ha dado origen a estas doctrinas es, precisamente, la necesidad de tutelar y amparar el derecho a la libertad de información de los medios de comunicación tradicionales, con el propósito de tutelar a su vez el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de usuarios o lectores que no cuentan con los medios necesarios para comunicar circunstancias que puedan ser de interés público.

De igual manera, resulta necesario analizar, por una parte, la viabilidad o inviabilidad de su aplicación, una vez se ha confirmado que el PSI tenía conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido. Y, por otra parte, si con ello se puede alejar el riesgo de un *chilling effect* promovido por la asignación de una carga de responsabilidad excesiva para quien no es autor directo de las declaraciones o comunicaciones.

2.1.1. *Doctrina del reportaje neutral*

La doctrina del “reportaje neutral” tiene sus orígenes en la Sentencia *New York Times vs Sullivan* en 1964⁴³⁹. Esta es una de las decisiones más influyentes de la Suprema Corte a partir de la cual se determina que el derecho que tienen los medios de comunicación a publicar declaraciones de terceros está protegido por la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

La Suprema Corte dejó de manifiesto en esta sentencia que, llegar a cualquier otra conclusión podría desalentar a los medios de comunicación (en este caso los periódicos),

⁴³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo *New York Times Co v Sullivan*, 9 de marzo de 1964.

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

a la publicación de este tipo de comunicaciones o declaraciones. En su criterio, esto habría dado lugar al cierre de espacios importantes para la difusión de información e ideas por personas que desean ejercer su derecho a la libertad de expresión, pero que no tienen acceso a los medios necesarios para su publicación al no ser miembros de la prensa⁴⁴⁰. Situación que podría ser trasladable a la actual realidad de las plataformas digitales de nuestros tiempos.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha incorporado en el ordenamiento español la doctrina del reportaje neutral, la cual ha sido hasta ahora aplicada principalmente en el ámbito periodístico. Tal y como planteara la Suprema Corte, en España, la doctrina del reportaje neutral del Tribunal Constitucional ampara el derecho de informar de los medios de comunicación a través de la publicación de declaraciones de terceros. En defensa del derecho de informar, precisamente, esta doctrina no permite trasladar al medio de comunicación tradicional ningún tipo de responsabilidad por la lesión de derechos de carácter personal que pudiera generar la publicación de referencias y afirmaciones realizadas por un tercero⁴⁴¹.

Para el Tribunal Constitucional, el reportaje neutral es aquel en el que el medio de comunicación se limita a reproducir lo que un tercero ha dicho o escrito; en otros términos, cuando se limita a la función de mero transmisor del mensaje⁴⁴². En síntesis, la aplicación de la doctrina del reportaje neutral se condiciona a que el medio de comunicación constatare los siguientes aspectos:

⁴⁴⁰ “(...) *The publication here was not a "commercial" advertisement in the sense in which the word was used in Chrestensen. It communicated information, expressed opinion, recited grievances, protested claimed abuses, and sought financial support on behalf of a movement whose existence and objectives are matters of the highest public interest and concern. See NAACP v. Button, 371 U.S. 415, 435. That the Times was paid for publishing the advertisement is as immaterial in this connection as is the fact that newspapers and books are sold. Smith v. California, 361 U.S. 147, 150; cf. Bantam Books, Inc., v. Sullivan, 372 U.S. 58, 64, n. 6. Any other conclusion would discourage newspapers from carrying "editorial advertisements" of this type, and so might shut off an important outlet for the promulgation of information and ideas by persons who do not themselves have access to publishing facilities -- who wish to exercise their freedom of speech even though they are not members of the press.*” Sentencia del Tribunal Supremo *New York Times Co v Sullivan*, 9 de marzo de 1964.

⁴⁴¹ COTINO HUESO, L., “Nuestros jueces y tribunales ante internet y la libertad de expresión: el estado de la cuestión”, *Libertad en internet: la red y las libertades de expresión e información*, COTINO HUESO, L. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 225.

⁴⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional, número 134/1999, de 15 de julio.

- i. la veracidad, entendida como verdad objetiva, del hecho de las declaraciones del tercero⁴⁴³. Esto no se extiende, en principio, a la necesidad de constatar la verdad de lo declarado, pues tal responsabilidad solo sería exigible por lo general al autor de la declaración⁴⁴⁴;
- ii. que las declaraciones hagan referencia a hechos o circunstancias de relevancia pública⁴⁴⁵;
- iii. ausencia de indicios racionales de falsedad evidente de los datos transcritos, para evitar que el reportaje neutral sirva indebidamente a la cobertura de meras suposiciones o rumores absolutamente injustificados para cualquier sujeto mínimamente atento⁴⁴⁶;
- iv. las declaraciones han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas. Se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones⁴⁴⁷; y,
- v. se limite a transcribir con fidelidad unas declaraciones externas a él⁴⁴⁸, es decir, en aquellos casos en los que no sea posible calificar al medio de comunicación como autor de la noticia⁴⁴⁹.

Este último aspecto se concreta en el cumplimiento por parte del medio de comunicación de una función de mero transmisor, aun cuando él haya provocado esa información. Es decir, siempre que no la manipule con manifestaciones propias que quiebren la neutralidad del medio de comunicación respecto de lo transcrito, de manera que la haga suya el medio de comunicación que la reproduce y difunde⁴⁵⁰.

En otras palabras, lo relevante para que sea de aplicación la doctrina del reportaje neutral no es lo transcrito como tal, sino la neutralidad observada en el acto de transcripción en sí mismo⁴⁵¹. Por el contrario, no se podrá aplicar la doctrina del reportaje

⁴⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional, número 232/1993, de 12 de julio, FJ 3.

⁴⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, número 134/1999, de 15 de julio, FJ 4.

⁴⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, número 232/1993, de 12 de julio, FJ 3.

⁴⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, número 41/1994, de 15 de febrero, FJ 5.

⁴⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, número 76/2002, de 8 de abril, FJ 4.

⁴⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, número 41/1994, de 15 de febrero, FJ 6.

⁴⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, número 52/1996, de 26 de marzo, FJ 3.

⁴⁵⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de España, número 134/1999, de 15 de julio, FJ 4.

⁴⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de España, número 134/1999, de 15 de julio, FJ 4.

neutral a aquellos reportajes en los que el medio de comunicación haya hecho suyo el mensaje y las declaraciones por el desmesurado tratamiento de las referidas declaraciones o por otorgarle unas dimensiones informativas que superen su función de mero transmisor del mensaje⁴⁵². Para comprobar esto, se analiza caso a caso la actuación del medio de comunicación, comprobando, entre otros aspectos, la forma de narrar y enfocar una información⁴⁵³.

En la doctrina del reportaje neutral, esta función de mero transcriptor se tiene en consideración a pesar de que, desde siempre, el medio de comunicación tradicional ha tenido conocimiento del contenido y alcance de la declaración. Teniendo en cuenta además que la publicación de las declaraciones es potestativa del medio de comunicación.

Entendemos que esta doctrina constitucional podría trasladarse a la realidad de los prestadores de los servicios intermediarios como un factor para tener en cuenta dentro del régimen de exclusión de responsabilidad. En relación con la neutralidad en la red, cabe señalar que la Corte Constitucional de Colombia ha manifestado en sus fallos que Google no es responsable de desindexar la información, sino que la web de origen es la que ha de impedir la indexación por Google⁴⁵⁴. De igual manera, para la Corte, la imposición de una medida tendiente a obligar a YouTube a impedir la divulgación de contenidos que, según sus políticas, atentan contra el buen nombre o la honra, también restringe el derecho que tienen los “otros usuarios” de la plataforma a recibir información y a buscar información relevante para su vida en sociedad, cuando quiera que la misma sea veraz e imparcial, y sin consideración a que pueda conducir a una apreciación negativa respecto de alguien⁴⁵⁵.

Las plataformas digitales conceden a los usuarios el espacio adecuado para verter sus manifestaciones. Por tanto, sería completamente trasladable la doctrina del reportaje neutral. Con ello se podría evitar que se desaliente a los prestadores de servicios

⁴⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional, número 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4 y 5.

⁴⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional, número 54/2004, de 15 de abril.

⁴⁵⁴ Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia T040/13, de 28 de enero de 2013, T277/15, de 5 de diciembre de 2015, entre otras.

⁴⁵⁵ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-229/20, de 7 de julio de 2020.

intermediarios no solo en el ofrecimiento de espacios para la publicación de este tipo de comunicaciones o declaraciones sino en el mantenimiento de determinados contenidos amparados por la libertad de expresión.

Ahora bien, sería necesario realizar algunas matizaciones al respecto que, en nuestro criterio, no modificarían la esencia de esta doctrina constitucional. Por el contrario, se reforzaría como herramienta al servicio de la libertad de expresión en Internet ampliando el alcance de su uso y aplicación. A continuación, se procede a plantear aspectos a considerar en la aplicación de esta doctrina en los servicios intermediarios.

En lo que respecta a la función técnica de mero transcriptor que debe cumplir el medio de comunicación en la doctrina del reportaje neutral, es un aspecto común a la obligación de mero ejecutor técnico que debe observar el PSI. A la luz del régimen de la LSSICE, por la que se traspone al ordenamiento español la Directiva 2000/31/CE y que se mantiene en la Ley de servicios digitales, los PSI ya deben observar esta obligación para beneficiarse de los actuales criterios de exclusión de responsabilidad. De manera que, este trascendental requisito de la doctrina del reportaje neutral se cumpliría.

En lo relativo a la obligación de revisar la verdad objetiva del hecho de las declaraciones del tercero, sería necesario adaptar esta doctrina a las características particulares de la operativa de las plataformas digitales. Contrario a lo que sucede en la configuración original de la doctrina del reportaje neutral, en las plataformas digitales la publicación de contenidos no es un acto voluntario del PSI. El medio de comunicación tradicional tiene en últimas la potestad de decidir si se publica o no la declaración del tercero. En las plataformas digitales es el usuario el que decide de manera unilateral subir el contenido sin que sea objeto de previa revisión concienzuda por parte del PSI. Además, ante la inexistencia de la obligación general de los prestadores de servicios intermediarios de supervisar los datos que transmitan o almacenen⁴⁵⁶, los PSI no deben realizar controles ni labores de supervisión sobre los contenidos que se alojan en sus plataformas.

⁴⁵⁶ Artículo 15 de la 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. Artículo 7 Propuesta de Reglamento del

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

A efectos de continuar con el ejercicio de adecuación de la doctrina a las circunstancias actuales de las plataformas digitales, se podría plantear que el PSI tuviese la opción de acogerse a este beneficio en un plazo determinado contado a partir de que tenga conocimiento, por cualquiera de las vías establecidas en la normativa aplicable, de la existencia del contenido señalado y su alcance. En dicho plazo, el PSI deberá constatar que las declaraciones hagan referencia a hechos o circunstancias de relevancia pública o de relevancia para la libertad de expresión. En este ejercicio de constatación, el PSI deberá tener en cuenta que los contenidos hagan referencia a hechos o circunstancias de relevancia pública. Además, deberá constatar que hay ausencia de indicios racionales de falsedad evidente de los datos transcritos, para así evitar que el contenido sirva indebidamente a la cobertura de meras suposiciones o rumores absolutamente injustificados para cualquier sujeto mínimamente atento. Ahora bien, esto no debería traducirse en un ejercicio de ponderación de derechos fundamentales, porque no es, ni debe ser, labor de los PSI llevar a cabo este tipo de test reservados a la labor de los jueces competentes.

En lo que respecta al autor de las declaraciones, como quedó recogido previamente, el PSI deberá constatar que las declaraciones las ha realizado una persona en concreto. Este ejercicio no implica que deba revelarse la identidad del autor, si esta no es su voluntad, manteniendo así su anonimato. En todo caso, el prestador de servicios intermediarios deberá constatar este extremo para que, en su caso, lo pueda facilitar oportunamente en sede judicial o a la autoridad administrativa competente.

Finalizada la fase anterior, el prestador de servicios intermediarios debería de manifestar claramente, e informar a los implicados y demás usuarios de la plataforma, de que mantendrá el contenido publicado en pro de la libertad de expresión. Sería deseable que, en dicha comunicación, el PSI plantease los principales argumentos que ha tenido en cuenta para respaldar su decisión. Por supuesto, sería indispensable que el PSI siguiera observando su función técnica y no interviniese, matizase o aportase nada en relación con

Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

el contenido original del mensaje ni, voluntariamente, interviniese en el posicionamiento o exposición del contenido.

Entendemos que la principal aportación de la aplicación de esta doctrina a los prestadores de servicios intermediarios consistirá en evitar que, con esta manifestación y posicionamiento, se atribuya ningún tipo de responsabilidad al PSI. De manera que, en el supuesto de que una autoridad judicial llegara a determinar que el contenido excede los límites de la libertad de expresión, no se consideraría responsable al PSI. De esta forma, se limitaría, por tanto, la eventual responsabilidad por daños a terceros derivados del contenido, al autor de la declaración.

Con esto se podría diluir el *chilling effect* que genera la eventual asunción de responsabilidades por parte de los PSI ante contenidos señalados como presuntamente ilícitos. La doctrina del reportaje neutral, con las matizaciones señaladas, se podría traducir en un mecanismo real de garantía para la defensa de la libertad de expresión en Internet. Se presenta como una alternativa real para aquellos prestadores de servicios intermediarios que ante una notificación contra un contenido alojado en su plataforma, deseen mantener el contenido accesible al público en aras de fomentar la libertad de expresión.

2.1.2. *Cartas al director*

Al igual que en la doctrina del reportaje neutral, la doctrina de las cartas al director busca garantizar el derecho a la información del medio de comunicación que publica una carta dirigida a la editorial del medio para su publicación. De hecho, según el criterio de VILLARVERDE la doctrina de las cartas al director bien puede considerarse una concreta manifestación de la doctrina del reportaje neutral⁴⁵⁷.

En la doctrina de las cartas al director se distinguen, según el criterio del Tribunal Constitucional, dos situaciones o eventos: a) la carta en sí, ajena al medio de información;

⁴⁵⁷ VILLARVERDE MENÉNDEZ, I., “La responsabilidad jurídica de los Directores y Editores de un periódico por la autoría de las cartas al director”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, vol. IV, número 8, 1998, p. 5.

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

y, b) su publicación por parte del medio de comunicación tradicional en la sección correspondiente⁴⁵⁸. En cada una de estas situaciones se encuentra implícita la defensa de un derecho fundamental. Por una parte, la protección del ejercicio del derecho a la libertad de expresión del autor de la carta y, por otra parte, el derecho a la libertad de información del medio de comunicación que autoriza su publicación⁴⁵⁹. De igual manera, el medio de comunicación deberá limitarse a transcribir las palabras de un tercero.

Sumado a lo anterior, el director del medio de comunicación tiene la obligación de comprobar la identidad de la persona que figura como autor de la carta⁴⁶⁰, antes de autorizar su publicación, en cumplimiento del deber de diligencia⁴⁶¹. De no hacerlo así,

⁴⁵⁸ El Tribunal Constitucional a propósito de la publicación de los comunicados del grupo terrorista ETA en un periódico "(...) De acuerdo con las consideraciones anteriores, se impone distinguir dos acciones deslindables: una, la constituida por los comunicados, en sí, de la organización ETA-militar, cuya autoría y carácter apologético no se ha puesto en duda en el proceso que dio origen el presente recurso de amparo; y otra, su reproducción en un periódico como noticia relativa a su existencia. (...) Se desconocen así en las resoluciones judiciales impugnadas las implicaciones derivadas de dos aspectos esenciales de la cuestión planteada: a) Que la información controvertida consiste en la mera reproducción de los comunicados, no acompañada de juicios de valor que demuestren que el periodista asume el contenido apologético de los mismos. b) Que la libertad de información juega un papel esencial como garantía institucional del principio democrático que inspira nuestra Constitución, el cual presupone, como antes señalábamos, el derecho de los ciudadanos a contar con una amplia y adecuada información respecto a los hechos, que les permita formar sus convicciones y participar en la discusión relativa a los asuntos públicos." Sentencia Tribunal Constitucional número 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 8. Este planteamiento se reitera en las Sentencias Tribunal Constitucional número 336/1993, de 15 de noviembre, FJ 5 y 3/1997, de 13 de enero, FJ 2.

⁴⁵⁹ "(...) el ejercicio del "derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante (...) el escrito o cualquier otro medio de reproducción", garantizado por el artículo 20.1.a) CE, correspondía al autor de la carta no al Director del diario que autoriza su publicación. (...) la libertad de expresión posee un campo de acción más amplio que la libertad de información, "solo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relaciones con las ideas u opiniones que se expongan" Sentencia Tribunal Constitucional número 336/1993, de 15 de noviembre, FJ 6.

⁴⁶⁰ Tal y como señala VILLARVERDE "(...) Para el Tribunal Constitucional, la publicación de una carta al director sigue siendo un ejercicio del derecho a comunicar libremente información, por lo que se le aplica, como en la ocasión anterior, los criterios de enjuiciamiento propio de la ponderación entre la libertad de informar del art. 20.1.d) CE y el derecho al honor del art. 18 CE, en particular, la veracidad de la información. El giro está en que esa veracidad ya no se cifra en la diligencia profesional de comprobación de los hechos relatados en la carta, pues esa comprobación sólo es exigible al autor de la carta, único responsable de los hechos en ella afirmados. Ahora, la debida diligencia se satisface con la adecuada identificación de su autor. Si se es negligente con esa comprobación, no sólo no sería posible, a juicio del Tribunal Constitucional, deslindar la libertad de expresión de la persona ajena al medio que envía la carta y el derecho del periódico a informar a los lectores de su contenido, sino que además, se frustraría el derecho de éstos a recibir información veraz y se crearían espacios inmunes a la sanción jurídica por menoscabo del derecho al honor (...)" VILLARVERDE MENÉNDEZ, I., "La responsabilidad jurídica de los Directores y Editores de un periódico por la autoría de las cartas al director", op. cit., p. 5.

⁴⁶¹ Sentencia Tribunal Constitucional número 336/1993, de 15 de noviembre, FJ 7.

el acto de publicación de la carta se transformaría en la simple difusión de meras insidias o rumores, privada de protección constitucional, dado que la información emana de una fuente desconocida⁴⁶². Con esto se busca garantizar que se podrá exigir al verdadero autor la responsabilidad que por ley corresponda, en caso de que la carta sea constitutiva de delito.

En el supuesto que el director autorice la publicación del escrito pese a no conocer la identidad de su autor, ha de entenderse que el medio de comunicación tradicional, por ese hecho, ha asumido su contenido⁴⁶³. Lo anterior teniendo en cuenta que el medio de comunicación y su equipo editorial poseen un poder de control y veto sobre lo que se publica. Por ello, no identificar de manera idónea al autor de la carta o negarse a revelar la identidad del autor pueden constituir un abuso del derecho a la libertad de información⁴⁶⁴.

Para COTINO, usar esta doctrina en los modelos de comunicación en Internet, tan sólo tiene sentido si es para recordar la necesidad de tener en cuenta todas las circunstancias de participación o autoría de ilícitos, puesto que puede resultar algo forzada⁴⁶⁵. Sería comprensible su proyección en el ámbito de intromisiones en el honor o en protección de datos, por ejemplo, pero es bastante reducida ya en su aplicación no virtual⁴⁶⁶. Como ya se mencionó, en el caso de la doctrina del reportaje neutral, de nuevo la principal dificultad de aplicar estas doctrinas a la web 2.0 es la importancia que tiene el filtro previo que ejerce el medio de comunicación tradicional frente a la publicación de un reportaje o una carta de una persona que no hace parte de la redacción, así como la determinación de si un contenido tiene o no relevancia pública.

⁴⁶² VILLARVERDE MENÉNDEZ, I., “La responsabilidad jurídica de los Directores y Editores de un periódico por la autoría de las cartas al director”, op. cit., p. 1.

⁴⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional de España, número 3/1997, de 13 de enero, FJ 5.

⁴⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de España, número 3/1997, de 13 de enero, FJ 6.

⁴⁶⁵ COTINO HUESO, L., “Nuestros jueces y tribunales ante internet y la libertad de expresión. El estado de la cuestión”, op. cit., p. 226

⁴⁶⁶ COTINO HUESO, L., “Nuestros jueces y tribunales ante internet y la libertad de expresión. El estado de la cuestión”, op. cit., p. 226

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

Desde nuestra perspectiva, se observan algunos elementos que deberían ser considerados para valorar con mayor profundidad la viabilidad de la aplicación de la doctrina de las cartas al director a la web 2.0. Así, por ejemplo, la gran mayoría o la totalidad de los sitios web implementan mecanismos idóneos para corroborar los datos de quien se registra como usuario⁴⁶⁷. Para confirmar su identidad, se envía un mensaje confirmatorio a la dirección de correo electrónico facilitada para el registro. Además, las técnicas de seudonimato, en últimas, permiten constatar la identidad de quien ha realizado la publicación del contenido. Esto permite que aun cuando se use un alias o un *nickname*, sea posible comprobar los datos del autor del mensaje o contenido. Desde nuestro criterio, estos mecanismos podrían ser susceptibles de ser valorados como muestras de diligencia por parte del PSI, incluso en los supuestos en los que el usuario facilite conscientemente información falsa.

De igual manera sucede con el requisito de transcribir fielmente el contenido facilitado por el tercero. Teniendo en cuenta la arquitectura de la web 2.0, la neutralidad del PSI en el alojamiento de contenidos sería verificable por el rastro que puede dejar la alteración o manipulación de los *logs* o registros que genera cada una de nuestras acciones en los sistemas informáticos.

Y quizá, lo más representativo, al igual que sucede con la sección de cartas al director y el reportaje neutral, las plataformas digitales son un espacio idóneo para el ejercicio de la libertad de expresión y la participación por parte de los usuarios en la construcción de la opinión pública. Por lo mismo, asignar una excesiva responsabilidad en quien no es autor del contenido o lo ha promovido y ha cumplido con una función de mero transmisor da paso a un *chilling effect* o efecto disuasorio para los PSI. Efecto que se traduce en limitar la publicación de contenidos alterando con ello el funcionamiento de la web 2.0. La relevancia que en la jurisprudencia se da a la naturaleza de Internet y la facilidad con

⁴⁶⁷ Es frecuente que hoy en día los PSI pidan a los usuarios abrir una cuenta o registrarse como usuarios facilitando datos identificativos básicos como nombre y apellidos, edad, correo electrónico, número telefónico de contacto, entre otros, y como parte de la confirmación de la identidad del usuario, envían un mensaje automático al correo electrónico facilitado como paso previo a la activación de la cuenta.

la que se difunde la información a través de esta red, no se puede penalizar asignando por ello una responsabilidad al prestador de servicios intermediarios.

Los PSI desempeñan un papel esencial en la divulgación de contenidos. Es importante asignarles un papel activo en los procesos de comunicación⁴⁶⁸, sin que ello implique que se les pretenda transformar en jueces o en profesionales de la información. Manteniendo su naturaleza pueden seguir contribuyendo en la consolidación de la libertad de expresión en Internet. Para ello, es fundamental que los prestadores de servicios intermediarios no sobredimensionen la labor de control que efectúan en sus plataformas⁴⁶⁹. Dotándoles de herramientas efectivas para la protección de esta libertad fundamental, se podrá evitar que siempre la respuesta más sencilla sea eliminar contenidos en Internet.

2.2. *Inexistencia de obligaciones generales de supervisión o búsqueda activa de hechos*

La inexistencia de obligaciones generales de supervisión para los PSI es esencial en la protección de la libertad de expresión en Internet. Por una parte, las labores de vigilancia y supervisión exhaustiva supondrían una carga excesiva para el PSI y sin

⁴⁶⁸ “15. *Intermediaries and auxiliaries in the media ecosystem can be distinguished from media as they may meet certain of the criteria or indicators below, but they usually do not meet some of the core criteria such as editorial control or purpose. However, they often play an essential role, which can give them considerable power as regards outreach and control or oversight over content. As a result, intermediaries and auxiliaries can easily assume an active role in mass communication editorial processes. Member states should therefore consider them carefully in media-related policy making and should be particularly attentive to their own positive and negative obligations stemming from Article 10 of the European Convention on Human Rights. This may call for a differentiated policy response in their respect (adapted to particular intermediaries or auxiliaries) having regard to the specificities of the situation (for example when their action can have a bearing on pluralism or on the ability of media served by the intermediaries or auxiliaries in question to fulfill their purpose, to function normally or to continue delivering their services).*” Recommendation CM/Rec (2011)7 of the Committee of Ministers to member states on a new notion of media, adopted by the Committee of Ministers on 21 September 2011 at the 1121st meeting of the Ministers’ Deputies, disponible en <http://www.osce.org/odihr/101403> consultado el día 3 de diciembre de 2020.

⁴⁶⁹ “*Social media operator has already institutionalised over-censorship by allowing a policy of banning sites and posts which have been "reported", without conducting a serious investigation into the matter. The policy adopted by Facebook is another victory for the troll mentality. Note that Facebook requires (all) user-imposed censorship to take place in a legal environment that grants service providers immunity under the Communications Decency Act 230 (a). Imagine what will happen where there is no immunity.*” Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 16 de junio de 2015, caso *Delfi AS contra Estonia*, voto particular jueces Sajó y Tsotsoria, p. 71.

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

precedentes en otro tipo de servicios vinculados a las telecomunicaciones. Además, tendría un claro efecto amenazante sobre la libertad de información y distribución de contenidos, imponiendo una barrera injustificada.

Este principio se recoge en el artículo 15 de la Directiva de Comercio Electrónico⁴⁷⁰. Por su parte, la Ley de servicios digitales, que tras su entrada en vigor suprimirá los artículos 12 a 15 de la Directiva de Comercio Electrónico, recoge en su artículo 7 la *Inexistencia de obligación general de supervisión o de búsqueda activa de hechos*. La finalidad última de esta disposición es fijar un claro límite a los Estados miembros, al señalar que no se podrá imponer a los prestadores de servicios intermediarios ninguna obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni de buscar activamente hechos o circunstancias que indiquen la existencia de actividades ilícitas⁴⁷¹.

Este límite que se establece en las citadas normativas, evita en últimas que se impongan a los PSI medidas excesivas de control que afectarían seriamente a la libertad de expresión. Tanto la DSA⁴⁷² como la Directiva 2000/31/CE propugna por la libre

⁴⁷⁰ El Considerando 47 y el artículo 15 de la Directiva de Comercio Electrónico señalan que los Estados miembros no podrán imponer a los prestadores de servicios una obligación de supervisión, con carácter general, de los datos que transmitan o almacenen, ni de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas.

⁴⁷¹ Para PEGUERA, esto puede deberse a que “*para muchos de los intermediarios resulta imposible, en la práctica, supervisar los materiales que circulan por sus redes o se alojan en sus servidores, a causa del ingente volumen de datos que vehiculan y del acceso directo a los mismos que tienen tanto los usuarios como los proveedores de contenidos, con la consiguiente capacidad para introducir nuevos materiales en tiempo real. Aun en los casos en que la supervisión fuera materialmente practicable, discernir la ilicitud o ilicitud de un determinado contenido no es, por lo general, una tarea asequible para un intermediario técnico.*” PEGUERA POCH, M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, op. cit., p. 2.

⁴⁷² Según se indica en la “Exposición de motivos” de la Propuesta de Reglamento de servicios digitales, de conformidad con la *Shaping Europe’s Digital Futuro*, la Comisión se comprometió a actualizar las normas horizontales que definen la responsabilidad y obligaciones de los prestadores de servicios digitales, especialmente de las plataformas en línea. Tal y como se mencionó previamente, sobre la base de los principios esenciales establecidos en la Directiva de Comercio Electrónico, la Propuesta de Reglamento de servicios digitales pretende: (i) garantizar las mejores condiciones para la prestación de servicios digitales innovadores en el mercado interior; (ii) contribuir a la seguridad en línea y la protección de los derechos fundamentales; y, (iii) establecer una estructura de gobernanza robusta y duradera para la supervisión efectiva de los prestadores de servicios intermediarios. Exposición de motivos, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE, p. 2.

En relación con el *Shaping Europe’s Digital Futuro* “*New and revised rules to deepen the Internal Market for Digital Services, by increasing and harmonising the responsibilities of online platforms and information service providers and reinforce the oversight over platforms’ content policies in the*

circulación de los servicios de la sociedad de la información que puede constituir, en muchos casos, reflejo de la libertad de expresión. Por esta razón, tal y como se indica en el Considerando 9 de la Directiva de Comercio Electrónico, las Directivas que tratan de la prestación de servicios de la sociedad de la información, deben garantizar que se pueda desempeñar esta actividad libremente en virtud del artículo 10 del CEDH, quedando únicamente condicionada a las restricciones establecidas en el apartado 2 de dicho artículo⁴⁷³.

Desde un punto de vista técnico, esto puede deberse a que sólo unos pocos tendrían la capacidad técnica y económica de implementar este tipo de mecanismos de restricción⁴⁷⁴. Además, la imposición con carácter general, de un deber de control previo de los contenidos, a los prestadores de servicios intermediarios, no resultaría coherente con la naturaleza de sus actividades, pues sería inviable revisar la licitud de los contenidos sin alterar decisivamente el funcionamiento normal de Internet⁴⁷⁵.

En el marco del régimen de responsabilidad contemplado en la Directiva de Comercio Electrónico, la inexistencia de la obligación de supervisión se ve complementada por la configuración del “conocimiento efectivo”. Así, además de que el PSI no tiene obligación de realizar una supervisión general de contenidos, se suma el hecho de que tampoco podrá ser responsable de los contenidos ilícitos que aloja, en tanto que carezca de conocimiento efectivo de la existencia de dicho contenido y de su

EU. (Q4 2020, as part of the Digital Services Act package).” Disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_4.pdf consultado el día 3 d diciembre de 2021.

⁴⁷³ Considerando 9, Directiva 2000/31 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000.

⁴⁷⁴ Al respecto COTINO señala “Si se carga al responsable del sitio participativo de la responsabilidad de vigilar la licitud de los contenidos integrados por terceros, el efecto puede ser claro: sólo unos pocos, y muy difícilmente, tienen la capacidad personal y económica de llevar a cabo dicho control y filtro de los posibles ilícitos.” COTINO HUESO, L., “Encaje constitucional de la responsabilidad en la “web 2.0””, Ponencia en Mesa 4 “Responsabilidad en la web 2.0, aspectos generales y penales en Seminario IDT sobre derecho y web 2.0, Universidad Autónoma de Barcelona, 18 de septiembre de 2009, p. 3, disponible en http://documentostics.com/component/%20option.com_docman/task.doc_view/gid,1478/Itemid,3/ consultado el día 5 de febrero de 2020.

⁴⁷⁵ DE MIGUEL ASENSIO, P., “Responsabilidad por el alojamiento o almacenamiento de información”, *Derecho Privado de Internet*, Editorial Aranzadi, 2011, disponible en la Base de Datos Aranzadi Insignis, BIB 2011/961, parágrafo 215.

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

ilicitud⁴⁷⁶.

Tal y como se recoge en el Considerando 28 de la Ley de Servicios Digitales, esta ausencia de obligación general de supervisión, no afecta a las obligaciones de supervisión en un caso específico y, en particular, no afecta a las órdenes dictadas por autoridades nacionales de conformidad con la normativa aplicable⁴⁷⁷. En esta misma línea, la aun vigente Directiva de Comercio Electrónico en su Considerando 48 establece que los términos del artículo 15 no afectan a la posibilidad de que los Estados miembros exijan a los prestadores de servicios de alojamiento que apliquen un deber de diligencia, a fin de detectar y prevenir determinados tipos de actividades ilegales.

Estas matizaciones llevan a que, en la práctica, los controles implementados por los prestadores de servicios intermediarios, a efectos de mostrar diligencia en la gestión de las plataformas, carezcan de cualquier tipo de análisis sobre el alcance real de la medida adoptada. Ello teniendo en cuenta que lo que se busca es acreditar el cumplimiento del deber de diligencia que se espera del PSI. No se encuentra, ni en la Directiva de Comercio Electrónico, ni en la Ley de Servicios Digitales, una alusión expresa a que también se espere razonablemente de los prestadores del servicio de intermediación una efectiva implementación de medidas protectoras de la libertad de expresión en su gestión ni mecanismos para ello⁴⁷⁸.

No obstante, la DSA sí que contempla en su artículo 6 las denominadas “*Investigaciones por iniciativa propia y cumplimiento de la legislación*” que es una invitación a que el PSI pueda realizar investigaciones de forma voluntaria a fin de detectar e identificar contenidos ilícitos, sin que esto afecte la posibilidad de acogerse a las

⁴⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), número 235/2020, de 2 de junio, FJ 2.

⁴⁷⁷ Considerando 28 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

⁴⁷⁸ Como señala BARATA, la Ley de Servicios Digitales realiza una aproximación débil a los derechos fundamentales, pues a pesar de que hay referencias a la necesidad de preservar la libertad de expresión, principalmente cuando los PSI implementan ciertas obligaciones, no hay claridad respecto de cómo debe implementarse dicha protección por parte de los prestadores de servicios intermediarios. BARATA, J. *Cómo entender la libertad de expresión en Internet. Las claves sobre la nueva Ley europea de Servicios Digitales (DSA)*, Webinar organizado por la Plataforma en Defensa de la Libertad de Información en <https://www.youtube.com/watch?v=iLR6BMUtAj8>

exclusiones de responsabilidad. Lo importante es que esta disposición no se llegue a ver como una desatención por parte de PSI de sus deberes de diligencia y que la voluntariedad de esta medida, en efecto, respete la decisión del PSI de no querer adelantar este tipo de investigaciones, sin que le sea reprochado.

Los altos Tribunales han tenido oportunidad de pronunciarse en diferentes oportunidades sobre el alcance de esta medida. Entre las situaciones analizadas, se encuentran supuestos en los que las órdenes de supervisión dictadas por autoridades nacionales en pro de la protección de derechos de terceros, como los derechos de propiedad intelectual, tienen un impacto más amplio que el permitido.

Así, ordenar al prestador de servicios de alojamiento de datos establecer un sistema de filtrado, por ejemplo, para controlar el intercambio de obras protegidas por la propiedad intelectual mediante programas *peer to peer*, estaría prohibido en la medida en que exija una vigilancia activa de la totalidad de las comunicaciones electrónicas efectuadas en la red.⁴⁷⁹ Obligar al PSI a implementar este tipo de medidas, significaría sacrificar el equilibrio consagrado en el artículo 15 de la Directiva de Comercio Electrónico en perjuicio del desarrollo de los servicios de la sociedad de la información y de las libertades fundamentales⁴⁸⁰.

Además, con la implementación de este tipo de medidas, contrarias a la inexistencia de una obligación general de supervisión, colateralmente se estaría configurando una vulneración sustancial de la libertad de empresa del prestador de servicios. Implícitamente le obligaría a establecer un sistema informático complejo, gravoso, permanente y exclusivamente a sus expensas⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, *Scarlet Extended, S.A. contra Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, asunto C-70/10 de 24 de noviembre de 2011, FJ. 39.

⁴⁸⁰ Según se recoge en la Sentencia, se ordenaba el establecimiento de un sistema de filtrado para supervisar activamente el conjunto de datos de todos sus clientes con el fin de evitar cualquier futura lesión de los derechos de propiedad intelectual. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, *Scarlet Extended, S.A. contra Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, asunto C-70/10 de 24 de noviembre de 2011, FJ. 40.

⁴⁸¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) vs Netlog*, asunto C-360/10 de 16 de febrero de 2012.

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

En lo que respecta a las órdenes de bloqueo preventivo de contenidos por parte de las autoridades nacionales, el TJUE señala que, muchas de estas medidas de bloqueo, exigirían una vigilancia activa de la totalidad de las comunicaciones electrónicas efectuadas en la plataforma del PSI. Además, estas medidas podrían vulnerar la libertad de información. 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. Esto, en el fondo, implicaría una alteración del justo equilibrio que debe existir entre los diferentes derechos en pugna en cualquier procedimiento judicial⁴⁸².

Ahora bien, esto no va en contra del deber de colaboración que tienen los PSI con las autoridades judiciales en el momento en el que solicitan formalmente la retirada de un contenido cuya ilicitud ha sido previamente determinada.

Sobre este punto, el TJUE ha establecido que, el hecho de que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro obligue a un prestador de servicios de alojamiento de datos a suprimir los datos que almacene, y cuyo contenido sea idéntico al de una información declarada ilícita con anterioridad, no resulta contrario al artículo 15 de la Directiva 2000/31/CE⁴⁸³. Esto, teniendo en cuenta que una red social facilita la transmisión rápida entre sus diferentes usuarios, existiendo un riesgo real de que una información que ha sido declarada ilícita sea reproducida y compartida por otro usuario de la red⁴⁸⁴. Ahora bien, esto no ampara una obligación excesiva impuesta al prestador de servicios de alojamiento de datos, por lo que será preciso que la orden judicial contenga elementos concretos, así como un contenido similar al que se ha declarado ilícito⁴⁸⁵. Con esto, señala el TJUE, se busca que el prestador de servicios de alojamiento no esté obligado a realizar una apreciación autónoma, sino que pueda utilizar técnicas e

⁴⁸² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, *Scarlet Extended, S.A. vs Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, asunto C-70/10 de 24 de noviembre de 2011.

⁴⁸³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, *E.G.P. vs Facebook Ireland Limited*, asunto C-18/18, de 3 de octubre de 2019, FJ 35.

⁴⁸⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, *E.G.P. vs Facebook Ireland Limited*, asunto C-18/18, de 3 de octubre de 2019, FJ 36.

⁴⁸⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, *E.G.P. vs Facebook Ireland Limited*, asunto C-18/18, de 3 de octubre de 2019, FJ 45.

instrumentos de búsqueda automatizados.

En relación con este último aspecto señalado por el TJUE, resulta llamativo que se confíe al sistema de búsqueda automatizado, tener tal precisión, que garantice que los contenidos identificados como similares a los declarados ilícitos realmente cumplan con este criterio. La falta de precisión de dicho sistema podría llevar a que se eliminasen contenidos que eventualmente no contengan los elementos especificados, suponiendo ello una eventual infracción de libertades fundamentales.

En España, el Tribunal Supremo ha señalado que hay ciertas plataformas que en atención a su configuración, deben incrementar su deber de cuidado y diligencia. Así, en la sentencia número 128/2013 de 26 de febrero señaló que el PSI, como titular de la página web y creador del foro de debate abierto, debió extremar las precauciones y ejercer un mayor control sobre las opiniones y comentarios alojados, cuya connotaciones despectivas y peyorativas para el afectado no podían pasarle inadvertidas. Podríamos decir que este tipo de señalamientos se traducen en que los PSI, al final, realicen la supervisión de todos los contenidos de su plataforma. Esta supervisión se puede realizar por cualquiera de los mecanismos de restricción analizados en el Capítulo I, y, en últimas, desvirtúa la finalidad del artículo 15 de la Directiva de Comercio Electrónico.

Otro ejemplo lo tenemos en el artículo 17 de la Directiva de derechos de autor. SPINDLER⁴⁸⁶ señala que las prohibiciones de las obligaciones generales de control se refieren a las inspecciones que no se inician mediante una notificación específica por el titular del derecho, y que se refieren al contenido completo de la oferta (de la plataforma)⁴⁸⁷. Sin embargo, las obligaciones impuestas al prestador, por un tribunal, o por las autoridades, no están incluidas en esa prohibición y, si están justificadas por un caso específico, requieren, por ejemplo, eliminar una actividad infractora específica. Así

⁴⁸⁶ SPINDLER, G., “¿Compartir contenidos en línea o no? Un análisis del artículo 17 de la Directiva sobre propiedad intelectual en el mercado único digital”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, número 1, 2020, pp. 962-1002.

⁴⁸⁷ En este mismo sentido se ha pronunciado el Abogado General del TJUE en el caso aún pendiente por resolver asunto C-682/18, *YouTube* (cuestiones prejudiciales planteadas por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 6 de noviembre de 2018) y asunto C-683/18 *Elsevier* (cuestiones planteadas por el BGH en la misma fecha); sobre el auto de remisión del BGH de 13 septiembre 2018, I ZR 140/15, CR 2019

pues, las obligaciones concretas de control, derivadas de una orden para evitar una infracción similar de la norma ("stay down" o bloqueo de contenidos similares), no están incluidas en la prohibición de las obligaciones de control no solicitadas; y esto fue ratificado por el TJUE en su ya citada sentencia sobre el caso Glawischnig-Piesczek⁴⁸⁸.

Sin perjuicio de los caminos marcados por la jurisprudencia, entendemos que garantizar la eficacia real a la inexistencia de la obligación de supervisión o búsqueda activa, es fundamental para proteger la libertad de expresión en Internet. El exceso de controles siempre tendrá como principal víctima la libertad de expresión y tampoco solucionará el problema de alojamiento de contenidos ilícitos en Internet.

3. LA EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS INTERMEDIARIOS Y CONOCIMIENTO EFECTIVO

Tal y como se expuso en el Capítulo I de esta tesis, responsabilizar a los intermediarios de los contenidos que difunden o crean sus usuarios puede menoscabar el disfrute de las libertades informativas. Este tipo de situaciones, además, puede dar lugar a una restricción, a menudo sin transparencia y sin las debidas garantías procesales, de los contenidos en Internet. Los puertos seguros o sistemas de exclusión de responsabilidad permiten erradicar los *chilling effect*, protegiendo así los principios de neutralidad en la red y de acceso en igualdad de condiciones y no discriminación. Este debe ser el criterio a seguir a efectos de amparar las libertades informativas en Internet.

La Directiva de Comercio Electrónico define los servicios de la sociedad de la

⁴⁸⁸ “En tales circunstancias, a fin de que el prestador de servicios de alojamiento de datos de que se trate evite que se produzcan nuevos perjuicios contra los intereses afectados, es legítimo que el tribunal competente pueda exigirle que bloquee el acceso a los datos almacenados cuyo contenido sea idéntico al que se ha declarado ilícito con anterioridad, o retire esos datos, sea quien fuere el autor de la solicitud de su almacenamiento. Ahora bien, habida cuenta, en particular, de la identidad de los datos controvertidos en cuanto a su contenido, no cabe considerar que una medida cautelar acordada a tal efecto imponga al proveedor de servicios de alojamiento de datos una obligación de supervisar, con carácter general, los datos que almacene, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas en el sentido del artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2000/31”. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 3 octubre 2019, asunto C-18/18, Glawischnig-Piesczek.

información⁴⁸⁹ como aquellos prestados normalmente a título oneroso, a distancia, mediante un equipo electrónico para el tratamiento (incluida la comprensión digital) y el almacenamiento de datos, a petición individual de un receptor de un servicio⁴⁹⁰. Dentro de la categoría de servicios de la sociedad de la información se encuentran los servicios intermediarios ofertados a través de Internet. Los servicios intermediarios son servicios de la sociedad de la información por los que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información⁴⁹¹.

Uno de los principales avances que introdujo la Directiva de Comercio Electrónico fue la incorporación de un régimen de responsabilidad aplicable a los prestadores de servicios intermediarios⁴⁹², en sus artículos 12 a 15. De hecho, más que un régimen de responsabilidad, lo que se configura es justamente un sistema de exclusión de responsabilidad⁴⁹³. Se regulan las condiciones que se deben cumplir para que, por la mera

⁴⁸⁹ En el Anexo de la LSSICE denominado “Definiciones” se especifica que «servicio de la sociedad de la información» o «servicios» es todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario, o servicio no remunerado por sus destinatarios, pero que constituye una actividad económica para el prestador del servicio. Se incluye un listado de servicios de la sociedad de la información que representan una actividad económica. Entre ellos menciona la contratación de bienes o servicios por vía electrónica, la gestión de compras en la red por grupos de personas, envío de comunicaciones comerciales, suministro de información por vía telemática, entre otros. a) «Servicios de la sociedad de la información» o «servicios». Anexo de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.

⁴⁹⁰ Considerando 17, Directiva 2000/31 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000. La LSSICE excluye de la definición de servicios de la sociedad de la información los servicios prestados por medio de telefonía vocal, fax o télex; el intercambio de información por medio de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente para fines ajenos a la actividad económica de quienes lo utilizan; servicios de radiodifusión sonora; y el teletexto televisivo y otros servicios equivalentes como las guías electrónicas de programas ofrecidas a través de las plataformas televisivas. Anexo de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.

⁴⁹¹ b) «Servicio de intermediación». Anexo de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.

⁴⁹² Según señala PEGUERA “(...) *El sistema de exclusión de responsabilidad por contenidos ajenos dispuestos en la Directiva sobre comercio electrónico (DCE), aplicable a las actividades técnicas de intermediación, hallan su fuente de inspiración principal en la regulación norteamericana establecida en la Digital Millennium Copyright Act de 1998 (...)*” PEGUERA POCH, M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, op. cit., p. 9.

⁴⁹³ No obstante que la Directiva utiliza el término “exenciones” de responsabilidad, este trabajo acoge la advertencia terminológica hecha por PEGUERA respecto a la expresión «exclusión de responsabilidad», por ser “*la prohibición de ser declarado responsable, sin prejuzgar si se ha incurrido o no en responsabilidad de acuerdo con las normas generales. No se trata en sentidos estricto, de una «exención», ya que la exención se concede sólo a quien previamente está sujeto al cumplimiento de una obligación, en este caso a la obligación de responder. Si empleamos el término «exención» estamos dando a entender que los supuestos de hecho a los que se aplica la norma son supuestos en los que el intermediario ya ha incurrido en responsabilidad, y es liberado de dicha responsabilidad*”

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

prestación del servicio intermediario, el PSI no pueda ser declarado responsable por los eventuales daños que se puedan generar a terceros con acciones en las que no ha participado directamente⁴⁹⁴.

El legislador europeo, consciente de que la disparidad de legislaciones e inseguridad jurídica existente entre los regímenes nacionales de los Estados miembros, dificultarían el impulso y desarrollo de los servicios de la sociedad de la información en el mercado interior⁴⁹⁵, encontró necesario armonizar este sector a través de la adopción de la Directiva de Comercio Electrónico⁴⁹⁶.

Como se mencionó previamente, de conformidad con el artículo 71 de la Ley de Servicios Digitales, con la entrada en vigor de esta disposición se suprimirán los artículos 12 a 15 de la Directiva 2000/31/CE. De manera que las referencias a los artículos 12 a 15 de la Directiva de Comercio Electrónico se interpretarán como referencias a los artículos 3, 4, 5 y 7 de la DSA⁴⁹⁷. Dichos artículos mantienen, en esencia, los términos de las exclusiones de responsabilidad aplicables a los prestadores de servicios intermediarios

mediante la exención. Sin embargo, el efecto de la norma no es eximir de responsabilidad (derogación de un deber preexistente de responder), sino excluir la posibilidad de ser declarado responsable” PEGUERA POCH, M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, op. cit., pp. 5 y 6.

⁴⁹⁴ En palabras de PEGUERA: “(...) No son preceptos que imputen responsabilidad al prestador que no cumple los requisitos necesarios para la exclusión. Nótese que por ello es más correcto hablar de exclusión que de exención de responsabilidad, ya que este último término presupone que existe un deber legal previo de responder por los contenidos de terceros y que sólo gracias a una norma especial se exime de dicho deber al intermediario. En realidad, lo que la norma hace es garantizar que no se podrá declarar la responsabilidad del prestador, sin prejuzgar si su actividad es generadora de responsabilidad (civil, penal o administrativa) con arreglo a las normas que en nuestro ordenamiento atribuyen estos tipos de responsabilidad. Éste es el sentido de la directiva, que parte de la base de que las normas de atribución de responsabilidad son distintas en los diversos Estados Miembros. (...)” PEGUERA POCH, M., “Sólo sé que no sé nada (efectivamente): la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI” *Revista de Internet, Derecho y Política*, número 5, 2007, p. 10.

⁴⁹⁵ Considerando 5, Directiva 2000/31 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000.

⁴⁹⁶ “Pese a la naturaleza global de las comunicaciones electrónicas, es necesario coordinar las medidas reguladoras nacionales a escala de la Unión Europea, con el fin de evitar la fragmentación del mercado interior y establecer el adecuado marco regulador europeo. Dicha coordinación deberá contribuir también al establecimiento de una posición común firme en las negociaciones en los foros internacionales.” Considerando 59, Directiva 2000/31 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000.

⁴⁹⁷ Artículo 71. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

recogidos en la Directiva de Comercio Electrónico⁴⁹⁸.

La Directiva 2000/31/CE⁴⁹⁹ buscaba consolidar los servicios de la sociedad de la información, asegurar una certeza legal, y la confianza de los consumidores⁵⁰⁰, mediante su incorporación en las leyes nacionales de los Estados Miembros, introduciendo conceptos legales claros para un adecuado funcionamiento del mercado interno⁵⁰¹.

En España la LSSICE, cuyo plazo de vigencia lo determina la inminente entrada en vigor de la DSA, es una ley que busca regular e impulsar la faceta económica de la sociedad de la información, comercio electrónico y venta de servicios a distancia. Actualmente, es la disposición normativa que aglutina los conceptos básicos aplicables a la sociedad de la información y la regulación de su funcionamiento en España. Esto, indefectiblemente, genera un impacto real, no solo en los bienes económicos que se comercian a través de Internet, sino también en los derechos fundamentales que, como hemos reiterado, se ven reforzados gracias al impulso y consolidación de la sociedad de la información. La LSSICE establece que los prestadores de servicios de la sociedad de la información estarán sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico. En lo relativo a los prestadores de servicios de intermediación (servicios intermediarios como se denomina en la DSA), se estará a lo establecido en los artículos 14 a 17 de la LSSICE, que

⁴⁹⁸ Ahora bien, en concreto el artículo 5.3 de la DSA excluye expresamente del alcance de esta exclusión de responsabilidad la legislación de protección al consumidor, de las plataformas en línea que permitan que los consumidores formalicen contratos a distancia con comerciantes, cuando dicha plataforma en línea presente el elemento de información concreto, o haga posiblemente de otro modo la transacción concreta de que se trate de manera que pueda inducir a un consumidor medio y razonablemente bien informado a creer que esa información, o el producto o servicio que sea el objeto de la transacción se proporcione por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control.

⁴⁹⁹ La armonización debía realizarse de conformidad con el principio de proporcionalidad, por lo que las medidas previstas en la Directiva se limitan al mínimo necesario para conseguir el correcto funcionamiento del mercado interior. Considerando 10, Directiva 2000/31 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000.

⁵⁰⁰ La Directiva de Comercio Electrónico en su artículo 2.d) y e) define al "destinatario del servicio" y al "consumidor" respectivamente. El primero es una persona física o jurídica que utilice un servicio de la sociedad de la información, mientras que el consumidor es cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión. Esta diferenciación es relevante en la medida en la que evidencia el destinatario final al que va dirigida la Directiva de Comercio Electrónico, centrada más en el comercio electrónico que en la propia sociedad de la información.

⁵⁰¹ ASBO-BAISTROCCHI, P., "Liability of intermediary service providers in the EU Directive on Electronic Commerce", *Santa Clara High Technology Law Journal*, vol. 19, núm. 1, 2002, p. 112.

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

corresponden a los supuestos de exclusión de responsabilidad traspuesto de la Directiva de Comercio Electrónico. De manera que, de conformidad con la LSSICE, un proveedor de servicios de la sociedad en general, solo se podrá beneficiar de la exclusión de responsabilidad, si dichos servicios son además servicios intermediarios y se cumplen los requisitos exigidos por las disposiciones normativas, y que se expondrán en el presente apartado⁵⁰².

La doctrina jurisprudencial europea y nacional coincide en señalar que, ante una denuncia por responsabilidad de un PSI que aloja o enlaza contenidos presuntamente ilícitos, procede, en primer lugar, determinar si son, o no, de aplicación, los criterios de exclusión de responsabilidad consagrados en la Directiva de Comercio Electrónico y/o LSSICE, según corresponda. Si se descarta la aplicación de los criterios de exclusión de responsabilidad, por no reunir las condiciones exigidas, se procederá entonces a analizar la implicación del PSI y el grado de responsabilidad, civil, penal o administrativa, que tuviere en el daño generado a terceros. Esta matización es altamente peligrosa para la libertad de expresión. Como se analizará en este apartado, la aplicación del régimen de exclusión de responsabilidad depende, principalmente, del conocimiento efectivo del PSI. Por tanto, superado este análisis, se abre todo el abanico de opciones para asignar responsabilidad al PSI por el contenido alojado. Esto genera una situación de inseguridad al PSI, que desemboca en restricciones a la libertad de expresión entre particulares. Sin

⁵⁰² “(...) Como hemos declarado, Vlex Network, S.L. es proveedor de contenidos en la red, sin perjuicio de que algunos o todos esos contenidos obtengan a su vez de empresas u organismos que también sean proveedores de servicios en la red.

Pero Vlex Network S.L. no es operador o proveedor de acceso a una red de telecomunicaciones ("mere conduit", "routing"), no realiza el almacenamiento automático, provisional y temporal de la información facilitada por el destinatario del servicio, realizado con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de estos ("caching"), no presta servicios de alojamiento o almacenamiento de datos ("hosting") ni facilita enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda de contenidos ("linking"), puesto que, en concreto, al texto de la sentencia en cuestión no se accede a través de un enlace que se contenga en la plataforma Vlex, sino que su texto se encuentra disponible directamente en dicha plataforma, sin perjuicio de que haya sido obtenida por Vlex Network S.L. de otro proveedor de contenidos en la red, como es el Cendoj.

Por tanto, Vlex Network S.L. es proveedor de servicios de la sociedad de la información, pero los servicios que presta no son servicios de intermediación, tal como son definidos por la LSSI. (...) En consecuencia, no le es aplicable el artículo 13.2 LSSI ni los arts. 14 a 17, a los que aquel precepto remite, que contiene algunas especialidades respecto de la responsabilidad de estos prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación. (...) Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), número 668/2018, de 23 de noviembre, FJ 3.

perjuicio de que esta situación se identifica y se reconoce como un peligro real, cada vez se asume con más serenidad que las grandes plataformas efectúen tareas de moderación para eludir futuras responsabilidades. Tal es así, que la DSA, al igual que la Ley NetzDG, introduce procedimientos, importantes y garantías, pero no refuerza la libertad de expresión con mecanismos efectivos. Una manera de reforzarla, entendemos, sería precisamente abordar esta situación y evitar que la vía más fácil y común lleve siempre a asignar la responsabilidad al PSI.

Para los detractores de este sistema de exclusión de la responsabilidad de los PSI resulta inadecuado e incluso excesivo. Una de las razones que argumentan es que no aporta claridad en los mecanismos fijados para determinar cuándo y quiénes son responsables por los daños; situación que, en su criterio, va en detrimento de las víctimas de agresiones al honor, la intimidad personal y familiar, la propia imagen, así como de la libertad sexual a través de la red, dado que antes de la Directiva de Comercio Electrónico estaban mucho más protegidas por las normas generales, aunque se tratara de una responsabilidad subjetiva derivada de la culpa o negligencia del agente causante o propiciador del daño⁵⁰³.

En todo caso, la exclusión de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios desarrollada en la Directiva de Comercio Electrónico, y en la futura DSA, no afecta a la posibilidad de que los perjudicados puedan entablar las acciones de cesación correspondientes. Dichas acciones de cesación pueden consistir en órdenes emanadas de tribunales o autoridades administrativas competentes, en las que se exija poner fin a cualquier infracción, impedir que se cometa, retirar información ilícita, o hacer imposible el acceso a ella⁵⁰⁴.

A continuación, se procede a realizar una revisión de los diversos servicios intermediarios y sus implicaciones, a efectos de determinar la exclusión de responsabilidad para los PSI a la luz de la Directiva de Comercio Electrónico-DSA y su

⁵⁰³ ACEDO PENCO, Á., “La responsabilidad civil extracontractual por atentados contra la dignidad divulgada mediante los servicios de la sociedad de la información en los ordenamientos comunitario y español”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. 4, 2006, pp. 106 y 115.

⁵⁰⁴ Considerando 45, Directiva 2000/31 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000.

trasposición en España a través de la LSSICE, haciendo especial énfasis en el servicio de alojamiento de datos por la incidencia que tiene en el desarrollo de la libertad de expresión en Internet.

3.1. *Carácter técnico de las funciones del prestador de servicios intermediarios*

Un factor común a todos los servicios intermediarios es precisamente la necesidad de que el PSI simplemente ejecute funciones técnicas en la prestación de dichos servicios, a efectos de beneficiarse de la exclusión de responsabilidad derivada de los contenidos ilícitos. Esto, a efectos de que no se manipule o modifiquen los datos, ni se colabore deliberadamente con los destinatarios de sus servicios a fin de cometer actos ilegales que rebasen las actividades de mero transporte o almacenamiento automático, provisional y temporal⁵⁰⁵.

En el Considerando 42 de la Directiva, se especifica que las exclusiones de responsabilidad solo se aplican a aquellos casos en los que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información se limite a un proceso técnico, es decir, a explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación⁵⁰⁶. Actividades de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, que implican que el prestador de servicios de la sociedad de la información no tenga conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada⁵⁰⁷.

El artículo 14.2 de la Directiva de Comercio Electrónico no permite la aplicación de la exclusión de responsabilidad cuando el destinatario del servicio actúa bajo la autoridad o control del PSI. En esencia, el régimen de responsabilidad de la Directiva de Comercio

⁵⁰⁵ Considerando 43 y 44, Directiva 2000/31 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000.

⁵⁰⁶ “(...) A este respecto, se desprende del considerando 42 de la Directiva sobre el comercio electrónico que las exenciones de responsabilidad establecidas en dicha Directiva solo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información tiene naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada (...)” (...)” Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, *Google France SARL, Google Inc. contra Louis Vuitton Malletier, S.A. Google France SARL contra Viaticum, S.A. Luteciel SARL y Google France SARL contra CNRRH*, asuntos acumulados C-236/08 y C-238/08, de 23 de marzo de 2010, apartados 112 y 113.

⁵⁰⁷ Considerando 42, Directiva 2000/31 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000.

Electrónico busca reivindicar el carácter técnico que tienen los servicios intermediarios prestados por los PSI. De ahí que sea importante para valorar o no la responsabilidad del prestador de servicios intermediarios el comportamiento neutral que ha observado en su conducta⁵⁰⁸.

En este supuesto, si se tratara de contenidos propios del PSI, ésta ya no podría considerarse un mero intermediario técnico. Se asimila esta situación al caso en que no exista verdadera independencia entre el proveedor y quien suministra los contenidos, por hallarse este último bajo el control o la autoridad del PSI. De nuevo no se deja claro en qué debe consistir el control o la autoridad⁵⁰⁹.

El TJUE interpreta el artículo 14.1 de la Directiva de Comercio Electrónico en el sentido de que se aplica al operador que no desempeñe un papel activo, que le permita adquirir conocimiento o control de los datos almacenados⁵¹⁰. Así, el PSI no podrá acogerse a la exclusión de responsabilidad prevista en esa disposición, cuando haya tenido conocimiento de hechos o circunstancias a partir de las cuales un operador diligente hubiera debido constatar el carácter ilícito del contenido y, en caso de adquirir tal conocimiento, no haya actuado con prontitud.

De manera que existe un claro riesgo de pérdida de exclusión de responsabilidad en aquellos casos en los que, por ejemplo, se controla y moderan contenidos, como sucede

⁵⁰⁸ “(...) el mero hecho de que el operador de un mercado electrónico almacene en su servidor ofertas de venta, determine las condiciones de su servicio, sea remunerado por lo mismo y dé información general a sus clientes no puede implicar que se le excluya de las exenciones de responsabilidad previstas por la Directiva 2000/31. Cuando, por el contrario, este operador presta una asistencia consistente, entre otras cosas, en optimizar la presentación de las ofertas de venta en cuestión o en promover tales ofertas, cabe considerar que no ha ocupado una posición neutra entre el cliente vendedor correspondiente y los potenciales compradores, sino que ha desempeñado un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de los datos relativos a esas ofertas. (...)”, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, *L’Oréal, S.A., Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & CIE, L’Oréal (UK) Ltd vs eBay International AG, eBay Europe SARL, eBay (UK) Ltd, Stephen Potts, Tracy Ratchford, Marie Ormsby, James Clarke, Joanna Clarke, Glen Fox, Rukhsana Bi*, asunto C-324/09 de 12 de julio de 2011, apartado D. 1, p. 14.

⁵⁰⁹ “La única precisión adicional proviene del Comentario de los artículos, donde se destaca que el control relevante es el control de los actos del destinatario y no el control sobre la información en cuanto tal.” PEGUERA POCH, M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, op. cit., pp. 282 y 283.

⁵¹⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea Gran Sala, *Frank Peterson contra Google LLC, YouTube Inc., YouTube LLC, Google Germany GmbH*, asuntos acumulados C-682/18 y C-683/18, de 22 de junio de 2021.

en las redes sociales. ¿Implica esto entonces, que se pierde automáticamente la exclusión de responsabilidad, por llevar a cabo estas labores que la propia normativa les exige, a efectos de cumplir sus labores con la debida diligencia? Entendemos que es importante que se actualice el alcance real de lo que es la “función técnica” del PSI para ajustarla a la realidad actual de las plataformas digitales. Debe atenderse a las particularidades de los actuales mecanismos de restricción implementados por los prestadores de servicios intermediarios en sus plataformas. Teniendo en cuenta la automatización de este tipo de controles y el volumen de información que se aloja minuto a minuto en una plataforma, es muy probable que el carácter técnico de la labor desempeñada por el PSI no se pierda, manteniéndose, por tanto, la opción de aplicar las exclusiones de responsabilidad incluso en estos casos.

3.2. Mera transmisión

De conformidad con el artículo 12⁵¹¹ de la Directiva de Comercio Electrónico, no se podrá considerar al prestador de servicios de la sociedad de la información consistentes en transmitir a una red de comunicaciones, datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones responsable cuando: a) no haya originado él mismo la transmisión; b) no seleccione al destinatario/receptor de la transmisión; y, c) no seleccione ni modifique los datos/la información transmitidos⁵¹².

Estas actividades engloban el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos transmitidos siempre que dicho almacenamiento sirva exclusivamente para

⁵¹¹ A efectos del artículo 2.f) de la Propuesta de Reglamento de servicios digitales se entenderá por “servicio de «mera transmisión» aquel que “(...) consiste en transmitir en una red de comunicaciones, información facilitada por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones; (...)”

⁵¹² “(...) el artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2000/31/CE enuncia que los Estados miembros deben garantizar que los prestadores que facilitan un servicio de acceso a una red de comunicaciones no pueden ser considerados responsables de los datos que les hayan sido transmitidos por los destinatarios de ese servicio siempre que se cumplan los tres requisitos establecidos en dicha disposición (...) (...) cuando se cumplen dichos requisitos, el prestador que facilita el acceso a una red de comunicaciones no es responsable y, por tanto, queda excluido en todo caso que el titular de derechos de autor pueda solicitar a ese prestador de servicios una indemnización debido a que la conexión a dicha red ha sido utilizada por terceros para infringir sus derechos (...)” Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 3ª), asunto número C-314/11, de 27 de marzo de 2014, FJ. 73 y 74.

ejecutar la transmisión, en la red de comunicaciones y que su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para dicha transmisión⁵¹³.

En la transposición realizada en el artículo 14 de la LSSICE se mantiene en esencia lo indicado en la Directiva. Se exceptúan aquellos supuestos en los que el prestador haya originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado éstos o a los destinatarios de dichos datos. Es decir, aquellos en los que deje de lado su actuación meramente técnica y sea partícipe activo de las actuaciones.

Finalmente, el artículo 12.3 de la Directiva 2000/31/CE, indica que nada de lo regulado en el artículo afectará la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exija al prestador de servicios que ponga fin a la infracción o que la impida.

En lo que respecta a la Ley de Servicios Digitales, el artículo 3 mantiene en esencia la regulación del artículo 12 de la Directiva de Comercio Electrónico, contemplando las mismas condiciones que se exigen actualmente para garantizar la exclusión de responsabilidad a los prestadores de servicios de mera transmisión. En este sentido, se indica claramente, que el almacenamiento propio de este tipo de servicio deberá realizarse con la única finalidad de ejecutar la transmisión en la red de comunicaciones y que su duración no deberá superar el tiempo razonablemente necesario para dicha transmisión.

3.3. Almacenamiento automático, provisional y temporal (memoria tampón - caching)

En lo que respecta a este tipo de servicios de la sociedad de la información, el artículo 13⁵¹⁴ de la Directiva de Comercio Electrónico, que corresponde al artículo 4 de la DSA,

⁵¹³ De conformidad con lo establecido en la Considerando 43 de la Directiva 2000/31/CE, “*Un prestador de servicios puede beneficiarse de las exenciones por mera transmisión (mere conduit) y por la forma de almacenamiento automático, provisional y temporal, denominada «memoria tampón» (caching) cuando no tenga participación alguna en el contenido de los datos transmitidos; esto requiere, entre otras cosas, que no modifique los datos que transmite. (...)*”

⁵¹⁴ A efectos del artículo 2.f) de la Propuesta de Reglamento de servicios digitales se entenderá por “servicio de memoria tampón (caching) aquel que “(...) consiste en transmitir por una red de comunicaciones, información facilitada por el destinatario del servicio que conlleve el almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, con la única finalidad de

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

señala que, cuando se preste un servicio consistente en transmitir por una red de comunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador del servicio no podrá ser considerado responsable del almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, realizado con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicios, a petición de éstos, cuando el prestador de servicios: a) no modifique la información; b) cumpla las condiciones de acceso a la información; c) cumpla las normas relativas a la actualización de la información las cuales deberán ser ampliamente reconocidas y utilizadas por el sector; d) no interfiera en la utilización lícita de tecnología ampliamente conocida y utilizada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información; e) actúe con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o inhabilitar el acceso en cuanto tenga conocimiento efectivo del hecho de que la información contenida en la fuente inicial de la transmisión ha sido retirada de la red, de que se ha inhabilitado el acceso a dicha información o de que un tribunal o una autoridad administrativa ha ordenado retirarla o impedir que acceda a ella.

El espíritu de este artículo mantiene el objetivo general de la Directiva en relación con las exclusiones de responsabilidad restablecidas. Al ser una actividad de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, el prestador carece de conocimiento y control de la información transmitida o almacenada. De manera que si el prestador de servicios colabora deliberadamente con uno de los destinatarios de su servicio a fin de cometer actos ilegales rebasa ese carácter técnico y por lo tanto no podrá beneficiarse de la exclusión de responsabilidad reconocida⁵¹⁵.

La transposición de este artículo al ordenamiento español mediante el artículo 15 de la LSSICE mantiene fielmente los supuestos anteriormente señalados en la Directiva.

Al igual que en el artículo 12.3, el artículo 13.2 de la Directiva 2000/31/CE indica de nuevo que nada de lo regulado en el artículo no afectará la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados

hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de estos; (...)

⁵¹⁵ Ver Considerando 44 de la Directiva 2000/31/CE.

miembros, exija al prestador de servicios que ponga fin a la infracción o que la impida.

Por su parte, el artículo 4 de la Ley de Servicios Digitales, de nuevo mantiene en esencia la regulación del artículo 13 de la Directiva de Comercio Electrónico. Contempla por tanto las mismas condiciones que se exigen actualmente para garantizar la exclusión de responsabilidad a los prestadores de servicios de memoria tampón, incluida la mención al conocimiento efecto del que debe carecer el PSI para beneficiarse del régimen de responsabilidad contemplado.

3.4. Alojamiento de datos

Entre los servicios intermediarios contemplados en la Directiva de Comercio Electrónico, el servicio de alojamiento tiene una gran incidencia en el derecho fundamental a la libertad de expresión e información. Gracias a este servicio de intermediación los usuarios pueden publicar contenidos en diversas plataformas web o acceder a la información que otros han compartido en la red. No en vano, en la Considerando 46, se deja claro que la retirada de datos o la actuación encaminada a impedir el acceso a los mismos habrá de llevarse a cabo respetando el principio de libertad de expresión, observando los procedimientos establecidos a tal fin a nivel nacional⁵¹⁶.

El alojamiento de datos es la actividad que consiste en alojar o almacenar, con carácter no meramente provisional, los datos facilitados por el destinatario, que podrá consistir o en almacenamiento de páginas web o en almacenamiento de mensajes que envía y recibe el destinatario del servicio⁵¹⁷. Este servicio no solo lo prestan las compañías de telecomunicaciones que se encargan de transmitir la señal, sino también las empresas

⁵¹⁶ “(...) el proveedor no quedaría privado de la exclusión de responsabilidad a pesar de no haber removido o bloqueado el acceso al contenido si esa falta de remoción o bloqueo se debe al imperativo de las normas que el Estado miembro ha establecido para la protección de aquél derecho (...)”. PEGUERA POCH, M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, op. cit., p. 27 y p. 285.

⁵¹⁷ “(...) servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar a petición del destinatario de este servicio, datos facilitados por dicho destinatario (...)” PEGUERA POCH, M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, op. cit., p. 273. Ver CLEMENTE MEORO, M.E.; CAVANILLAS MÚGICA, S., *Responsabilidad civil y contratos en Internet. Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Editorial Comares, Granada, 2003, p. 15.

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

que prestan espacio de disco en sus servidores para el alojamiento de sitios *web*, o quien permite alojar contenidos en el propio sitio *web*, es decir, la variedad de sujetos y supuestos es muy amplia.

De ahí que el problema de la responsabilidad por alojamiento de contenidos ajenos se plantea, por ejemplo, los foros de internet con espacio para las intervenciones de participantes, en *chats* y *blogs* que permiten comentarios y aportaciones de los usuarios, sitios *web* con libro de visitas. También se entendería contemplados los sitios de comercio electrónico que alojan las valoraciones de los clientes en relación con los productos adquiridos, o en las plataformas electrónicas de subastas y en muchos otros supuestos similares⁵¹⁸. Las plataformas de la *web 2.0* se beneficiaron de las funcionalidades técnicas del alojamiento de datos. Con la evolución de la tecnología ahora se permite que la prestación de servicios que ha migrado a la nube y toda la tecnología *cloud* en sí misma se beneficie. De ahí que, insistimos, este tipo de servicio sea de trascendental importancia para las libertades informativas, por lo que la implementación de mecanismos de control por los prestadores de estos servicios intermediarios tiene un importante impacto para estas libertades fundamentales.

La exclusión de la responsabilidad de los PSI por el alojamiento de contenidos de terceros, en cierta medida puede favorecer el pleno ejercicio de las libertades informativas en la *web*⁵¹⁹, ya que garantiza que, desde un punto de vista técnico, el PSI no sea responsable por los daños generados a terceros por el alojamiento de contenidos ilícitos.

⁵¹⁸ “(...) A mi juicio, tanto el proveedor del hosting como el titular del sitio *web* realizan una actividad subsumible en el supuesto del artículo 14.1 DEC. Esto implica que ambos, siempre que cumplan los requisitos necesarios, podrán invocar la exclusión de responsabilidad en el caso de que alguno de los mensajes enviados al foro tuviera carácter ilícito. Ciertamente, el titular del sitio *web* que organiza un foro de discusión no responde al concepto de proveedor de hosting, puesto que carece de servidores propios y no se dedica a alojar sitios *web* de terceros. Sin embargo ¿acaso su actividad en relación con los mensajes que se publican en el foro no constituye un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos proporcionados por terceros, destinatarios –usuarios– de dicho servicio? Así es, y no hay duda por tanto de que también aquí se verifica el supuesto de hecho contemplado en el artículo 14.2 DCE. Cabrá objetar que, si se trata de un sitio *web* que no realiza actividad económica, por ejemplo, una página personal, su titular no estará prestando un servicio en la sociedad de la información.” PEGUERA POCH, M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, op. cit., p. 274.

⁵¹⁹ COTINO HUESO, L., “Encaje constitucional de la responsabilidad en la “*web 2.0*””, op. cit., pp. 6 y 7.

En los términos señalados por el artículo 14⁵²⁰ de la Directiva de Comercio Electrónico⁵²¹, y según ha precisado el TJUE en sus diversas sentencias⁵²², procede en primer lugar determinar si se trata de un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar o alojar datos. En segundo lugar, si el prestador del servicio es un mero intermediario, es decir, si se limita a una prestación neutra de dicho servicio mediante un tratamiento técnico y automático de los datos facilitados por el cliente o usuario. Posteriormente, si ha tendido conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita. En lo relativo a la acción por daños y perjuicios, si verificará si el PSI no ha tenido conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o si, tras haber adquirido conocimiento de estos extremos, ha actuado con prontitud para retirar los datos en cuestión o hacer que el acceso a ellos sea imposible.

El régimen de responsabilidad de los prestadores del servicio de *hosting* o alojamiento se regula en el artículo 16 de la LSSICE⁵²³. Como se ha afirmado, el

⁵²⁰ A efectos del artículo 2.f) de la Propuesta de Reglamento de servicios digitales se entenderá por “servicio de alojamiento” aquel que “(...) *consiste en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio a petición de este; (...)*”

⁵²¹ "Artículo 14 Alojamiento de datos

1. Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que:

a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que,

b) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.

2. El apartado 1 no se aplicará cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o control del prestador de servicios.

3. El presente artículo no afectará la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exijan al prestador de servicios de poner fin a una infracción o impedir la, ni a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan procedimientos por los que se rija la retirada de datos o impida el acceso a ellos.” Artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE.

⁵²² Ver Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, L’Oréal, S.A., Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & CIE, L’Oréal (UK) Ltd vs eBay International AG, eBay Europe SARL, eBay (UK) Ltd, Stephen Potts, Tracy Ratchford, Marie Ormsby, James Clarke, Joanna Clarke, Glen Fox, Rukhsana Bi, asunto C-324/09 de 12 de julio de 2011.

⁵²³ “Artículo 16. Responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

alojamiento no solo contempla el servicio prestado por el proveedor hosting de un sitio web, sino que además incluye a aquellos titulares o administradores de blog, wiki o foro, quienes en la medida en la que alojan datos suministrados por terceros, realiza una función subsumible en el supuesto general de alojamiento de datos contemplado en el artículo 16 de la LSSI⁵²⁴.

Así, habrá lugar a responsabilidad de los PSI cuando tenga conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos o datos almacenados, o cuando constituyan una lesión a terceros susceptible de indemnización y que, teniendo ese conocimiento efectivo, no se haya actuado con «diligencia» para su retirada⁵²⁵.

En los términos del artículo 16 de la LSSICE, determinar si el PSI tiene o no conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido, se erige como el criterio fundamental para determinar si el intermediario puede o no acogerse a la exclusión de responsabilidad en los términos contemplados en la norma⁵²⁶.

Asimismo, se limita la responsabilidad a los prestadores del servicio de almacenamiento de datos, quienes deberán obrar con prontitud para retirar o impedir el

Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que:

No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o

Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

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

La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador.”

⁵²⁴ PEGUERA POCH, M., “Sólo sé que no sé nada (efectivamente): la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI”, op. cit., p. 4.

⁵²⁵ CONDE BUESO, I.; DÍEZ LÓPEZ I., “Artículo 16: Responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos”, *La nueva ley de Internet (Comentarios a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)*, La Ley, Madrid, 2003, p. 285.

⁵²⁶ PEGUERA POCH, M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, op. cit., p. 295.

acceso a datos ilícitos cuando tenga conocimiento efectivo de dichas actividades ilícitas.

Teniendo en cuenta la incidencia que la noción de conocimiento efectivo tiene en la exclusión de responsabilidad para los prestadores de servicios de alojamiento, se procederá a posteriori, en este apartado, a su análisis independiente, a la luz de la jurisprudencia del TJUE y de los Tribunales españoles.

Por su parte, el artículo 5.1 de la Ley de Servicios Digitales señala que el alojamiento de datos consiste en almacenar información facilitada por el destinatario del servicios, que no podrá ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario cuando: (i) no tenga conocimiento efectivo de una actividad ilícita o de un contenido ilícito y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o el contenido revele su carácter ilícito, o que (ii) cuando tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar el contenido ilícito o inhabilitar el acceso al mismo. Como se puede apreciar, las condiciones son las ya contempladas en la Directiva de Comercio Electrónico.

El artículo 5.1 de la DSA no se aplicará cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o control del prestador de servicios, perdiendo por tanto el PSI la condición de mero alojador desde un punto de vista técnico. Tampoco será de aplicación el apartado 1 del artículo 5 cuando, en virtud de la legislación de protección al consumidor. En concreto las plataformas en línea que permitan que los consumidores formalicen contratos a distancia con comerciantes. Según se explica en los Considerandos, esta regulación se incluye a fin de garantizar la protección efectiva de los consumidores que efectúan transacciones comerciales intermediadas en línea. En la medida en que dichas plataformas en línea presenten la información pertinente en relación con las transacciones en cuestión de manera que induzca a los consumidores a creer que la información ha sido facilitada por las propias plataformas en línea o por destinatarios del servicio que actúan bajo su autoridad o control. En este supuesto, dichas plataformas en línea tendrían por tanto conocimiento de la información o control sobre la misma, aunque puede que en realidad no sea el caso. En ese sentido, deberá determinarse de manera objetiva, teniendo en cuenta

todas las circunstancias pertinentes, si la presentación podría inducir a un consumidor medio y razonablemente bien informado a creerlo así⁵²⁷.

A efectos de la DSA, los prestadores de servicios de alojamiento de datos desempeñan un papel especialmente importante en la lucha contra los contenidos ilícitos en línea, ya que almacenan información proporcionada por los destinatarios del servicio, y a petición de estos, y normalmente facilitan el acceso de otros destinatarios a la misma, a veces a gran escala.

En relación con este tipo de servicios, la Ley de Servicios Digitales incluye una serie de garantías para los usuarios a efectos de canalizar denuncias sobre contenidos presuntamente ilícitos, y la implementación de procedimientos mendiantemente estructurados por parte del PSI. El análisis de estas nuevas facultades y garantías concedidas a los usuarios de los servicios de alojamiento a la luz de la DSA será desarrollado en el apartado 4 del presente Capítulo.

3.5. Enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda

A pesar de no estar expresamente regulado como servicio de la sociedad de la información en el Capítulo II, Sección 4 de la Directiva de Comercio Electrónico, los servicios de motor o instrumento de búsqueda son servicios intermediarios propios de la sociedad de la información, y que su actividad es susceptible de ser amparada por el ámbito de la libertad de expresión e información.

En el Considerando 18 de la Directiva de Comercio Electrónico se dispone que, los servicios de la sociedad de la información no se limitan únicamente a servicios que dan lugar a contratación en línea. Así, en la medida en que representan una actividad económica, también serán servicios de la sociedad de la información aquellos no remunerados por sus destinatarios, o aquellos que consisten en ofrecer instrumentos de

⁵²⁷ Considerando 23 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

búsqueda, acceso y recopilación de datos⁵²⁸. No en vano, en el artículo 21 de dicha Directiva se recordó la necesidad de reexaminar la necesidad de adaptar la Directiva de Comercio Electrónico y estudiar la necesidad de presentar propuestas relativas a la responsabilidad de los proveedores y servicios de instrumento de localización⁵²⁹.

Por su parte, en España en el régimen de los prestadores del servicio de instrumentos de búsqueda o motores de búsqueda, se regula en el artículo 17 de la LSSICE⁵³⁰. De conformidad con lo establecido en este artículo, habrá lugar a responsabilidad del prestador de servicios de instrumentos de búsqueda cuando tenga conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos o datos almacenados, o cuando constituyan una lesión a terceros susceptible de indemnización y que, tendiendo ese conocimiento efectivo, no se haya actuado con «diligencia» para su retirada⁵³¹.

Cuando un internauta efectúa una búsqueda a partir de una o varias palabras, el motor de búsqueda muestra los resultados naturales de la búsqueda que son aquellos sitios que parecen ajustarse más a dichas palabras por orden decreciente de pertinencia⁵³². A

⁵²⁸ Considerando 18 de la Directiva 2000/31/CE.

⁵²⁹ Artículo 21.2 de la Directiva 2000/31/CE.

⁵³⁰ “Artículo 17. Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda

Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que:

No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o

Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar enlace correspondiente.

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

La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos”.

⁵³¹ CONDE BUESO, I.; Díez López I., “Artículo 16: Responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos”, op. cit., p. 285.

⁵³² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, Google France SARL, Google Inc. contra Louis Vuitton Malletier, S.A. Google France SARL contra Viaticum, S.A. Luteciel SARL y Google France SARL contra CNRRH, asuntos acumulados C-236/08 y C-238/08, de 23 de marzo de 2010, apartado 22.

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

continuación, se establecen algunas de las principales características de su funcionamiento:

- i. Un motor de búsqueda en Internet, en principio, no crea nuevo contenido autónomo. En su forma más simple, únicamente indica dónde pueden encontrarse contenidos ya existentes, puestos a disposición en Internet por terceros, proporcionando un hipervínculo a la página web que contiene los términos buscados⁵³³.
- ii. Los resultados que ofrece un motor de búsqueda en Internet no se basan en una búsqueda instantánea de todo el *world wide web*, sino que se compilan a partir del contenido que el motor de búsqueda en Internet ha tratado previamente. Ello significa que el motor de búsqueda en Internet ha recopilado contenidos a partir de páginas web existentes, que ha copiado, analizado e indexado en sus propios dispositivos⁵³⁴.
- iii. Para que los resultados sean más fáciles de usar, los motores de búsqueda normalmente muestran contenidos adicionales además del enlace a las páginas web originales. Pueden ser extractos de texto, contenido audiovisual o incluso instantáneas de las páginas web fuente. Esta vista previa de la información puede, al menos en parte, recuperarse a partir de los dispositivos del proveedor de servicios de motor de búsqueda en Internet, y no instantáneamente desde la página web original. Ello quiere decir que el proveedor del servicio está realmente en posesión de la información expuesta de este modo⁵³⁵.

En el caso específico de *Google*, su motor de búsqueda cuenta con una función de rastreo llamada «googlebot», que rastrea constante y sistemáticamente en Internet y pasa de una página a otra sobre la base de los hipervínculos entre páginas, solicita a los sitios situados que le envíen una copia de la página visitada. La función de indexación de

⁵³³ Conclusiones del Abogado General Sr. Nilo Jääskinen presentadas el 25 de junio de 2013. Asunto C-131/12 Google Spain, S.L., Google Inc. contra la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, apartado 33.

⁵³⁴ Conclusiones del Abogado General Sr. Nilo Jääskinen presentadas el 25 de junio de 2013. Asunto C-131/12 Google Spain, S.L., Google Inc. contra la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, apartado 34.

⁵³⁵ Conclusiones del Abogado General Sr. Nilo Jääskinen presentadas el 25 de junio de 2013. Asunto C-131/12 Google Spain, S.L., Google Inc. contra la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, apartado 35.

Google analiza las copias de estas páginas web fuente. Los reactivos (palabras clave, términos de búsqueda) hallados en las páginas se registran en el índice del motor de búsqueda. El elaborado algoritmo de búsqueda de *Google* también examina la relevancia de los resultados de la búsqueda. Las combinaciones de estos términos clave con las direcciones *URL*, cuando pueden hallarse, forman el índice del motor de búsqueda. Las búsquedas iniciadas por los usuarios se ejecutan dentro del índice. A los efectos de indexar y disponer los resultados de búsqueda, se registra la copia de las páginas en la memoria oculta del motor de búsqueda⁵³⁶.

Para el TJUE⁵³⁷, el legislador engloba en el concepto de “*servicio de la sociedad de la información*” todos los servicios prestados a distancia, a petición individual de un destinatario de servicios y normalmente a cambio de una remuneración, razón por la cual debe concluirse que el servicio de motor de búsqueda dado que reúne todos los elementos de dicha definición⁵³⁸. El Grupo sobre protección de datos del Artículo 29 señala que, en el contexto de la Directiva de Comercio Electrónico, los motores de búsqueda se consideran un tipo de servicio de la sociedad de la información y más en concreto herramientas de localización de la información⁵³⁹.

⁵³⁶ “Una copia de la página web fuente buscada, almacenada en la memoria oculta, puede mostrarse después de que el usuario haya llevado a cabo la búsqueda.” Conclusiones del Abogado General Sr. Nilo Jääskinen presentadas el 25 de junio de 2013. Asunto C-131/12 *Google Spain, S.L., Google Inc. contra la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, apartado 74.

⁵³⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, *Google France SARL, Google Inc. vs. Louis Vuitton Malletier; S.A, Google France SARL v. Viaticum, S.A., LUTECIEL SARL; Google France SARL v. Centre national de recherche en relation humaines (CNRRH) SARL, Pierre-Alexis Thonet, Bruno Raboin, Tiger SARL.*, asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08 de 23 de marzo de 2010, apartados 109 y 110.

⁵³⁸ Al respecto cabe citar “En la década de los noventa, el acceso generalizado a Internet era un fenómeno novedoso. Hoy en día, el volumen de contenido digitalizado disponible online se ha multiplicado exponencialmente. La posibilidad que tenemos todos de obtener, consultar y difundir información a través de las redes sociales o las demás plataformas, y descargarse a varios dispositivos, como las tabletas, los smartphones y los ordenadores portátiles, no tiene precedentes. Está claro que el legislador comunitario no pudo prever esta revolución mundial del mundo tecnológico, no obstante, la Directiva de Comercio Electrónico, (...) es el marco jurídico que la regula.” Conclusiones del Abogado General Sr. Nilo Jääskinen presentadas el 25 de junio de 2013. Asunto C-131/12 *Google Spain, S.L., Google Inc. contra la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, apartado 27.

⁵³⁹ A lo que añaden “Los motores de búsqueda tratan información, incluida la información personal, explorando, analizando e indexando Internet y otras fuentes que pueden explorar y hacer fácilmente accesible por medio de estos servicios. Algunos servicios de motores de búsqueda también vuelven a publicar los datos en las llamadas “memoria caché””, Grupo sobre protección de datos del artículo

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

Como servicio de la sociedad de la información, el servicio de intermediación de motor de búsqueda goza de la posibilidad de acogerse al régimen de exclusión de responsabilidad de la Directiva de Comercio Electrónico. Entre otras razones, por la precisión técnica propias de su funcionamiento, el carácter automático, técnico y pasivo del servicio, y la falta de participación directa en los contenidos almacenados o transmitidos electrónicamente, razón por la cual no existía tampoco obligación de controlar ni supervisar los resultados de las búsquedas obtenidas por los usuarios⁵⁴⁰. Como se señaló previamente en España está expresamente reconocido por la LSSICE no solo como servicio de la sociedad de la información, sino que se reconoce a los prestadores la posibilidad de someterse al régimen de responsabilidad que en ella se regula.

Además, a partir de la sentencia de la Gran Sala del TJUE de 13 de mayo de 2014, Google Spain, S.L. contra Agencia Española de Protección de Datos, asunto C-131/12, el alcance de la responsabilidad del prestador de servicios de motor de búsqueda adquiere otra interpretación.

La trascendencia de esta decisión se enmarca en el tipo de servicio prestado por Google es esencial para el derecho de acceso a la información. Teniendo en cuenta que la accesibilidad universal a la información en Internet depende en gran medida de los motores de búsqueda, dicho servicio es de gran aportación al acceso a la información y con ello al ejercicio de la libertad de expresión e información⁵⁴¹, ya que sin ellos hallar

29, *Dictamen 1/2008 sobre cuestiones de protección de datos relacionadas con motores de búsqueda*, emitido el 4 de abril de 2008, en http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2008/wp148_es.pdf, p 6. y 14.

⁵⁴⁰ Al respecto ver Conclusiones del Abogado General Sr. Nilo Jääskinen presentadas el 25 de junio de 2013. Asunto C-131/12 Google Spain, S.L., Google Inc. contra la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, apartado 86.

⁵⁴¹ “(...) los motores de búsqueda son servicios que ayudan a sus usuarios a encontrar información en Internet. Se pueden distinguir según el tipo de datos que buscan, incluso imágenes y/o vídeos, y/o sonido o distintos tipos de formatos.” Grupo sobre protección de datos del artículo 29, *Dictamen 1/2008 sobre cuestiones de protección de datos relacionadas con motores de búsqueda*, op. cit., pp. 5 y 6.

información relevante sería demasiado complicado y difícil, además se limitaría el acceso real a los resultados⁵⁴².

En esta sentencia, que tuvo como base la solicitud de interpretación de los artículos 2.b) y d), 4.1.a), 12.b y 14.a) de ya derogada Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995 (la “Directiva de Protección de Datos”)⁵⁴³, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Esta sentencia afectó necesariamente la interpretación de otros derechos fundamentales como la libertad de expresión e información y el acceso a la información como fuente necesaria para la generación de una opinión pública formada.

En dicha sentencia, el TJUE señaló que la actividad de un motor de búsqueda consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado⁵⁴⁴. Esto en criterio del TJUE es un tratamiento de datos de personales⁵⁴⁵.

⁵⁴² Conclusiones del Abogado General Sr. Nilo Jääskinen presentadas el 25 de junio de 2013. Asunto C-131/12 Google Spain, S.L., Google Inc. contra la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, apartado 45.

⁵⁴³ Directiva derogada por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

⁵⁴⁴ Como señala PALMA ORTIGOSA en relación con las obligaciones asignadas a los motores de búsqueda en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea asunto C-136/17 de 24 de septiembre de 2019 “(...) el motor de búsqueda deberá llevar a cabo todas las actuaciones que estén bajo su mano para evitar que de esa clasificación que ha de realizar de enlaces, se desprenda una imagen distorsionada y no actualizada del procedimiento judicial. (...) Tal proceso de clasificación puede presentar, no obstante, algunos problemas. En primer lugar, es probable que exista una insuficiencia de enlaces en la lista del buscador que no refleje la pretendida imagen actual del proceso judicial (...) En segundo lugar, incluso cuando existan enlaces en el buscador que refleje esa imagen actual, otro problema que también puede aparecer es el relativo a valorar qué enlaces deben aparecer en la parte alta de dicha lista cuando ellos reflejen esa imagen actual. (...)” PALMA ORTIGOSA, A., “El derecho al olvido de los datos relativos a procesos judiciales penales. La obligación de estructurar la lista de resultados de forma actualizada por parte del gestor de un motor de búsqueda”, pp. 3 y 4, disponible en <https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/74983/139267.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, consultado el día 7 de enero de 2022.

⁵⁴⁵ Conclusiones del Abogado General Sr. Nilo Jääskinen presentadas el 25 de junio de 2013. Asunto C-131/12 Google Spain, S.L., Google Inc. contra la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, apartado 70.

Si bien en otras sentencias el TJUE remarcó la importancia de velar por mantener un justo equilibrio⁵⁴⁶ entre los derechos fundamentales que pudieran ponerse en pugna en el marco de la prestación de un servicio de la sociedad de la información, en este caso, el derecho de un interesado a la protección de su vida privada se impuso a otros derechos fundamentales, especialmente al derecho a la libertad de expresión y la libertad de información. En esta sentencia el TJUE impuso una serie de obligaciones a los prestadores de servicios de motores de búsqueda que alteró dicho justo equilibrio, y limitó el derecho a la libertad de expresión o abrió la puerta a ello.

Así, como consecuencia de esta sentencia y en aras de la protección del derecho de supresión, o más conocido como derecho al olvido, prestadores como *Google* han implementado una serie de mecanismos a través de los cuales los usuarios de Internet que se sientan afectados puedan solicitar al PSI la retirada de información relativa a sus datos de carácter personal⁵⁴⁷.

Lo que quizá pasó por alto la citada sentencia es que, en la sociedad de la información actual, 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 depurada de las mismas.

3.6. *Noción de conocimiento efectivo como condicionante para la aplicación de la exclusión de responsabilidad*

Revisado el régimen de responsabilidad aplicable a los prestadores de servicios intermediarios, se ha puesto de relieve la importancia que la noción de “*conocimiento efectivo*” tiene en la exclusión o determinación de dicha responsabilidad. Principalmente

⁵⁴⁶ “El Grupo de Trabajo es consciente del papel particular que desempeñan los motores de búsqueda en el contexto de la información en línea. El Derecho comunitario en materia de protección de datos y los Derechos de los distintos Estado miembros deben llegar a un equilibrio entre la protección del derecho a la intimidad y la protección de los datos personales, por una parte, y la libre circulación de información y el derecho fundamental a la libertad de expresión, por otra parte” Grupo sobre protección de datos del artículo 29, *Dictamen 1/2008 sobre cuestiones de protección de datos relacionadas con motores de búsqueda*, op. cit., p. 14.

⁵⁴⁷ Al respecto ver <https://www.google.com/intl/es/policies/faq/> y con relación al formulario de “Solicitud de retirada de resultados de búsqueda en virtud de la normativa de protección de datos europea” ver https://support.google.com/legal/contact/lr_eudpa?product=websearch&hl=es

en lo que respecta a los servicios de alojamiento de datos y motores de búsqueda. Una de las condiciones que debe cumplir el PSI para poder acogerse a las exclusiones de responsabilidad, en el marco de la prestación de los servicios de intermediación, es carecer de conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos que aloja o almacena.

Teniendo en cuenta la trascendencia que este requisito tiene para la procedencia de la exclusión de responsabilidad, ha suscitado muchas interpretaciones jurisprudenciales, así como gran debate doctrinal. Como se viene diciendo, cualquier factor que reduzca las opciones del PSI de acogerse al régimen de exclusión de responsabilidad, pone en peligro a las libertades informativas. La incertidumbre por la legalidad de los contenidos y la amenaza de una sanción o indemnización en cabeza de los PSI, por contenidos de terceros, genera un efecto amenazante y abre las puertas a censuras colaterales.

Al igual que sucede con la actual redacción de la Directiva 2000/31/CE y en la trasposición en la LSSICE, en la DSA no se incluye mayor precisión respecto de cuándo debe entenderse que el PSI tiene conocimiento efectivo. En cualquier caso, la Ley de Servicios Digitales contempla una serie de garantías para los usuarios tales como mecanismos de notificación y retirada, transparencia y diligencia que pueden, de alguna manera, ayudar a paliar esta circunstancia. De igual manera, la doctrina jurisprudencial sentada por el TJUE y el Tribunal Supremo en diversos casos previos relativos al conocimiento efectivo, también resultarán de gran ayuda para interpretar esta noción.

3.6.1. Alcance de la noción “conocimiento efectivo”

El artículo 14.1.a) de la Directiva de Comercio Electrónico establece que el PSI deberá carecer de conocimiento directo respecto de la ilicitud de la actividad o la información que aloja. En lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tener conocimiento de hechos o circunstancias por lo que la actividad o la información revele su carácter ilícito⁵⁴⁸.

En la DSA el artículo 5 dispone que el prestador de servicios intermediarios de

⁵⁴⁸ “La Directiva, sin embargo, extiende la exclusión de responsabilidad también al ámbito de la responsabilidad penal, y decide que para gozar de tal exclusión basta con carecer de conocimiento

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

alojamiento no será responsable de los datos almacenados a petición del destinatario cuando no tenga conocimiento efectivo de una actividad ilícita o de un contenido ilícito y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por lo que la actividad o el contenido revele su carácter ilícito. Como se puede apreciar, ambos artículos guardan similitud.

En lo que respecta a la LSSICE, en los citados artículos 16 y 17 se describen cuatro supuestos a partir de los cuales el intermediario puede tener “conocimiento efectivo” de la ilicitud de la actividad o la información almacenada o a la que se remite o recomienda:

- i. mediante la resolución de un órgano competente. Dicha resolución puede bien, declarar que los datos son ilícitos y ordenar que se retiren, o bien ordenar que se bloquee el acceso a los contenidos;
- ii. cuando se declara la existencia de una lesión de bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, y el PSI conozca dicha resolución;
- iii. a través de procedimientos de detección y retirada de contenidos voluntariamente adoptados. En este supuesto, serán las reglas acordadas por el PSI, las que determinarán las condiciones que acompañan la detección y retiro de los contenidos ilícitos; y,
- iv. por cualquier otro medio de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

Tal y como se expuso, en la Directiva de Comercio Electrónico se exige, para excluir la responsabilidad civil, carecer no sólo de conocimiento efectivo directo de la ilicitud sino también del conocimiento a través de hechos o circunstancias que revelen el carácter ilícito de la información⁵⁴⁹. Es importante señalar que, en la transposición realizada por el legislador español de la Directiva de Comercio Electrónico, se omite la diferenciación que se realizaba respecto del conocimiento efectivo directo e indirecto. Este cambio

efectivo, sin que sea necesario además no conocer hechos o circunstancias que revelen la actividad ilícita. Los requisitos para hacer valer la exclusión de responsabilidad en el caso de una acción de resarcimiento de daños y perjuicios, por tanto, son más gravosos para el intermediario que cuando se trata de evitar la responsabilidad penal.” PEGUERA POCH, M., La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet, op. cit., pp. 279 y 280.

⁵⁴⁹ PEGUERA POCH, M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, op. cit., p. 296.

introducido por el legislador español dio lugar a que el prestador de servicios de la sociedad de la información tuviera la expectativa de contar con un conocimiento efectivo exclusivamente por la orden de un órgano competente.

Inicialmente la doctrina construyó dos interpretaciones en lo que se refiere al conocimiento efectivo. Según una primera interpretación, habrá conocimiento efectivo siempre que se esté previamente ante una resolución de un órgano competente que determine la ilicitud de los datos en cuestión. Una segunda interpretación, más conforme a la Directiva, las vías señaladas en el artículo tienen una naturaleza meramente ejemplificativa y no excluyente por lo que puede probarse la existencia de conocimiento efectivo de cualquier otra manera⁵⁵⁰. Con relación a la primera interpretación, el contexto de la actividad de alojamiento resulta irrelevante, a no ser que revele precisamente el conocimiento de la resolución que declara la ilicitud de los datos alojados o enlazados. En el segundo supuesto, se invita a examinar el contexto de la actividad de intermediación. En este escenario, la prueba del conocimiento efectivo puede darse no solamente a partir de la notificación de la parte afectada, sino también en la forma e información que rodea la actividad de alojamiento o enlace.⁵⁵¹

De igual manera, la Directiva de Comercio Electrónico no define en sí «conocimiento efectivo», ni «conocimiento de hechos o circunstancias que revelen la ilicitud», tampoco establece un mecanismo específico para la obtención del conocimiento efectivo. Es importante recordar que la propia Directiva 2000/31/CE establece que los ordenamientos de los Estados miembros no podrán exigir al proveedor que lleve a cabo una supervisión general de los contenidos ni, que realice búsquedas activas de posibles elementos de ilicitud⁵⁵².

Ahora bien, al incorporar la noción de “*conocimiento efectivo*” el legislador

⁵⁵⁰ CLEMENTE MEORO, M.E.; CAVANILLAS MUGICA, S., *Responsabilidad civil y contratos en Internet. Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, op. cit., pp. 27 y 28.

⁵⁵¹ CLEMENTE MEORO, M.E.; CAVANILLAS MUGICA, S., *Responsabilidad civil y contratos en Internet. Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, op. cit., p. 29.

⁵⁵² PEGUERA POCH, M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, op. cit., p. 27

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

comunitario abrió la puerta a múltiples interpretaciones que no han brindado seguridad jurídica a la prestación de servicios de la sociedad de la información. En últimas el PSI se ve abocado a implementar una serie de medidas en aras de dar muestras de diligencia, pero sin una certeza de que al final con alguna de ellas esté cumpliendo la normativa. Básicamente porque la normativa es muy ambigua y difusa en su redacción. Ello sin mencionar que entre las medidas fijadas por el PSI pueda darse algunas con las que se ponga en riesgo el derecho a la libertad de expresión e información de los usuarios en Internet.

En el Considerando 22 de la DSA se establece que el prestador puede obtener dicho conocimiento efectivo, en particular, a través de investigaciones realizadas por iniciativa propia o avisos recibidos de personas físicas o entidades de conformidad con la propia DSA. En la medida en que los avisos sean suficientemente precisos y estén adecuadamente fundamentados para que un operador económico pueda detectar de manera razonable y, en su caso, actuar contra el contenido presuntamente ilícito, generará igualmente conocimiento efectivo en el PSI. Estos mecanismos de notificación y retirada que se regulan en el artículo 14 de la DSA y será estudiados en el apartado 5.4 del presente Capítulo. En todo caso, es importante adelantar que en el numeral 3 de este artículo se indica que los avisos que incluyan los elementos a que se refiere el artículo 14.2, conferirán un conocimiento efectivo al PSI a los efectos del servicio de alojamiento de datos y la configuración de la exclusión de responsabilidad. Entendemos que el legislador europeo en esta ocasión ha querido, de alguna manera, dar una mayor seguridad respecto de cuáles son los elementos mínimos que se deben señalar en cualquier tipo de denuncia de contenidos presuntamente ilícitos.

Una vez empezaron a analizarse casos a la luz de la Directiva de Comercio Electrónico como de la LSSICE los pronunciamientos jurisprudenciales empezaron a aclarar el alcance real de esta disposición. Diversos de estos pronunciamientos ampliaban el efecto de este concepto, afectando la aplicabilidad del régimen de exclusión de responsabilidad y por tanto la protección a la libertad de expresión.

Para el TJUE esta disposición debe interpretarse no solo a la luz de su tenor, sino

también teniendo en cuenta su contexto y los objetivos perseguidos y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte⁵⁵³. En criterio del TJUE el artículo 14.1 de la Directiva de Comercio Electrónico constituye, según se establece en sus Considerandos 41 y 46, la expresión del equilibrio que ésta pretende alcanzar entre los diferentes intereses en juego, entre los que figura el respeto a la libertad de expresión⁵⁵⁴.

En otra de sus decisiones, el TJUE aclara que el hecho de que el afectado realice una notificación no determina automáticamente que el operador pierda la posibilidad de invocar la exclusión de responsabilidad prevista en el artículo 14 de la Directiva de Comercio Electrónico. Ya que, por ejemplo, la notificación de la existencia de actividades o informaciones supuestamente ilícitas puede resultar excesivamente imprecisa o no encontrarse suficientemente fundamentada⁵⁵⁵. Esto tiene mayor sentido cuando, como es el caso, la misma Directiva no se encarga de regular las condiciones mínimas que debe reunir la notificación ni la actuación que debe realizar el PSI una vez la recibe.

Entendemos que una vez aprobada la DSA este criterio jurisprudencial ya no tendrá aplicación, dado que precisamente el artículo 14 incluye detalla la regulación sobre los mecanismos de notificación y acción, en el que se contemplan los elementos que deberán incluirse en los avisos y notificaciones. Además, como señalamos previamente en este mismo apartado, el cumplimiento de las formalidades recogidas en el artículo 14.2 de la DSA, permitirá que se configure el conocimiento efectivo del contenido presuntamente ilícito por parte del PSI, con las implicaciones que esto tiene para su régimen de responsabilidad.

⁵⁵³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, Frank Peterson contra *Google LLC, YouTube Inc., YouTube LLC, Google Germany GmbH*, asuntos acumulados C-682/18 y C-683/18, de 22 de junio de 2021, apartado 105.

⁵⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, Frank Peterson contra *Google LLC, YouTube Inc., YouTube LLC, Google Germany GmbH*, asuntos acumulados C-682/18 y C-683/18, de 22 de junio de 2021, apartado 113.

⁵⁵⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, *L'Oréal, S.A., Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & CIE, L'Oréal (UK) Ltd vs eBay International AG, eBay Europe SARL, eBay (UK) Ltd, Stephen Potts, Tracy Ratchford, Marie Ormsby, James Clarke, Joanna Clarke, Glen Fox, Rukhsana Bi*, asunto C-324/11, de 27 de marzo de 2014, apartado 15.

3.6.2. Interpretación jurisprudencial de la noción de conocimiento efectivo en España

En España, a efectos de aclarar el alcance interpretativo de este concepto y superar esta confusión en la práctica⁵⁵⁶, el Tribunal Supremo en diversas sentencias ha manifestado precisamente que la interpretación que debe realizarse de la noción “conocimiento efectivo” debe ser amplio⁵⁵⁷. Esto teniendo en cuenta que el PSI puede obtener el conocimiento efectivo “por cualquier otro medio de conocimiento que pudiera establecerse”. En criterio del Tribunal Supremo, en el actual mundo de las telecomunicaciones, caracterizado por la facilidad y rapidez de difusión de los datos, remitir al perjudicado a la previa obtención de una declaración formal de ilicitud, cuando la potencial ilicitud del contenido es notoria, multiplicaría los perjuicios ocasionados⁵⁵⁸.

En el caso *Putasgae*⁵⁵⁹, el Tribunal Supremo señaló que la interpretación del artículo 16 a la luz de la Directiva de Comercio Electrónico no permite reducir injustificadamente las posibilidades de obtención del “conocimiento efectivo” de la ilicitud de los contenidos almacenados. Se amplía correlativamente el ámbito de la exclusión de responsabilidad en relación con los términos de la norma armonizadora, que exige un efectivo conocimiento, pero sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo⁵⁶⁰. De ahí que, a partir de dicha sentencia, el PSI también deba tomar en consideración aquellos contenidos que revelen de manera clara su ilicitud, sin que para ello deba existir una orden previamente emitida por un órgano competente.

Este es el primer pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre este concepto, por lo que la jurisprudencia previa, en todos los niveles, era bastante dispar por lo que no había

⁵⁵⁶ PEGUERA POCH, M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, op. cit., pp. 296 y 297.

⁵⁵⁷ Ver entre otras sentencias Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), número 226/2021, de 27 de abril, FJ. 5; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), número 235/2020, de 2 de junio, FJ 3 y 4.

⁵⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), número 805/2013, de 7 de enero, FJ 4.

⁵⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), número 7684/2009, de 9 de diciembre.

⁵⁶⁰ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), número 773/2009, de 9 de diciembre, FJ 4.

claridad respecto de esta disposición normativa⁵⁶¹.

Posteriormente, el Tribunal Supremo ha reiterado la doctrina jurisprudencial del caso *Putasgae*. Así, la Sala de lo Civil (Sección 1ª) en la sentencia número 72/2011, de 10 de febrero, caso “*alabarricadas.org*”, señala que se reduce injustificadamente las posibilidades de obtención del “conocimiento efectivo” de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía correlativamente el ámbito de la exclusión, en aquellos casos en los que el intermediario alega que no se ha declarado previamente la ilicitud del contenido por un órgano competente. El Tribunal Supremo recuerda que el propio artículo 16 de la Ley 34/2002 permite esa interpretación favorable a la Directiva al dejar a salvo la posibilidad de “*otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse*”. Por lo anterior, no cabe descartar que la propia disposición normativa atribuya igual valor al “*conocimiento efectivo*” que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o

⁵⁶¹ Un claro reflejo de esto se evidencia en las primeras sentencias emitidas por los órganos judiciales respecto de la responsabilidad de los PSI por alojar contenidos ilícitos. Así, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10), sentencia número 511/2008 de 16 de julio (“*Veloxia Network*”), no encontró responsable al administrador de un foro, al entender que no se había declarado la ilicitud de los datos albergados en él por ningún órgano judicial. Además, para la Audiencia no concurrió falta de diligencia en la retirada de dichos datos, pues no fue requerido en ningún momento por los titulares de los derechos presuntamente vulnerados, además los mensajes no podían ser tachados de ser manifiestamente ilícitos. Por su parte la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1ª), sentencia número 5388/2009 de 9 de julio (“*mindoniense*”), no declaró responsables a los administradores de páginas web de opinión, dado que no se acreditó que se hubiera tenido por parte de ellos conocimiento efectivo de la ilicitud de los comentarios. Tampoco se determina falta de diligencia, ya que una vez notificada la orden de retirada de los comentarios por parte de la policía judicial, se procede a retirar los comentarios. Se descartó la aplicación del régimen jurídico de la prensa escrita por considerarse que son situaciones diferentes, ya que en una el editor tiene facultades de control y supervisión previa.

También es importante señalar lo dispuesto por otro Juzgado al respecto: “No puede compartir este juzgador la idea de que se centren las diversas informaciones como imputaciones genéricas al demandando, pues algunas no eran controladas por el mismo, y además procede de las más diversas fuentes periodísticas, algunas incluso de oficinas de prensa de los tribunales. (...) debe tenerse en cuenta que en la denominada “*blogoesfera*” o también “*web 2.0*” la diferencia con una publicación normal es que la misma es abierta a la participación de todos los internautas. Por tanto, el autor del blog no consta que tuviera el control de dicha carta, lo cual se podría haber probado con el conocimiento de la “*IP*” de quien introdujo dicha carta, cuestión ésta sobre la que ninguna prueba existe en autos, por lo que no puede imputarse el contenido de esta al demandado.” Sentencia Juzgado Primer Instancia número 18 de Valencia, número 244/2010, de 27 de octubre.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21) número 181/2010 de 13 de abril (“*foros de Rankia*”), se suma a las conclusiones de la sentencia del caso *Mindoniense*, al afirmar que los administradores de foro ejercen un control a posteriori de la comunicación. El juzgador calificó como actos diligentes, que el titular de la web tuviera actualizados los datos del contacto, para que de esta manera el interesado pudiera ponerse en contacto con él cuando fuera necesario y, que la respuesta del prestador del servicio fuese rápida y eficiente para evitar que el comentario ilícito vertido por terceros se difundiera o reprodujera desde su sitio web.

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

circunstancias aptos para posibilitar⁵⁶².

En la misma línea, en la sentencia número 742/2012 de 4 de diciembre, la Sala de lo Civil, Sección 1ª del Tribunal Supremo señala que no cabe prescindir del valor que tiene el “conocimiento efectivo” que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate⁵⁶³.

Esta postura del Tribunal Supremo, que constituye hoy en día su doctrina jurisprudencial en lo que respecta al conocimiento efectivo⁵⁶⁴. Por tanto, para el Tribunal Supremo no cabe prescindir de que la Directiva de Comercio Electrónico atribuye igual valor al conocimiento efectivo que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias

⁵⁶² Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), número 72/2011, de 10 de febrero, FJ 4.

⁵⁶³ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), número 742/2012, de 4 de diciembre, FJ 7.

⁵⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), número 805/2013, de 7 de enero, FJ 4. En este caso en concreto el Tribunal Supremo señaló “(...) a tenor de las circunstancias del caso, que la demandada tuvo tal conocimiento efectivo por las siguientes razones:

(1ª) Porque quedó probado que, si bien no podía filtrar a priori la información que a través de sus foros de internet se incorporaba, contaba en su página web con sistemas de control, detección o moderación de su contenido, así como que, en el caso de autos, no funcionaron o no se activaron correctamente, pues no se ha cuestionado que las opiniones y manifestaciones de los usuarios atentaban claramente contra el honor del demandante y que el foro en cuestión estaba siendo víctima de un ataque "troll", de manera que debió reaccionar frente al mismo y prohibir el acceso a la página, así mediante una expulsión de usuario, etc., nada de lo cual hizo, pese a ser conocedora de la información difundida a través de los foros, como declaró en el acto de la vista su representante y así lo recogió la sentencia de primera instancia, que resultó confirmada en este aspecto por la ahora recurrida.

Además, la entidad demandada tenía medios para identificar y localizar al autor de las opiniones adoptando las medidas pertinentes al respecto.

(2ª) No obsta a lo anterior el que no haya precedido ninguna resolución judicial que declarase la ilicitud del contenido de las manifestaciones, pues es claro que, en el actual mundo de las telecomunicaciones, caracterizado por la facilidad y rapidez de difusión de los datos, remitir al perjudicado a la previa obtención de una declaración formal de ilicitud, cuando la intromisión en el derecho fundamental al honor es tan notoria como en el caso que nos ocupa - en el que se emplean expresiones tales como " hijos de puta, estafador, ladrón... " y graves amenazas hacia la persona del demandante - multiplicaría los perjuicios ocasionados, hasta el extremo de que, cuando obtuviese respuesta a la tutela judicial pretendida, aquellos perjuicios pudieran ser ya irreparables.

Además de lo expuesto, tampoco consta que la entidad demandada actuase con diligencia para retirar los datos o impedir el acceso a ellos, aunque no hubiera recibido el cuestionado burofax, pues, al menos, desde que fue emplazada tuvo conocimiento de todo, pese a lo cual consta acreditado documentalmente que, a fecha dos de octubre de dos mil siete, aún se encontraban tales comentarios en la página de la demandada. (...)”

lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate⁵⁶⁵.

En vista de lo anterior, es posible afirmar que la interpretación jurisprudencial de la noción “conocimiento efectivo” se ha centrado en aclarar la amplitud de su alcance. Las autoridades judiciales no admiten que el intermediario espere que se produzca el pronunciamiento de un órgano competente sobre la ilicitud del contenido para proceder a la supresión de este. La posibilidad de alcanzar el “conocimiento efectivo” a través de otros medios de conocimiento debe verse reforzada además por las características específicas del contenido presuntamente ilícito, y por esos otros medios en sí mismos, es decir, los requisitos que deben reunir para poder determinar que el régimen de exclusión de responsabilidad no es aplicable en función de ese “conocimiento efectivo” que el PSI ha adquirido.

Esta interpretación amplia del conocimiento efectivo lleva a que en ocasiones eventos incluso circunstanciales puedan ser tenidos en cuenta a efectos de constatar el conocimiento efectivo por parte del PSI, por lo que no podría beneficiarse de la exclusión de responsabilidad. Teniendo en cuenta el estado actual de la configuración de las plataformas, es bastante poco probable que no pueda afirmarse que un prestador de servicio de intermediación no ha tenido conocimiento efectivo de una situación ilícita. Incluso en los supuestos en los que los mecanismos de restricción implementados por el PSI no sean operativos, se valorará como falta de diligencia por su parte para la erradicación de este tipo de contenidos. Es casi como si la labor del PSI sea tener ese conocimiento efectivo a toda cosa, situación que puede resultar excesiva, incluso realizando una interpretación amplia de la noción de conocimiento efectivo introducida por la Directiva de Comercio Electrónico.

Estas circunstancias siempre serán valoradas por los órganos judiciales como un indicio de que ha tenido lugar el conocimiento efectivo de la presunta ilicitud del contenido ilícito. Entendemos que esta interpretación fomenta la puesta en marcha de mecanismos de restricción de la libertad de expresión, bien como una muestra de

⁵⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), número 742/2012, de 4 de diciembre, FJ 7.

diligencia por parte del PSI o bien a efectos de anticipar el alojamiento de contenidos ilícitos en las plataformas. Con esto se desvirtúa además la inexistencia de la obligación general de supervisión comentada en el apartado anterior. Además, se fomenta el *chilling effect*, por tanto, se dificulta un efectivo ejercicio de la libertad de expresión.

La fijación de políticas de comportamiento por parte de los administradores a la luz de la noción de “*conocimiento efectivo*”, así como enlaces destinados a facilitar un contacto entre el usuario y el moderador del foro para resolver dudas o atender quejas. Estos son actos que acreditan la diligencia de los administradores de páginas web con servicios propios de las plataformas en línea. Además pueden brindar un mayor respaldo al destinatario del servicio que contacte al moderador para obtener respuestas a su solicitud, lo que es clave para un funcionamiento más armónico del sitio web⁵⁶⁶. No se puede pasar por alto que la calificación de contenidos como “notoriamente ilícitos”, “potencialmente delicados” o “claramente lesivos”⁵⁶⁷, puede llegar a ser atentatoria de la libertad de expresión.

3.6.3. *Sobre la diligencia debida en la retirada o limitación del acceso a contenidos ilícitos*

De conformidad con el artículo 14.1.b) de la Directiva de Comercio Electrónico, una vez se tiene conocimiento efectivo, se beneficiará de la exclusión de responsabilidad

⁵⁶⁶ Al respecto “(...) es claro que el demandado no puede responder del contenido de las comunicaciones remitidas por terceros a su página Web mientras no tenga conocimiento efectivo de que las mismas son ilícitas o lesionan bienes o derechos de distinta persona susceptibles de indemnización; sin embargo sí le es exigible una diligencia mínima para que, de producirse alguna de las situaciones descritas, pueda el perjudicado comunicarse con él de forma fácil y directa para interrumpir la publicación de aquellas manifestaciones verbales o fotográficas que le resulten lesivas. Diligencia que en este caso no observó el demandado manteniendo en el registro como su domicilio uno inexacto o, cuando menos, no actual, que impidió el demandante comunicarse con él, permitiendo el acceso de terceros a dicha página web hasta que aquél acudió a la vía judicial en defensa de sus intereses.” Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13) número 420/2009, de 22 de septiembre.

⁵⁶⁷ A este respecto, resulta oportuno recordar la particular Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3ª) sentencia número 126/2011 de 17 de junio, respecto de uno hechos presuntamente constitutivos del delito de violencia doméstica. En el FJ3 de esta decisión judicial se concluye que “la expresión “zorra” utilizada en el escrito de recurso, escuchada la grabación de la vista oral, no se utilizó por el acusado en términos de menosprecio o insulto, sino como descripción de un animal que debe actuar con especial precaución, a fin de detectar riesgos contra el mismo”. Así, lo que para muchos otros podría resultar ser un insulto evidente y denigratorio de la condición de mujer, precisamente en instancia judicial se descartó su carácter de insulto.

el PSI que actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible. De igual manera, el artículo 5.1.b) de la DSA también establece que en cuanto tenga conocimiento efectivo, el prestador de servicios debe actuar con prontitud para retirar el contenido ilícito o inhabilitar el acceso al mismo. De nuevo se deja el concepto “prontitud” de forma indefinida. De manera, que tal y como sucede actualmente, se estará a lo determinado caso a caso.

El TJUE nos habla de la actuación de un operador económico diligente que, a partir del conocimiento de hechos o circunstancias, por ejemplo, a través de una notificación por parte del tercero afectado, debiera constatar su carácter ilícito y que haya actuado con prontitud⁵⁶⁸. No obstante, tampoco califica ni define los actos de diligencia que se podrían exigir a los prestadores de servicios, como, por ejemplo, o bien un plazo cierto para entender que se ha obrado con «prontitud» en la retirada o bloqueo de los datos o por lo menos instar a los Estados a que concreten estos conceptos en la trasposición de la norma.⁵⁶⁹

Además de la necesidad de acreditar la ausencia de “*conocimiento efectivo*”, el PSI debe demostrar que ha obrado con diligencia. El Tribunal Supremo cita, en el caso *Putasagae*, el anteriormente citado Considerando 48 de la Directiva de Comercio Electrónico. Como ya se mencionó, dicho Considerando señala la potestad que tienen los Estados miembros de exigir a los PSI un deber de diligencia a fin de detectar y prevenir determinados tipos de actividades ilegales.

Esta diligencia se materializa, por ejemplo, facilitando al usuario el contacto con el PSI, o en la rapidez con la que el PSI retire o limite el acceso a los contenidos ilícitos alojados o recomendados. Así, una vez el PSI tenga conocimiento de la ilicitud del contenido, debe actuar con prontitud para la retirada de los datos o hacer que el acceso a

⁵⁶⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, *L'Oréal, S.A., Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & CIE, L'Oréal (UK) Ltd vs eBay International AG, eBay Europe SARL, eBay (UK) Ltd, Stephen Potts, Tracy Ratchford, Marie Ormsby, James Clarke, Joanna Clarke, Glen Fox, Rukhsana Bi*, asunto C-324/09 de 12 de julio de 2011, apartados 13 a 15.

⁵⁶⁹ PEGUERA POCH, M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, op. cit., p. 27.

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

ellos sea imposible⁵⁷⁰. También se valora la diligencia con la que se proceda a retirar los datos o impedir el acceso a ellos a partir de que se le comunique, por ejemplo, mediante burofax, las circunstancias denunciadas⁵⁷¹. Sin perjuicio de que como se indicó previamente, actualmente la normativa no recoge un plazo cierto para atender este requerimiento, la jurisprudencia del Tribunal Supremo suele incluir en sus Fundamentos valoraciones sobre los plazos transcurridos y el período durante el cual se mantiene la publicación sin que se plantee un criterio objetivo al respecto.

Llevado al extremo este deber de diligencia se podría decir que el PSI debe asumir una función de control que claramente excede los alcances de la prestación de un servicio. Además de ir en contra de la prohibición al deber de supervisión señalada en la Directiva de Comercio Electrónico, se pone en peligro la protección de la libertad de expresión en Internet

Al igual que se señala respecto de los plazos ciertos, tanto la Directiva de Comercio Electrónico como la LSSICE carecen de cualquier tipo de regulación del procedimiento a seguir para la denuncia y retirada de contenidos presuntamente ilícitos⁵⁷². Se hace alusión a procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger derechos fundamentales y otras libertades públicas. No obstante, hoy en día solo los pronunciamientos judiciales sirven de referente para establecer la efectividad de la denuncia del afectado ante el PSI y los requisitos mínimos que la comunicación debe

⁵⁷⁰ En este caso, del foro “economista.es” la notificación fue remitida mediante burofax sin que se indicara cuales comentarios eran los que el afectado consideraba ofensivos. Para el Tribunal Supremo dada la naturaleza del mensaje, calificado como sumamente grave y claramente ofensivo, no podía pasar inadvertido al titular de la página. Sumado a lo anterior, en el sitio web no solo se albergaban contenidos externos, sino que se daba la posibilidad de realizar comentarios, incorporándolos a la noticia. Circunstancias que permitieron considerar que el sitio web exigía un mayor cuidado y diligencia por parte del PSI. Además, se probó que el PSI rehusó recibir el fax remitido por el demandante, impidiendo con ello la interrupción de la difusión de los comentarios lesivos y ofensivos para su persona facilitando su prolongación en el tiempo. Por todo lo anterior, en la citada sentencia se concluye que la entidad demandada incumplió el deber de diligencia que le incumbía. Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), número 128/2013, de 26 de febrero, FJ 4.

⁵⁷¹ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), número 805/2013, de 7 de enero, FJ 4.

⁵⁷² A manera de ejemplo, no se tiene claro cuáles son los puntos mínimos que debe incluir la comunicación remitida por el titular de los derechos presuntamente afectados, la documentación que debe acompañar a la comunicación ni los plazos que tiene el PSI para contestar a dicha comunicación. Algunos PSI han incluido en sus plataformas formularios para canalizar las denuncias de sus usuarios y así tratar de estandarizar el contenido de sus denuncias y las vías a través de las cuales se reciben y se da trámite a las mismas.

reunir. Esta es una realidad que tal y como se expone en el siguiente apartado viene a modificar la DSA como una de sus principales aportaciones.

La normativa actualmente vigente ha querido evitar la obligatoriedad de suprimir páginas web por simples denuncias de particulares⁵⁷³. Ahora bien, a partir de la entrada en vigor de la DSA si las infracciones y lesiones a derechos de terceros son flagrantes y evidentes, la simple denuncia o puesta en conocimiento de un particular, obligaría al intermediario a suprimir la página alojada para evitar que naciese cualquier responsabilidad frente a terceros⁵⁷⁴. En todo caso, esto no se aleja de la doctrina jurisprudencial sentada al respecto en las decisiones judiciales más recientes.

En consecuencia, el precepto no instituye una exoneración total de responsabilidad civil por alojar o almacenar contenidos ajenos ilícitos, sino que precisa el canon de diligencia, de conformidad con un criterio razonable e inspirado en los mismos principios que se han expuesto respecto de los PSI ya vistos, que ha de regir la actuación de este PSI en orden definir en qué supuestos es posible la imputación subjetiva de la responsabilidad de aquella naturaleza.

⁵⁷³ En la Sentencia número 289/2010 del Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid, de 20 de septiembre señaló que al no existir obligación de los titulares de los sitios web de supervisar los contenidos alojados en sus páginas web, corresponde al afectado facilitar al PSI el conocimiento efectivo de aquellos contenidos que pueden lesionar sus derechos. Es una muestra de colaboración por parte del afectado, para la efectiva protección de los derechos presuntamente conculcados, acreditar pormenorizadamente los hechos alegados, no bastando la mera sospecha o el indicio racional para probarlo. En esta misma línea, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), en la sentencia número 144/2013, de 4 de marzo, caso *Google Inc.*, recordó que tampoco es suficiente poner en conocimiento el inicio de acciones civiles ni hacer una mera mención a la existencia de una resolución judicial, máxime cuando, como en este caso, la información por sí misma no revela de manera notoria su carácter ilícito. Así, el Tribunal Supremo consideró que no se podía alegar la existencia del “conocimiento efectivo” por parte del PSI pues no se remitía junto a la comunicación la resolución judicial de homologación del acuerdo de 18 de septiembre de 2007 en la que se pudiera corroborar lo alegado por el afectado. Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), número 144/2013, de 4 de marzo, FJ 5.

⁵⁷⁴ PEGUERA POCH, M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, op. cit., p. 295.

3.7. Régimen de responsabilidad derivado de la protección a la propiedad intelectual y su impacto en la libertad de expresión online

Sin perjuicio de que no es objeto de estudio de esta Tesis doctoral el impacto de la Internet en la propiedad intelectual, al ser un régimen de responsabilidad que se aplica a los prestadores de servicios intermediarios que puede entrar en colisión con la libertad de expresión, será brevemente reseñado en este apartado.

La Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y los derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE (la “Directiva sobre derechos de autor”), introduce un régimen especial que deroga el sistema establecido por la Directiva sobre comercio electrónico para la responsabilidad de las plataformas en línea. Sin centrarse en este sistema de responsabilidad que se aplica a los proveedores de servicios de intercambio de contenidos en línea cuando alojan contenidos protegidos por derechos de autor sin la autorización previa de los titulares de estos, es interesante examinar las nuevas salvaguardias introducidas por la Directiva sobre derechos de autor⁵⁷⁵.

En primer lugar, los proveedores de servicios de intercambio de contenidos en línea deben proporcionar a los titulares de derechos, a petición de éstos, información adecuada sobre el funcionamiento de sus prácticas en materia de cooperación y, cuando se celebren acuerdos de licencia entre los proveedores de servicios y los titulares de derechos, las plataformas deben proporcionar información sobre el uso de los contenidos cubiertos por

⁵⁷⁵ “Las medidas tomadas por los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea en cooperación con los titulares de derechos deben serlo sin perjuicio de la aplicación de las excepciones y limitaciones de los derechos de autor, incluyendo en particular aquellas que garantizan la libertad de expresión de los usuarios. Debe permitirse que los usuarios carguen y pongan a disposición contenidos generados por los usuarios para fines específicos de cita, crítica, examen, caricatura, parodia o pastiche. Ello es particularmente importante a los efectos de lograr un equilibrio entre los derechos fundamentales establecidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»), en particular la libertad de expresión y la libertad artística, y el derecho de propiedad, incluida la propiedad intelectual. Esas excepciones y limitaciones deben por lo tanto ser obligatorias a fin de garantizar que los usuarios reciban una protección uniforme en toda la Unión”. Considerando 70, Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790&from=EN> consultado el día 15 de marzo de 2020.

los acuerdos. En segundo lugar, estos proveedores tienen que poner en marcha un mecanismo de reclamación y recurso eficaz y rápido al que los usuarios puedan acceder en caso de litigio por la imposibilidad de acceder a las obras o prestaciones cargadas por ellos, o por su retirada⁵⁷⁶. La Directiva sobre derechos de autor también exige que los proveedores de servicios de intercambio de contenidos en línea tramiten estas reclamaciones sin demoras indebidas y sometan sus decisiones de retirada de contenidos a una revisión humana⁵⁷⁷. En tercer lugar, los Estados miembros tienen que garantizar la disponibilidad de mecanismos imparciales de recurso extrajudicial para la resolución de litigios, que no deben privar a los usuarios de la protección jurídica que ofrece la legislación nacional.

Cabe resaltar el artículo 17.3 de la Directiva sobre derechos de autor, que indica que cuando los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea sean responsables de actos de comunicación al público o de puesta a disposición, según se define en la propia Directiva sobre derechos de autor, la limitación de responsabilidad prevista en el artículo 14.1 de la Directiva de Comercio Electrónico no resultará de aplicación. Por tanto, el PSI deberá atender al cumplimiento de dichas disposiciones so pena de la declaratoria de responsabilidad por participar en los señalados actos. En el apartado correspondiente al análisis del régimen de responsabilidad de la Directiva de Comercio Electrónico y de la LSSICE ya fueron objeto de estudio diversas sentencias del TJUE en las que analiza cómo deben ser interpretados diversos artículos de la Directiva de derechos de autor en relación con la Directiva de Comercio Electrónico y la postura del TJUE al respecto.

En cualquier caso, la obligación de filtrar los contenidos y reconducir la acción hacia el usuario, que tiene que reclamar sus derechos individualmente contra el prestador de servicios, puede dar lugar a una inactividad de los usuarios, incluso aunque tengan razón,

⁵⁷⁶ “Los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea también deben instaurar mecanismos de reclamación y recurso efectivos y ágiles para que los usuarios puedan transmitir sus quejas respecto de las medidas tomadas en relación con sus cargas, en particular cuando puedan beneficiarse de una excepción o limitación de los derechos de autor en relación con una carga para la que se ha inhabilitado el acceso o que se ha retirado”. Considerando 70, Directiva (UE) 2019/790.

⁵⁷⁷ “Cuando los titulares de derechos soliciten a los prestadores de servicios que actúen contra cargas por parte de usuarios, por ejemplo, inhabilitando el acceso a contenidos cargados o retirándolos, dichos titulares de derechos deben justificar debidamente su solicitud”. Considerando 70, Directiva (UE) 2019/790.

y, adicionalmente, generar en caso de duda un bloqueo de los contenidos por parte de los prestadores de servicios con el fin de evitar sanciones, con los consiguientes efectos "inhibitorios" sobre la libertad de expresión⁵⁷⁸.

Es paradigmático ver como en el caso del derecho fundamental a la protección de datos el legislador europeo ha entendido con claridad desde sus orígenes la necesidad de comprometer al responsable del tratamiento, en su mayoría un particular que trata datos personales en el marco de su actividad empresarial, y de dotar al interesado de herramientas eficaces y efectivas para proteger dicho derecho fundamental. Todo esto acompañado por una autoridad administrativa con competencias sancionadoras y de control sobre los responsables del tratamiento. Por el contrario, el espacio que se ha dado a las plataformas digitales en la gestión de este derecho fundamental, convirtiéndolo incluso en un importante activo para sus modelos, no se ha visto acompañado por el mismo espíritu de protección del derecho fundamental a la libertad de expresión.

Por ello es muy importante dotar de recursos más efectivos y directos a quienes ejercen la libertad de expresión en Internet, usuarios y PSI. Para llegar a este punto, primero es necesario admitir que el protagonismo que están teniendo los PSI les erige como garantes de la libertad de expresión y, en algunas ocasiones, vulneradores de la libertad de expresión de quienes usan sus plataformas y ven como en ocasiones sus manifestaciones y pronunciamientos se eliminan sin un debido proceso.

Esto evidencia la necesidad de que existan recursos directos para quien se expresa a través de Internet, que exija un mayor compromiso por parte del PSI en primer lugar en transparencia de sus procedimientos internos de decisión y control y, en segundo lugar, en plazos ciertos que les obligue a contestar los requerimientos que los titulares del derecho a la libertad de expresión les dirijan ante una posible infracción de su derecho fundamental.

⁵⁷⁸ SPINDLER, G., “¿Compartir contenidos en línea o no? Un análisis del artículo 17 de la Directiva sobre propiedad intelectual en el mercado único digital”, op. cit., p. 798.

3.8. *El derecho fundamental a la Protección de Datos. Régimen de responsabilidad aplicable a los PSI y su impacto en la libertad de expresión online*

En lo que respecta a las diversas obligaciones derivadas de la normativa de protección de datos aplicables a los prestadores de servicios intermediarios y su impacto en la libertad de expresión, sin perjuicio de que este análisis no es objeto de la presente Tesis doctoral, se procede a realizar un análisis sucinto de estas implicaciones, a partir del análisis realizado por el TJUE y por el Abogado General en la sentencia de la Gran Sala del TJUE de 13 de mayo de 2014, sobre el derecho al olvido.

En la citada sentencia de la Gran Sala de 13 de mayo de 2014, el TJUE señaló que la actividad de un motor de búsqueda consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado. Esto en criterio del TJUE es un tratamiento de datos de personales⁵⁷⁹.

No obstante que la prestación de servicios de motor de búsqueda en Internet persigue intereses legítimos, en los términos exigidos por el artículo 7.f), de la derogada Directiva de Protección de Datos⁵⁸⁰, concretamente 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 proporcionados por el proveedor de servicios de motor de búsqueda en Internet

⁵⁷⁹ Conclusiones del Abogado General Sr. Nilo Jääskinen presentadas el 25 de junio de 2013. Asunto C-131/12 Google Spain, S.L., Google Inc. contra la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, apartado 70.

⁵⁸⁰ “Artículo 7.- Los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si:

(...) f) es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva.” Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&from=ES>, consultado el día 15 de marzo de 2020.

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

subsidiarios respecto al motor de búsqueda, como la provisión de publicidad mediante palabras clave⁵⁸¹.

Si bien en otras sentencias el TJUE remarcó la importancia de velar por mantener un justo equilibrio⁵⁸² entre los derechos fundamentales que pudieran ponerse en pugna en el marco de la prestación de un servicio de la sociedad de la información, en este caso, el derecho de un interesado a la protección de su vida privada se impuso a otros derechos fundamentales, especialmente al derecho a la libertad de expresión y la libertad de información. En esta sentencia el TJUE impuso una serie de obligaciones a los prestadores de servicios de motores de búsqueda que alteró dicho justo equilibrio, y limitó el derecho a la libertad de expresión o abrió la puerta a ello.

Así, como consecuencia de esta sentencia y en aras de la protección del derecho de supresión, o más conocido como derecho al olvido, prestadores como Google han implementado una serie de mecanismos a través de los cuales los usuarios de Internet que se sientan afectados puedan solicitar al PSI la retirada de información relativa a sus datos de carácter personal⁵⁸³.

Lo que quizá pasó por alto la citada sentencia es que, en la sociedad de la información actual, 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 depurada de las mismas.

⁵⁸¹ Conclusiones del Abogado General Sr. Nilo Jääskinen presentadas el 25 de junio de 2013. Asunto C-131/12 Google Spain, S.L., Google Inc. contra la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, apartado 95.

⁵⁸² “El Grupo de Trabajo es consciente del papel particular que desempeñan los motores de búsqueda en el contexto de la información en línea. El Derecho comunitario en materia de protección de datos y los Derechos de los distintos Estados miembros deben llegar a un equilibrio entre la protección del derecho a la intimidad y la protección de los datos personales, por una parte, y la libre circulación de información y el derecho fundamental a la libertad de expresión, por otra parte” Grupo sobre protección de datos del artículo 29, *Dictamen 1/2008 sobre cuestiones de protección de datos relacionadas con motores de búsqueda*, op. cit., p. 14.

⁵⁸³ Al respecto ver <https://www.google.com/intl/es/policies/faq/> y con relación al formulario de “Solicitud de retirada de resultados de búsqueda en virtud de la normativa de protección de datos europea” ver https://support.google.com/legal/contact/lr_eudpa?product=websearch&hl=es

Tomando como referencia esta importante sentencia, el Reglamento General de Protección de Datos recoge como derecho del interesado el derecho al olvido, reivindicando la importancia de que los titulares de datos personales tengan derecho a que sus datos personales se supriman y dejen de tratarse si ya no son necesarios para los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo, si los interesados han retirado su consentimiento para el tratamiento o se oponen al tratamiento de datos o si el tratamiento de datos incumple el Reglamento de Protección de Datos. Ahora bien, en su Considerando 65, el Reglamento señala que la retención ulterior de los datos personales debe ser lícita cuando sea necesaria para el ejercicio de la libertad de expresión e información, para el cumplimiento de una obligación legal, para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento.

Lo anterior en consonancia con el Considerando 153 del Reglamento de Protección de Datos que recuerda que el Derecho de los Estados miembros debe conciliar las normas que rigen la libertad de expresión e información. En este sentido, el tratamiento de datos personales con fines exclusivamente periodísticos o con fines de expresión académica, artística o literaria debe estar sujeto a excepciones o exenciones para conciliar el derecho a la protección de datos con el derecho a la libertad de expresión e información consagrado en el artículo 11 de la Carta⁵⁸⁴. Lo anterior en atención a la importancia del derecho a la libertad en toda sociedad democrática, que lleva a que nociones relativas a dicha libertad, como el periodismo, se interpreten en sentido amplio. En este sentido, según se recoge en el artículo 17.3 correspondiente al derecho al olvido, se indica que dicho derecho no será de aplicación cuando sea necesario para ejercer del derecho a la libertad de expresión e información, reiterándose posteriormente lo señalado en los citados Considerandos en el artículo 85, relativo al tratamiento y libertad de expresión y de información.

⁵⁸⁴ Considerando 153 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

En lo que respecta a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en el Título X relativo a la garantía de los derechos digitales, el artículo 85 recoge el derecho de rectificación en Internet, señalando que todos tiene derecho a la libertad de expresión en Internet. Sin perjuicio de la reivindicación de este derecho, a continuación se indica en el mismo artículo que los responsables de redes sociales y servicios equivalentes deberán contar con protocolos adecuados para posibilitar el ejercicio del derecho de rectificación ante los usuarios que difundan contenidos que atenten contra el derecho al honor, la intimidad personal y familiar en Internet sin mayor contexto respecto de la preponderancia que el PSI debe dar a la libertad de expresión como derecho fundamental frente algunas expresiones que pueden incomodar al colectivo social pero que se consideran amparados por la libertad de expresión.

4. OBLIGACIONES DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS INTERMEDIARIOS

La DSA incorpora obligaciones para los prestadores de servicios intermediarios en materia de rendición de cuentas, obligaciones claras de diligencia debida para determinados servicios intermediarios, procedimientos de notificación y acción de relación con los contenidos ilícitos y la posibilidad de impugnar las decisiones de moderación de contenidos de las plataformas. De igual manera, tal y como se señala en la Exposición de Motivos de la DSA, la Ley de Servicios Digitales incorpora aclaraciones y orientaciones derivadas de la interpretación que el TJUE ha realizado sobre los diversos artículos de la Directiva de Comercio Electrónico⁵⁸⁵. La Ley de Servicios Digitales pretende fomentar un compartimiento responsable y diligente por parte de los prestadores de servicios intermediarios para garantizar un entorno en línea seguro, que permita a los ciudadanos de la Unión y a otras partes ejercer libremente sus derechos fundamentales, en particular, la libertad de expresión e información⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ Exposición de motivos, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE, p. 3.

⁵⁸⁶ Exposición de motivos, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva

Como se ha afirmado, cargar de excesivas obligaciones a los PSI puede ser contrario a los derechos fundamentales, ya que puede llevar al PSI a tomar medidas contrarias a la libertad de expresión, que pueden ir desde medidas restrictivas hasta desincentivar el abrir espacios para la expresión de opiniones libre y abiertamente. Bajo esta premisa, a continuación, se procede a analizar las obligaciones de los prestadores de servicios intermediarios.

4.1. Información general exigida

En el artículo 5 de la Directiva de Comercio Electrónico se exige a los intermediarios suministrar a los destinatarios del servicio y autoridades competentes sus datos básicos de identificación. Así, el PSI deberá facilitar en un apartado de su sitio web su nombre, dirección, canales que faciliten una comunicación directa y efectiva con él, por ejemplo, dirección de correo electrónico, nombre y número del registro público en el que se encuentre inscrito, entre otros.

Esta medida transmite confianza a los usuarios y consumidores que usen servicios de la sociedad de la información, como el comercio electrónico, en la medida que transmite cierta seguridad en las diversas transacciones que puedan adelantar.

En clara referencia al mencionado artículo 5 de la Directiva de Comercio Electrónico, en el artículo 10 de la LSSICE se consagra la obligación que tienen los PSI de disponer de los medios que permitan, tanto a los destinatarios del servicio como a los órganos competentes, facilitar medios electrónicos para acceder de forma permanente, fácil, directa y gratuita a sus datos informativos, tales como, nombre o denominación social, residencia o domicilio, datos de su inscripción en el Registro Mercantil, entre

2000/31/CE, p. 7. En la misma Exposición de motivos, en las páginas 13 y 14 se indica respecto de los Derechos fundamentales “(...) *La propuesta de Reglamento mitigará el riesgo de que se bloquee la libertad de palabra de forma errónea e injustificada, paliará los escalofriantes efectos sobre la misma y fomentará la libertad de recibir información y expresar opiniones, además de reforzar las posibilidades de recurso de los usuarios. (...) La propuesta solo exigirá la retirada de contenidos ilícitos e impondrá salvaguardias obligatorias cuando se retire información de los usuarios, que incluirán ofrecer explicaciones al usuario, unos mecanismos de reclamación facilitados por los prestadores de servicios y un mecanismo de resolución extrajudicial de litigios. Además, garantizará que los ciudadanos de la UE también estén protegidos cuando utilicen los servicios prestados por prestadores no establecidos en la Unión, pero activos en el mercado interior, dado que esos prestadores también están cubiertos (...)*”

otros⁵⁸⁷. Todo ello con el propósito de facilitar la toma de contacto de los usuarios interesados con el PSI.

No obstante, en su momento esta disposición legal suscitó muchas campañas contrarias a obligar a los PSI a facilitar este tipo de información, ya que se consideraba que era una medida que afectaba el anonimato. Según se ha sostenido, el anonimato es un derecho que debe garantizarse en Internet en los mismos términos que se garantizar en el mundo *offline*. Por lo tanto, este tipo de obligaciones llevadas al PSI no debería exceder a aquellas que se exigirían a quien promueva servicios similares a los de una plataforma digital. En todo caso, como se afirmó en el párrafo anterior, también puede ser una medida que permita a los usuarios identificar a quien se convierte en su proveedor de servicios.

Se resalta esta obligación en principio formal por la valoración que de su cumplimiento han hecho las autoridades judiciales. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, número 72/2011 de 10 de febrero, caso “*alabarricadas.org*”, se señala que el administrador del sitio web *alabarricadas.org* omitió su deber de diligencia, al incumplir con el deber de información en los términos exigidos por el artículo 10 de la LSSICE. En concreto, el PSI mantenía un domicilio inexacto, o cuanto menos no actualizado, impidiendo con ello que el afectado pudiera comunicarse directamente con él, de forma fácil y directa. Esta situación no permitió al usuario poner en conocimiento al PSI de las expresiones y fotografías que consideraba lesivas, y en consecuencia solicitar la interrupción de su difusión. Para el Tribunal Supremo, esta omisión del deber de información permitió que dichos contenidos presuntamente ilícitos siguieran siendo accesibles a los terceros que visitaran dicho sitio web⁵⁸⁸. Solo hasta que el afectado acudió a la vía judicial en defensa de sus intereses particulares se pudo tutelar los derechos presuntamente conculcados. Esta situación se tomó como un indicio de la responsabilidad del PSI en relación con los daños que se le generaron al demandante por la duración de la publicación de los contenidos en su plataforma.

⁵⁸⁷ Artículo 10, de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.

⁵⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 72/2011 de 10 de febrero.

4.2. Obligaciones de transparencia para un entorno seguro

Estas obligaciones aspiran a mejorar la confianza de los destinatarios del servicio, proteger los derechos fundamentales⁵⁸⁹, garantizar la rendición de cuentas y empoderar a los destinatarios del servicio y otras partes afectadas, facilitando a su vez la necesaria supervisión por parte de las autoridades competentes⁵⁹⁰.

La DSA contempla unas obligaciones básicas aplicables a todos los PSI y obligaciones adicionales para los prestadores de servicios intermediarios, concretamente servicios de alojamiento. Además, se concretan otras obligaciones que serán de aplicación únicamente para las plataformas en línea y plataformas en línea de muy gran tamaño.

Así, en el marco de las obligaciones para crear un entorno en línea transparente y seguro, el artículo 10 de la Ley de Servicios Digitales obliga que los PSI a que tengan puntos de contacto que facilite la comunicación directa por vía electrónica con las autoridades de los Estados miembros.

Esta obligación se incluye en la DSA a fin de facilitar unas comunicaciones fluidas y eficientes en relación con las materias reguladas en la Ley de Servicios Digitales. El punto de contacto también puede ser utilizado por los alertadores fiables y por entidades profesionales que mantengan una relación específica con el prestador de servicios intermediarios. Debe servir a fines operativos y no ha de tener necesariamente una

⁵⁸⁹ Tal y como se señala en las Directrices 8/2020 sobre la focalización de los usuarios de medios sociales, adoptada el 13 de abril de 2021, en relación con el tratamiento de datos de los usuarios de medios sociales y el impacto que la falta de transparencia en el tratamiento de datos personales puede tener en la libertad de expresión “(...) 15. La recogida de datos personales por parte de los proveedores de medios sociales puede no limitarse a las actividades realizadas por las personas en la propia plataforma de medios sociales. La focalización de usuarios de medios sociales sobre la base de la información relativa a su comportamiento de navegación u otras actividades fuera de la plataforma de medios sociales puede dar a las personas la sensación de que su comportamiento está siendo sistemáticamente vigilado. Esto puede tener un efecto desincentivador en la libertad de expresión, incluido el acceso a la información²⁰. Estos efectos pueden verse exacerbados si la focalización se basa también en el análisis de los contenidos compartidos por los usuarios de los medios sociales. Si los mensajes privados, las publicaciones y los comentarios son objeto de análisis para su uso comercial o político, esto también puede dar lugar a la autocensura. (...)” Directrices 8/2020 sobre focalización de los usuarios de medios sociales, op. cit., p. 8.

⁵⁹⁰ Considerando 34 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

localización física⁵⁹¹.

Los PSI deberán designar un representante legal en los casos en los que no tenga establecimiento en la Unión Europea. Esta designación se realizará por escrito. Según se recoge en el artículo 11.3 se podrán exigir responsabilidades al representante legal designado por el incumplimiento de obligaciones estipuladas en la DSA, sin perjuicio de la responsabilidad del PSI y las acciones legales que puedan iniciarse contra este. De manera que el representante legal tendrá especial interés en que, en efecto, el PSI cumpla con las diversas disposiciones de la Ley de Servicios Digitales. Entendemos, en todo caso, que se trata de una responsabilidad *invigilando*.

Finalmente, encontramos en la DSA una mención especial, en términos de transparencia, a las condiciones de la prestación del servicio por parte del PSI y a elaboración de informes anuales sobre actividades de moderación de contenidos llevadas a cabo por el PSI.

En relación con la primera de las obligaciones, el artículo 12 obliga a que los PSI incorporen en sus condiciones información sobre cualquier restricción que impongan en relación con el uso de su servicio. Por tanto, será necesario informar sobre todo tipo de políticas, procedimientos, medidas y herramientas que utilicen con fines de moderación de contenidos, incluidas las decisiones algorítmicas. A efectos de la protección de la libertad de expresión, entendemos que esta medida es bastante positiva. Una de las principales críticas que siempre se han trasladado a los PSI es en relación con la falta de transparencia en la gestión de la plataforma. Hasta hace pocos años, los términos y condiciones de las plataformas digitales además de ser documentos que nadie consultaba no informaban al usuario de las razones que motivaban la retirada de sus contenidos. En la actualidad, como se podrá analizar en el Capítulo III de esta Tesis, gran parte de las plataformas digitales ya incorporan menciones expresas a moderación de contenidos. Causas de cierre de cuentas, supresión de contenidos, entre otros. En todo caso, el contar con una medida que exija concretamente menciones puntuales que deben reflejarse en las

⁵⁹¹ Considerando 36 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

condiciones, orienta mejor este tipo de medidas para el PSI.

En lo que respecta al informe anual sobre moderación de contenidos, nos recuerda la medida ya adoptada en la NetzDG. Entre el listado de información que el PSI debe incluir en dicho informe echamos en falta las cifras de recursos contra las decisiones adoptadas por el PSI presentados por parte del destinatario del servicio. Entendemos que estos informes pueden resultar de utilidad a efectos de la protección de la libertad de expresión en la media en la que permite realizar un seguimiento estadístico de la moderación de contenidos. En todo caso, lo ideal es que no se trate simplemente de cifras, sino que sirva también para que las autoridades los puedan utilizar como brújula para sus políticas públicas.

4.3. Obligación de evaluar riesgos sistémicos

Tal y como se resalta en el Considerando 56 de la Ley de Servicios Digitales, las plataformas en línea de muy gran tamaño tienen un modo de uso que influye en gran medida en la seguridad en línea, en la opinión y el discurso públicos, y en el comercio en línea. El diseño de sus servicios se optimiza en general para beneficio de sus modelos de negocio, a menudo basados en la publicidad, y pueden causar inquietudes en la sociedad. A falta de una reglamentación y ejecución efectivas, pueden fijar las reglas del juego, sin determinar y reducir eficazmente los riesgos y los perjuicios sociales y económicos que pueden causar⁵⁹². Teniendo en cuenta lo anterior, el artículo 26 de la DSA exige a las plataformas en línea de muy gran tamaño evaluar los riesgos sistémicos que entraña el funcionamiento y uso de su servicio, así como los posibles usos indebidos por parte de los destinatarios de este, y adoptar medidas de reducción de riesgos apropiadas.

En concreto, la evaluación de riesgos incluir tres categorías de riesgos sistémicos: (i) la difusión de contenidos ilícitos, como la difusión de materiales de abuso sexual de menores o delitos de incitación al odio o la realización de actividades ilícitas como la

⁵⁹² Considerando 56 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

venta de productos o servicios prohibidos por el Derecho de la Unión o nacional, a través de sus servicios; (ii) cualquier efecto negativo para el ejercicio de los derechos protegidos por la Carta de los Derechos Fundamentales, incluida la libertad de expresión e información, el derecho a la vida privada, el derecho a la no discriminación y los derechos del niño⁵⁹³; y, (iii) la manipulación deliberada y a menudo coordinada del servicio de la plataforma, con efectos previsibles para la salud, el discurso cívico, los procesos electorales, la seguridad pública y la protección de los menores, en vista de la necesidad de salvaguardar el orden público, proteger la privacidad y combatir las prácticas comerciales fraudulentas y engañosas.

Al momento de realizar estas evaluaciones de riesgos, las plataformas de gran tamaño deberán tener en cuenta, en particular, cómo influyen sus sistemas de moderación de contenidos, sistemas de recomendación y sistemas de selección y presentación de publicidad en cualquiera de los riesgos sistémicos anteriormente expuestos, incluida la difusión potencialmente rápida y amplia de contenidos ilícitos y de información incompatible con sus condiciones.

El propósito final de estas evaluaciones de riesgos, según especifica el Considerando 58 de la Ley de Servicios Digitales, es que las plataformas en línea de muy gran tamaño reduzcan diligentemente los riesgos sistémicos determinados en la evaluación de riesgos. Por ejemplo, reforzar o de algún modo adaptar el diseño y funcionamiento de sus procesos de moderación de contenidos, sistemas algorítmicos de recomendación e interfaces en línea, de manera que tengan efectos disuasorios y limitativos de la difusión de contenidos ilícitos, adaptar sus procesos decisorios, o adaptar sus condiciones; incluir medidas correctoras, como suspender la recaudación de ingresos por publicidad en determinados contenidos, u otro tipo de medidas, como mejorar la visibilidad de fuentes autorizadas de información; reforzar sus procesos internos o la supervisión de cualquiera de sus

⁵⁹³ “Estos riesgos pueden derivarse, por ejemplo, del diseño de los sistemas algorítmicos utilizados por la plataforma en línea de muy gran tamaño o por el uso indebido de su servicio mediante el envío de avisos abusivos u otros métodos destinados a silenciar la opinión u obstaculizar la competencia.” Considerando 57 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

actividades, en particular en lo que respecta a la detección de riesgos sistémicos; iniciar o aumentar la cooperación con alertadores fiables, organizar sesiones de formación e intercambios con organizaciones de alertadores fiables, y colaborar con otros prestadores de servicios, por ejemplo, mediante la adopción o la suscripción de códigos de conducta u otras medidas de autorregulación, entre otros⁵⁹⁴.

Cualquier medida que se adopte debe respetar los requisitos de diligencia debida del DSA y ser eficaz y apropiada para reducir los riesgos específicos detectados, en aras de la salvaguardia del orden público, la protección de la privacidad y la lucha contra las prácticas comerciales fraudulentas y engañosas, y debe ser proporcionada en vista de la capacidad económica de la plataforma en línea de muy gran tamaño y de la necesidad de evitar restricciones innecesarias del uso de su servicio, teniendo debidamente en cuenta los efectos negativos que ello puede tener para los derechos fundamentales de los destinatarios del servicio⁵⁹⁵.

Para BARATA el sistema de evaluación y mitigación de riesgos sistémicos puede considerarse una herramienta muy particular que implica un mecanismo de restricción previa de la expresión⁵⁹⁶. Este autor recuerda que según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, estos mecanismos deben someterse al más estricto escrutinio.

También se invita a las plataformas en línea de muy gran tamaño a realizar sus evaluaciones de riesgos y diseñar sus medidas de reducción del riesgo contando con la participación de representantes de los destinatarios del servicio, representantes de grupos potencialmente afectados por sus servicios, expertos independientes y organizaciones de

⁵⁹⁴ Considerando 58 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

⁵⁹⁵ Considerando 58 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

⁵⁹⁶ BARATA, J. *The Digital Service Act and its impact on the right to Freedom of Expression: Special focus on risk mitigation obligations*. Plataforma por la Libertad de Información, p. 9, disponible en <https://libertadinformacion.cc/wp-content/uploads/2021/06/DSA-AND-ITS-IMPACT-ON-FREEDOM-OF-EXPRESSION-JOAN-BARATA-PDLI.pdf>, consultado el día 23 de diciembre de 2021.

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

la sociedad civil⁵⁹⁷.

Las plataformas en línea de muy gran tamaño deben designar encargados de cumplimiento, quienes deben poseer la cualificación necesaria para poner en práctica medidas y vigilar el cumplimiento normativo en la organización de la plataforma. En este sentido, en el artículo 32 de la Ley de Servicios Digitales establece que la plataforma en línea de muy gran tamaño designará uno o varios encargados de cumplimiento, quienes desempeñarán funciones tales como: (i) informar y asesorar a la dirección y a los empleados de la plataforma en línea de muy gran tamaño acerca de las obligaciones estipuladas en la DSA; (ii) vigilar el cumplimiento por parte de la plataforma en línea de muy gran tamaño de sus obligaciones, entre otras. Son funciones que pueden ser similares las que a efectos de protección de datos cumple el Delegado de Protección de Datos en las organizaciones que tratan datos de carácter personal.

Las plataformas en línea de muy gran tamaño deben asegurarse de que el encargado de cumplimiento participe, de manera apropiada y oportuna, en todas las cuestiones que se refieren a la DSA⁵⁹⁸.

4.4. Atención a las órdenes de actuación y órdenes de entrega de información

A la luz de la DSA, en función del régimen jurídico de cada uno de los Estados miembros, las autoridades judiciales y administrativas podrán ordenar a los PSI que actúen contra elementos de contenido ilícito concretos o para que proporcionen determinados elementos de información concretos. En el Considerando 30 de la Ley de Servicios Digitales ya se anticipa que estas órdenes de actuación y entrega de información no puede ir en contra de la inexistencia de obligaciones generales de supervisión y o búsqueda activa.

⁵⁹⁷ Considerando 59 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

⁵⁹⁸ Considerando 65 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

Uno de los aspectos más polémicos del artículo 8 deriva de la extraterritorialidad que puede tener la orden de actuación, tal y como ha sido expuesto en el Capítulo I de esta Tesis. Como señala BARATA, en caso de que la DSA tenga por objeto facilitar la interrupción de la difusión de contenidos manifiesta y gravemente ilegales incluso más allá de las fronteras de la UE, debe definirse mejor, incluyendo referencia claras a principios internacionales fundamentales⁵⁹⁹.

La regulación de las órdenes de actuación y entrega de información en la DSA se centra en establecer los elementos mínimos que debe incluir. Además, como se indicó en el párrafo anterior, dichas órdenes las podrán emitir tanto autoridades judiciales como administrativas. Esto reconoce la facultad a las autoridades administrativas en últimas de emitir órdenes que pueden llegar a afectar libertades fundamentales como la libertad de expresión, lo que es contrario a los postulados constitucionales.

Entre los elementos que deben incorporar las órdenes de actuación y entrega de información se encuentra informar acerca de las vías de recursos disponibles para el prestador y para los destinatarios del servicio de que trate. Esto remite directamente al Derecho nacional de cada uno de los Estados miembros por lo que no es factible saber de primera mano el alcance de este tipo de recursos. Por ejemplo, si podrían llegar a tener efectos suspensivos sobre la misma orden, de manera que si el PSI o el destinatario del servicio quiere cuestionar el carácter ilegal del contenido señalado o el alcance de la orden emitida, se pueda mantener accesible en la plataforma mientras se decide el recurso. Esto sería un factor relevante a efectos de dotar de garantías reales a la defensa de la libertad de expresión en Internet, maxime en el caso de que la orden la emita una autoridad administrativa.

⁵⁹⁹ BARATA, J. *The Digital Service Act and its impact on the right to Freedom of Expression: Special focus on risk mitigation obligations*, op. cit, p. 9.

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

4.4.1. Deber de colaboración y cooperación. Obligaciones de diligencia debida para crear un entorno en línea transparente y seguro

Los deberes de colaboración y cooperación no son ajenos a los PSI ya que desde la Directiva de Comercio Electrónico se incorporaban como una obligación que debían cumplir.

Según se establece en el artículo 11 de la LSSICE, el PSI debe prestar colaboración a los órganos competentes que, en ejercicio de las competencias que legalmente tengan atribuidas, le ordenen:

- suspender la prestación del correspondiente servicio de intermediación utilizado para la provisión del servicio de la sociedad de la información;
- interrumpir o retirar determinados contenidos;
- Interrumpir la prestación de un servicio o la retirada de contenidos procedentes de un prestador establecido en un Estado no perteneciente a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo⁶⁰⁰.

Las medidas a que hace referencia este artículo deberán ser objetivas, proporcionadas y no discriminatorias, y se adoptarán de forma cautelar o en ejecución de las resoluciones que se dicten, conforme a los procedimientos administrativos legalmente establecidos o a los previstos en la legislación procesal que corresponda.

Entendemos que este artículo debe analizarse en línea con lo establecido en el artículo 8 de la LSICE relativo a las restricciones a la prestación de servicios y procedimientos de cooperación intracomunitario. A través de este artículo se incorporan directamente en la LSSICE los supuestos que permiten tramitar la solicitud de medidas de interrupción a la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de contenidos por vulneración de unos principios allí regulados. Ahora bien, estas medidas de interrupción del servicio o de retirada de contenidos podrían implicar, eventualmente, una limitación a los derechos fundamentales. Aun cuando este

⁶⁰⁰ Artículo 11, de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.

procedimiento se regule a través de una ley, no deja de ser una limitación y por ello un factor que puede convertirse en un *chilling effect* tanto para los prestadores de servicios de la sociedad de la información como para los usuarios. Esto afecta, entre otros aspectos, la construcción de la opinión pública en una sociedad democrática.

Desde la entrada en vigor de la LSSICE el artículo 8 ya ha sido modificado en dos ocasiones. La primera modificación la introduce la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso a la sociedad de la información (en adelante la “Ley de Impulso a la sociedad de la información”) y la segunda por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible (en adelante la “Ley de Economía Sostenible”).

Así, inicialmente, el artículo 8 de la LSSICE establecía que si un servicio de la sociedad de la información atentaba o podía atentar contra alguno de los principios incluidos en sus literales a) a d), los órganos competentes para su protección, en ejercicio de sus funciones legalmente atribuidas, podría adoptar las medidas necesarias para que se interrumpiera su prestación o para retirar los datos que los vulneran. A continuación, mencionamos los principios a los que se hacía alusión el artículo 8.1 de la LSSICE:

- La salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional.
- La protección de la salud pública o de las personas físicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores.
- El respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social, y
- La protección de la juventud y de la infancia.

De lo anteriormente citado, es de resaltar que los literales a) y b) se hacen eco del artículo 10.2 del Convención Europea de Derechos Humanos, ya que casi en el mismo orden cita los motivos aceptados en dicha disposición como razones justificadas para limitar el derecho a la libertad de expresión.

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

Posteriormente, a través de la Ley de Impulso a la sociedad de la información, que en el literal b) se incorpora además de las personas físicas a las personas jurídicas. La Ley de Economía Sostenible, que luego de un álgido debate público y parlamentario⁶⁰¹, finalmente incorpora un nuevo principio en el artículo 8.1 de la LSSICE que justifica las medidas de restricciones: “e) *La salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual.*”

En la adopción y cumplimiento de las medidas de restricción que se incluyen en alude este apartado, deberán respetarse en todo caso, las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión o a la libertad de información, cuando éstos pudieran resultar afectados⁶⁰². En todos los casos en los que la Constitución y las leyes reguladoras de los respectivos derechos y libertades así lo prevean de forma excluyente, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo, en tanto garante del derecho a la libertad de expresión, del derecho de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra y el derecho de información⁶⁰³.

Los órganos competentes para la adopción de medidas a que se refiere el artículo 8.1 de la LSSICE con el objeto de identificar al responsable del servicio de la sociedad de la información que está realizando la conducta presuntamente vulneradora, podrán requerir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información la cesión de datos que permitan tal identificación a fin de que pueda comparecer en el procedimiento.

Las restricciones en el servicio y la interrupción o retiro de contenidos contemplados en el artículo 11 de la LSSICE junto con el procedimiento de restablecimiento de la legalidad establecidos en el artículo 8 de la LSSICE, son mecanismos incorporados por

⁶⁰¹ Ver. al respecto entre otros, <http://www.rtve.es/alacarta/videos/premios-goya/anonymous-aplauden-alex-iglesia-corean-su-nombre-entrar-teatro-real/1016267/>, consultado el día 15 de marzo de 2021, <http://www.20minutos.es/noticia/953476/0/ley/sinde/senado/>, consultado el día 15 de marzo de 2021, http://cadenaser.com/ser/2011/01/25/ciencia/1295925865_850215.html, consultado el día 15 de marzo de 2021, <http://www.internautas.org/html/6962.html>, consultado el día 15 de marzo de 2021.

⁶⁰² Artículo 8.1.e), Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.

⁶⁰³ Artículo 8.1.e), Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.

el legislador en aras de ofrecer una respuesta ágil frente a la infracción de derechos de terceros. No obstante, también se pueden presentar una restricción de libertades fundamentales como la libertad de expresión. Por esta razón, como se recoge en los numerales 3 y 4 del artículo 11, este tipo de restricciones deben ordenarse directamente por autoridades judiciales en pro de la protección y garantía de los derechos fundamentales que se desarrollan en Internet. En cualquier caso, entendemos que difícilmente los términos regulados en estos artículos puedan ajustarse a los estándares exigidos por la doctrina jurisprudencial del TEDH⁶⁰⁴ a efectos de entender que se trata de una medida previsible, accesible, clara y precisa que permita salvaguardar la protección de los derechos humanos, especialmente la libertad de expresión.

4.4.2. Diligencia del intermediario. Sobre la prontitud en la retirada o limitación del acceso a contenidos ilícitos

Además de limitarse a prestar un servicio de intermediación neutral, el intermediario debe obrar con diligencia. El Considerando 46 de la Directiva de Comercio Electrónico señala que, el prestador del servicio de alojamiento o almacenamiento de datos que desee beneficiarse de la limitación de responsabilidad deberá, o bien actuar con prontitud para retirar los datos de que se trate, o bien impedir el acceso a ellos en cuanto tuviere conocimiento efectivo de las actividades ilícitas. Adicionalmente, en el Considerando 48 de la Directiva de Comercio Electrónico se especifica que se podrá exigir del prestador del servicio de alojamiento, un deber de diligencia razonable en sus actuaciones, con la finalidad de prevenir actividades de tipo ilegales.

Se valora la reacción diligente respecto de las medidas impuestas por la autoridad judicial o administrativa competente, tan pronto como resulte técnicamente posible. De igual manera, se valora que el PSI implemente medidas preventivas, de cara a evitar la lesión de los derechos de terceros.

⁶⁰⁴ Entre otras sentencias previamente citadas, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª), Ahmet Yuldirim contra Turquía, asunto 3111/10, de 18 de marzo de 2013; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (Sección Cuarta), Appleby y otros contra Reino Unido, asunto 44306/98, 24 de septiembre de 2003;

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

Este deber de diligencia, que debe estar implícito en todas las actuaciones del PSI, es en ocasiones un factor determinante para dar lugar a la exclusión de su responsabilidad. En esta medida, no basta cumplir con el deber de actuación neutral, ya que, si el intermediario no da muestras de diligencia, como por ejemplo no atender oportunamente los requerimientos de terceros afectados por contenidos presuntamente ilícitos, el intermediario podría ser considerado responsable de los daños que su falta de diligencia genere a terceros.

El Capítulo III de la DSA divide en 5 secciones las obligaciones de los prestadores de servicios intermediarios de manera escalonada. En la primera sección se encuentran las obligaciones aplicables a todos los PSI, en la sección segunda se regulan obligaciones específicamente aplicables a los prestadores de servicios de alojamiento de datos, incluidas las plataformas en línea, para las que la sección tercera describe obligaciones específicas. La sección cuarta se encarga de regular obligaciones adicionales de gestión de riesgos sistémicos para plataformas en línea de muy gran tamaño. Finalmente, la sección quinta regula otras disposiciones relativas a obligaciones de diligencia debida. A continuación, se procederá al análisis de aquellas obligaciones no contempladas en la actual Directiva de Comercio Electrónico y que por tanto deberán ser implementadas por las plataformas en línea. En todo caso, como se verá en el capítulo III del presente trabajo, muchas de estas medidas ya se contemplan en las condiciones generales de las plataformas en línea de muy gran tamaño. En la medida en que los prestadores de servicios intermediarios puedan inscribirse en esas diferentes categorías en vista de la naturaleza de sus servicios y de su tamaño, deberán cumplir con todas y cada una de las obligaciones correspondientes⁶⁰⁵.

De conformidad con el Considerando 34, a efectos de garantizar el cumplimiento de los objetivos de la DSA, una vez entre el vigor como Reglamento, es necesario establecer un conjunto claro y equilibrado de obligaciones armonizadas de diligencia debida para los prestadores de servicios intermediarios. Esas obligaciones deben aspirar en particular

⁶⁰⁵ Considerando 35 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

a garantizar diferentes objetivos de política pública como la seguridad y confianza de los destinatarios del servicio, incluidos los menores y los usuarios vulnerables, proteger los derechos fundamentales pertinentes consagrados en la Carta, garantizar la rendición de cuentas de forma significativa por parte de dichos prestadores y empoderar a los destinatarios y otras partes afectadas, facilitando al mismo tiempo la necesaria supervisión por parte de las autoridades competentes⁶⁰⁶.

Se coincide con Barata al señalar que en lugar de imponer obligaciones de diligencia debida para tratar los contenidos legales pero perjudiciales (regulación de contenidos por delegación), la DSA tendría que reforzar las exenciones de responsabilidad que incentiven las iniciativas propias de las plataformas en cuanto a la moderación de contenidos, especialmente en relación con unas condiciones de servicio formuladas de forma correcta y adecuada⁶⁰⁷.

4.5. Garantías para los usuarios de las Plataformas

En este apartado se procederá al análisis de las garantías que se deben otorgar a los usuarios de las plataformas. Se trata de derechos fundamentales de debido proceso vinculados a las libertades informativas, en el contexto de la eficacia de derechos fundamentales entre particulares. Como se verá en el Capítulo III, las grandes plataformas cuentan en sus condiciones con medidas que de cierta manera reconocen este tipo de garantías a sus usuarios, pero sin ningún tipo de control o constatación de cumplimiento al respecto. En todo caso, entendemos que, en la materialización de estas garantías, tras la entrada en vigor de la DSA, la correulación será instrumento esencial para canalizar entre otros apoyos, el de los alertadores fiables, por ejemplo, respecto de desinformación.

Según se ha sostenido, actualmente ni la Directiva de Comercio Electrónico ni la LSSICE recogen expresamente obligaciones del PSI ante sus usuarios. BARATA señala

⁶⁰⁶ Considerando 34 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

⁶⁰⁷ BARATA, J. *The Digital Service Act and its impact on the right to Freedom of Expression: Special focus on risk mitigation obligations*. Plataforma por la Libertad de Información, op. cit., p. 16.

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

que la DSA constituye una propuesta muy relevante y completa e incorpora nuevos e importantes derechos para los usuarios y obligaciones para los proveedores de servicios⁶⁰⁸. Tal es así que actualmente cualquier tipo de requerimiento o reclamación debe tramitarse como un incumplimiento contractual, sin que existan procedimientos más sencillos previos⁶⁰⁹. La DSA incorpora, además de las medidas mencionadas previamente en este apartado 5, una serie de medidas que conceden garantías procesales, principalmente, a los usuarios ante las decisiones adoptadas por los PSI en la gestión de las plataformas digitales.

4.5.1. Tramitación de reclamaciones ante contenidos presuntamente ilícitos

En el momento en que se adoptó la Directiva de Comercio Electrónico, se decidió que ésta no debía regular los procedimientos de detección y retirada. En su lugar, el artículo 16 y el Considerando 40 animan explícitamente a la autorregulación en este ámbito⁶¹⁰. En esta oportunidad, la Ley de Servicios Digitales contempla en su artículo 14 la obligación para los prestadores de servicios de alojamiento de datos, incluidas las plataformas en línea, de establecer mecanismos que permitan que cualquier persona física o entidad les notifique la presencia en su servicio de elementos de información concretos que esa persona física o entidad considere contenidos ilícitos.

⁶⁰⁸ BARATA, J. *The Digital Service Act and its impact on the right to Freedom of Expression: Special focus on risk mitigation obligations*. Plataforma por la Libertad de Información, op. cit, p. 15.

⁶⁰⁹ Conscientes de esa realidad, la European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), en el marco de sus conclusiones señala “102. Furthermore, social media companies, search engines, content aggregators and other relevant internet intermediaries need to e.g. state in their agreements the rules that users must abide by, the terms of service governing the use of the social media platforms and what kind of content the company will prohibit (provided that such a prohibition is general and not prohibiting otherwise legal speech), and offering a quick and reliable appeals process for users who believe their content was illegally or improperly blocked or removed. As already mentioned, social media sites have already implemented content-moderation policies under which they remove certain content.80 Direct incitement to violence or illegal activity is not protected speech, and it can and should be barred from social media platforms and the internet” European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Principles for a fundamental rights-complaint use of digital technologies in electoral processes, Opinión número 974/2019, Strasbourg, Diciembre, 2020.

⁶¹⁰ Al respecto, ver Primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2000/31/CE en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52003DC0702:Es:HTML>. Tal y como se expone en este Primer informe, algunos de los Estados miembros optaron por implementar este tipo de medidas mientras otros reforzaron las medidas de autorregulación en este sentido.

A efectos de que un operador diligente pueda determinar la ilicitud del contenido en cuestión, el citado artículo 14.2 hace mención a que los prestadores deberán adoptar las medidas necesarias para habilitar y facilitar el envío de avisos que contengan: **(i)** una explicación de los motivos por los que la persona física o entidad consideran que la información en cuestión es contenido ilícito; **(ii)** indicación clara de la localización electrónica de esa información (URL exacta y, en su caso, información adicional que permita detectar el contenido ilícito); **(iii)** nombre y dirección de correo electrónico de la persona física o entidad que envíe el aviso, salvo que se refiera a delitos contemplados en la Directiva 2011/93/UE, relativa a lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil; y, **(iv)** una declaración que confirme que la persona física o entidad que envía el aviso está convencida de buena fe de que la información y las alegaciones que dicho aviso contiene son precisas y completas.

Según se plantea en el Considerando 41, las normas que regulen estos mecanismos de notificación y acción deberán armonizarse a escala de la Unión. No se aclara con qué instrumento se va a facilitar dicha armonización, tampoco se especifica el contenido mínimo. Se menciona que serán normas uniformes, claras y transparentes con el propósito de proteger los derechos e intereses legítimos de todas las partes afectadas.

Entre los derechos fundamentales se incluyen, según el caso, el derecho a la libertad de expresión e información, el derecho al respeto de la vida privada y familiar, el derecho a la protección de los datos personales, el derecho a la no discriminación y el derecho a la tutela judicial efectiva de los destinatarios del servicio; la libertad de empresa, incluida la libertad contractual, de los prestadores de servicios; así como el derecho a la dignidad humana, los derechos del niño, el derecho a la protección de la propiedad, incluida la propiedad intelectual, y el derecho a la no discriminación de las partes afectadas por contenidos ilícitos⁶¹¹.

Por su parte, el artículo 14.3 de la DSA señala claramente que los avisos que incluyan los elementos enunciados en el citado artículo 14.2 confieren al prestador de servicios un

⁶¹¹ Considerando 41 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

conocimiento efectivo a los efectos del artículo 5 de la Ley de Servicios Digitales. Se echa en falta mayor claridad respecto de las consecuencias jurídicas que tendría para el PSI en el caso de decidir no retirar el contenido al verificar el aviso y determinar que no se trata de un contenido ilícito o que no vulnera sus condiciones. Entendemos que a efectos de dotar de mayor protección la libertad de expresión en Internet, este tipo de situaciones deberían mantenerse amparadas por el régimen de exclusión de responsabilidad a fin de que el PSI tenga una opción real de no retirar sin mas contenidos de sus plataformas o generar soluciones alternativas como etiquetados de “*contenidos potencialmente delicados*”, “*contenidos de interés público*”, entre otros, que no dejan de ser producto de la moderación que debe realizar el prestador de servicios intermediarios a efectos de acreditar una diligencia en la atención de este tipo de comunicaciones, aun cuando en últimas el libre ejercicio de la libertad de expresión en Internet pueda verse en cierta medida afectada.

Como parte del funcionamiento de los mecanismos de notificación y acción, el PSI debe acusar recibo del aviso y notificar a esa persona o entidad, sin dilaciones indebidas, su decisión respecto de la información a que se refiera el aviso e incluirá información sobre las vías de recurso disponibles al respecto de esa decisión (ver Artículos 14.4 y 14.5 de la DSA). El trámite de los avisos por parte de los prestadores de servicios de alojamiento deberá hacerse de manera oportuna, diligente y objetiva (ver Artículo 14.6 de la DSA). Como se puede ver, la Ley de Servicios Digitales no establece plazos ciertos en los que los prestadores deben atender y recurre a expresiones ambiguas como “*sin dilaciones indebidas*”. Se entiende que corresponderá al PSI probar que el tiempo de respuesta ha sido el adecuado en función de las prácticas del sector, de sus propios medios y recursos o de las circunstancias que condicionen la atención de cada aviso.

Cuando el prestador de servicios de alojamiento utilice medios automatizados para tramitar o decidir sobre los avisos que reciba deberá indicarlo en el acuse de recibo que remita a la persona o entidad remitente.

Lo regulado en el artículo 14 busca, de alguna manera, paliar las consecuencias negativas que tales decisiones puedan tener para el destinatario, por ejemplo, en lo que se

refiere al ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de expresión. Las vías de recurso disponibles para impugnar la decisión del prestador del servicio de alojamiento de datos deberán incluir siempre la vía del recurso judicial⁶¹².

Sin perjuicio de la ausencia de regulación respecto de este tipo de mecanismos de notificación y acción en algunos de los Estados miembros que traspusieron a sus ordenamientos la Directiva de Comercio Electrónico, tal y como sucede con los sistemas de moderación, muchos de los PSI gestores de plataformas en línea de muy gran tamaño ya tienen implementadas este tipo de medidas en atención a las obligaciones legales que deben cumplir en otros Estados, tales como Estados Unidos en el cual gran parte de ellas tienen su domicilio social principal. De manera que de nuevo la Ley de Servicios Digitales lo que procede es a oficializar una herramienta que a día de hoy ya las grandes plataformas ofrecen a sus usuarios y que les permite llevar a cabo sus ejercicio de moderación o ponderación de contenidos en sus plataformas en línea.

Otra de las novedades que introducirá la Ley de Servicios Digitales es la necesidad de que los prestadores de servicios de alojamiento de datos, sea cual sea su tamaño, establezcan mecanismos de notificación y acción fáciles de manejar. Esto con la finalidad de facilitar a los usuarios la remisión de notificaciones al prestador de los servicios de alojamiento de datos indicando los elementos concretos que la parte notificante considere contenidos ilícitos («aviso»).

A partir de esta notificación el prestador procederá a valorar si está o no de acuerdo con el reporte remitido y si desea retirar o inhabilitar el acceso a dicho contenido («acción»)⁶¹³. En aquellos supuestos en los que los mecanismos de notificación y acción conlleven a la retirada de la información proporcionada por un destinatario del servicios o inhabilitación del acceso a la misma, el PSI deberá cumplir a su vez con otras

⁶¹² Considerando 42 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

⁶¹³ Considerando 40 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

obligaciones tales como, la obligación de comunicar al destinatario su decisión, los motivos de su decisión y las opciones de impugnación de la decisión, entre otros.

En este sentido, con la entrada en vigor de la DSA, los PSI deberán incorporar este tipo de procedimientos a su gestión diaria. La obligación de establecer mecanismos de notificación y acción debe aplicarse, por ejemplo, a los servicios de almacenamiento e intercambio de archivos, los servicios de alojamiento web, los servidores de publicidad, entre otros.

A efectos de facilitar la labor del PSI y, principalmente, con el ánimo de otorgarle mecanismos para la protección de la libertad de expresión, podría darse al PSI la posibilidad de contrastar con una autoridad judicial el sentido de su decisión cuando considere que puede afectar una libertad fundamental como la libertad de expresión.

Otra de las obligaciones que deben cumplir las plataformas en línea, con expresa exclusión de las microempresas y pequeñas empresas, es el implementar un sistema interno de tramitación de reclamaciones. Este sistema busca facilitar a los destinatarios del servicio el poder impugnar de manera fácil y efectiva ciertas decisiones de las plataformas en línea que les afecten negativamente. Por consiguiente, las plataformas en línea deben estar obligadas a establecer sistemas internos de tramitación de reclamación, que cumplan ciertas condiciones destinadas a garantizar que los sistemas sean fácilmente accesibles y produzcan resultados rápidos y justos. Además, debe contemplarse la vía de resolución extrajudicial de litigios, incluidas las que no puedan resolverse de manera satisfactoria a través de los sistemas internos de tramitación de reclamaciones, por organismos certificados que posean la independencia, los medios y los conocimientos necesarios para desarrollar sus actividades con equidad, rapidez y eficacia en términos de costes, complementarias a la posibilidad de recurso judicial, que no debería verse afectada en ningún aspecto⁶¹⁴.

⁶¹⁴ Considerando 44 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

En la Directiva de Comercio Electrónico se planteó como una alternativa que libremente podía implementar el Estado miembro al momento de trasponer en su ordenamiento la señalada Directiva. Como ya se señaló previamente, algunos Estados miembros en efecto implementaron sistemas de notificación y retirada de contenidos, pero no fueron la gran mayoría. Esta opción que contempló la Directiva de Comercio Electrónico además ya empezó a abrir vías para que en cada país de la Unión Europea el PSI se encontrara con obligaciones diversas que dificultaban la puesta en marcha de su actividad comercial, una de las razones que motivan el planteamiento de la Ley de Servicios Digitales.

4.5.2. *Transparencia por parte de los PSI en la toma de decisiones para la moderación de contenidos*

Otra novedad introducida por la DSA la constituyen las obligaciones de transparencia informativa que deberán cumplir los PSI. La transparencia como exigencia constitucional en garantía de debido proceso de usuarios, pero también de intereses superiores de sociedad. Como se verá en el Capítulo III de esta tesis, en la práctica, los PSI han implementado varias medidas tendentes a garantizar una mayor transparencia a los usuarios de las redes sociales. Estas medidas, fruto de la autorregulación, buscaron restablecer la confianza luego de años de gran opacidad. Será importante ver cómo mediante los mecanismos de corregulación aunado al papel desempeñado por alertadores fiables, este tipo de obligaciones logran revertir beneficios para las libertades informativas en Internet.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de Servicios Digitales, los prestadores de servicios intermediarios deberán publicar, al menos una vez al año, informes claros, detallados y fácilmente comprensibles sobre cualquier actividad de moderación de contenidos que haya realizado durante el período pertinente. Entre otros aspectos, los informes deberán contemplar, según proceda: **(i)** número de órdenes recibidas de las autoridades de los Estados miembros categorizadas según el tipo de contenido ilícito de que se trate; **(ii)** número de avisos recibidos a través de los mecanismos de notificación y acción, categorizados según el tipo de contenido

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

presuntamente ilícito de que se trate, actuaciones llevadas a cabo distinguiendo si se hizo conforme a la legislación o a las condiciones del prestador y el tiempo medio necesario para llevarlo a cabo; **(iii)** actividad de moderación de contenidos realizada por iniciativa propia del prestador proporcionando la información especificada en el citado artículo; y, **(iv)** número de reclamaciones recibidas a través del sistema interno de tramitación de reclamaciones (fundamento de las reclamaciones, decisiones adoptadas al respecto, tiempo medio necesario para adoptar las decisiones).

Esta obligación no será exigible para los prestadores de servicios intermediarios que sean microempresas o pequeñas empresas de conformidad con el anexo de la Recomendación 2003/361/CE.

A efectos de que este ejercicio de transparencia informativa cumpla con las finalidades especificadas, es determinante que los PSI no utilicen este informe como un mero documento estadístico sino que se utilice como un mecanismo de información práctica con contenido real. Durante muchos años, se criticó la falta de claridad de los PSI respecto de las actuaciones que llevaba a cabo para la moderación de los contenidos, los argumentos tenidos en cuenta, así como la falta de claridad para el destinatario del servicio que veía como su cuenta era intervenida por ciertos contenidos publicados sin mayores explicaciones. En este sentido, de la lectura del citado artículo 13 de la DSA se puede apreciar que el nivel de detalle que se exige en cada punto que debe incorporarse en el informe anual puede ayudar a paliar este tipo de situaciones que tanto afectan las libertades fundamentales en Internet.

Sumado a las previas obligaciones de información, en el artículo 23 de la DSA se recogen obligaciones de transparencia adicionales que las plataformas en línea deberán incluir en los informes exigidos en el artículo 13, previamente estudiados⁶¹⁵. De manera que en el artículo 23.1 se incluyen diversos conceptos que deberán ser tenidos en cuenta al momento de formular el mencionado informe. Entre ellos destacamos, uso de medios

⁶¹⁵ Considerando 51 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

automáticos con fines de moderación de contenidos, número de medidas y protección contra usos indebidos, entre otros⁶¹⁶.

4.5.3. Debido proceso

De conformidad con el artículo 15 de la Ley de Servicios Digitales, cuando un prestador de servicios de alojamiento de datos decida retirar elementos de información concretos proporcionados por los destinatarios del servicio o inhabilitar el acceso a los mismos, comunicará la decisión al destinatario del servicio, a más tardar en el momento de la retirada o inhabilitación del acceso y aportará una exposición clara y específica de los motivos de tal decisión. Dicha exposición de motivos contendrá, al menos, la siguiente información: (i) si la decisión conlleva la retirada de la información o inhabilitación de acceso y ámbito territorial de la inhabilitación; (ii) hechos y circunstancias en las que se ha basado la decisión; (iii) información sobre el uso de medios automatizados para adoptar la decisión, si fuera el caso; (iv) si la decisión se refiere a contenidos presuntamente ilícitos, debe incluirse una referencia al fundamento legal utilizado y una explicación de por qué la información se considera contenido ilícito; (v) si la decisión se basa en una presunta incompatibilidad de la información con las condiciones del prestador, la referencia al fundamento contractual utilizado y explicaciones de por qué es incompatible con el fundamento citado; (vi) información sobre las posibilidades de recursos disponibles para el destinatario del servicio, mecanismos internos de tramitación de reclamaciones, resolución extrajudicial de litigios y recurso judicial.

⁶¹⁶ La Propuesta de Reglamento de servicios digitales plantea diversas obligaciones de transparencia de manera escalada dependiendo del tamaño de la plataforma digital. En este sentido, cabe destacar que además de las obligaciones de transparencia enunciadas en el artículo 23 mencionado, se encuentra las obligaciones de transparencia para las plataformas en línea de gran tamaño reguladas en el artículo 33, que exigen la publicación de informes en el plazo de 6 meses y en plazos de un año para presentar resultados de evaluación de riesgos, medidas de reducción de riesgos conexas y aplicación de la auditoría igualmente exigida a las plataformas en línea de gran tamaño. Todas estas obligaciones son cumulativas, por lo que deberán ser tenidas en cuenta por estos prestadores como el nuevo marco de obligaciones a cumplir.

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

Según se indica en el artículo 15.3 de la Ley de Servicios Digitales, la exposición de motivos debe ser clara y fácil de comprender, y tan precisa y específica como sea razonablemente posible en las circunstancias concretas.

Entendemos que esta obligación busca dotar de mayor transparencia las decisiones que en efecto ya se adoptan por parte de las plataformas digitales. Gran parte de las quejas de los destinatarios de los servicios era la falta de explicaciones respecto del por qué se encontraban con la supresión de sus contenidos o la inhabilitación de su cuenta. Ahora bien, no obstante que el listado de información que debe contener la exposición de motivos parece ser muy exhaustivo, es importante tener en cuenta que el PSI es juez y parte en este tipo de procedimientos y que, por tanto, es muy probable que sus intereses empresariales también tengan una importante influencia en la adopción de sus decisiones, así como en la determinación de los criterios para tener en cuenta para establecer los modos de control automatizados o no.

Sin lugar a duda, esta obligación lleva al PSI a asumir una posición en relación con el control de contenidos que realiza en la plataforma digital que gestiona y a defender esa posición mediante la exposición de los argumentos que fundamentan su decisión de retirar contenidos o de inhabilitar cuentas de sus usuarios. Sin embargo, en nuestro criterio, esto no soluciona la clara ausencia de mecanismos eficaces y expeditos en manos de los titulares del derecho fundamental a la libertad de expresión que les impide exigir un reconocimiento y defensa efectiva de la libertad de expresión en Internet. Actualmente el derecho constitucional español únicamente reconoce a las instituciones del Estado, en todos sus niveles, a sus agentes y funcionarios como sujetos vulneradores de la libertad de expresión, pero no se reconoce con claridad a actores privados como vulneradores de las libertades fundamentales⁶¹⁷.

⁶¹⁷ Esta es una situación que se identifica no solo en España sino en otros países. En este sentido se resalta, “*The First Amendment of the US Constitution limits the government—not private entities—from restricting free expression. This is why companies like Facebook and Twitter can moderate content*” MACLAREN S., “*Is There a First Amendment Right to Tweet?*”, *JSTOR*, 21 marzo 2021, disponible en <https://daily.jstor.org/is-there-a-first-amendment-right-to-tweet/> consultado el día 15 de mayo de 2021.

4.5.4. *Recurribilidad de las decisiones adoptadas por los PSI*

En relación con la recurribilidad de las decisiones adoptadas por los PSI, de conformidad con el artículo 15 de la DSA ya citado, el PSI deberá informar sobre las posibilidades de recurso disponibles para el destinatario del servicio respecto de la decisión. En particular mecanismos internos de tramitación de reclamaciones, resolución extrajudicial de litigios y recurso judicial.

En lo que respecta a los mecanismos internos de tramitación de reclamaciones, entendemos que es positivo para la libertad de expresión que el destinatario del servicio pueda recurrir ante el PSI sus decisiones como mecanismo ágil. Además, teniendo en cuenta que esto no limita las otras vías de recursos judiciales y extrajudiciales, se erradica cualquier tipo de arbitrariedad en la que el PSI pueda incurrir. Decimos que apreciamos como positivo la existencia de mecanismos internos de tramitación de reclamaciones porque puede ser una vía a través de la cual el PSI reconsidera posturas y decisiones adoptadas. A manera de ejemplo, como se expondrá en el Capítulo III, *Facebook* a través de su Consejo Asesor⁶¹⁸, revisa decisiones adoptadas y en algunas de ellas concluye que el análisis o bien es errado o incluso normas de su comunidad deben ser revisadas y modificadas.

Todo lo anteriormente mencionado, sin lugar a duda, redundará en el adecuado ejercicio de la libertad de expresión en Internet.

5. RÉGIMEN SANCIONADOR

5.1. *Sanciones para los PSI*

Para dotar de “efectividad” todo anteriormente expuesto, el artículo 42 de la Ley de Servicios Digitales señala que los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones

⁶¹⁸ Ver al respecto <https://elpais.com/tecnologia/2021-01-28/el-consejo-asesor-tumba-cuatro-decisiones-de-facebook-en-sus-cinco-primeras-sentencias.html>, consultado el 15 de mayo de 2021.

aplicable en caso de incumplimiento del futuro Reglamento por parte de los prestadores de servicios intermediarios bajo su jurisdicción.

Las sanciones deben tener en cuenta si el prestador de servicios intermediarios afectado incumple de forma sistemática o recurrente sus obligaciones en virtud del futuro Reglamento, así como, cuando sea pertinente, si el prestador mantiene actividad en varios Estados miembros⁶¹⁹. Los artículos 42.3 y 42.4 incluyen importes máximos que deben ser observados por los Estados miembros al momento de implementar el mencionado régimen de sanciones. Así, por ejemplo, se indica que el máximo importe de las sanciones impuestas por incumplimiento de las obligaciones estipuladas en el futuro Reglamento no excedan de un 6% de la renta o facturación anual. El máximo importe de una multa coercitiva no excederá del 5% de la facturación media diaria del prestador de servicios afectado en el ejercicio fiscal anterior por día, calculado a partir de la fecha especificada de la decisión de que se trate. Con estos criterios entendemos que se busca garantizar que el PSI tendrá un escenario previsible de eventuales sanciones, sin perjuicio de la libertad del Estado miembro de implementar su propio régimen sancionador.

5.2. Autoridades competentes

En lo que respecta a la ponderación de derechos fundamentales, esta claro que es una tarea que corresponde a las autoridades y órganos jurisdiccionales. Así se indicó en la sentencia del Tribunal de Justicia, caso Lindqvist, al señalar que la ponderación, por una parte, de la libertad de expresión de la Sra. Lindqvist y, por otra parte, la tutela de la intimidad de las personas cuyos datos incluyó en su sitio web, era una tarea de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros⁶²⁰. Como señala COTINO, es muy necesario revisar y especialmente actualizar las garantías constitucionales de las libertades informativas frente a las restricciones de internet. La situación en España dista de ser

⁶¹⁹ Considerando 80 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

⁶²⁰ Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-101/01, caso Lindqvist, de 6 de noviembre de 2003, FJ 86 y 87.

clara, constitucional, legal y jurisprudencialmente y, además, ha sido social y políticamente conflictiva⁶²¹.

El artículo 8 de la LSSICE hace referencia a la “autoridad competente”, sin que aclare si se trata de una autoridad judicial o administrativa, para adoptar medidas restrictivas en caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda intentar contra los principios que en dicho artículo se regulan.

El segundo párrafo del artículo 11.3 de la LSSICE señala que, en todos aquellos supuestos en los que la Constitución atribuya competencia a los órganos jurisdiccionales de forma excluyente para intervenir en el ejercicio de actividades o derechos, solo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas de interrupción de servicio o retirada de contenidos señalados en los numerales 1 y 2 del artículo 11.

En particular, la autorización del secuestro de páginas de Internet o de su restricción cuando ésta afecte a los derechos y libertades de expresión e información y demás amparados en los términos establecidos en el artículo 20 de la Constitución solo podrá ser decidida por los órganos jurisdiccionales competentes⁶²².

El Tribunal Constitucional no ha dejado claros los términos en que un control administrativo de contenidos es posible. El interés se ha focalizado en la necesidad de una intervención judicial y en el artículo 20 C.E., especialmente en los apartados 2º y 5º relativos a prohibición de censura previa y garantía judicial del secuestro. Se trata de garantías constitucionales de un mundo offline que generan no pocos problemas de encaje online. En todo caso, como señala COTINO, no puede eludirse una clara voluntad del constituyente de reservar a los jueces la garantía de la restricción del acceso y de los contenidos en la red⁶²³.

⁶²¹ COTINO HUESO, L. “Online-offline. Las garantías para el acceso a Internet y para la desconexión, bloqueo, filtrado y otras restricciones de la red y sus contenidos”, op. cit., p. 31.

⁶²² Artículo 11.3, de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.

⁶²³ COTINO HUESO, L. “Online-offline. Las garantías para el acceso a Internet y para la desconexión, bloqueo, filtrado y otras restricciones de la red y sus contenidos”, op. cit., p. 32.

II. Régimen jurídico de responsabilidad de los servicios intermediarios a la luz de las libertades informativas

En el ya citado artículo 10 de la DSA, los prestadores de servicios intermediarios deberán establecer un punto único de contacto que permita la comunicación directa, por vía electrónica, con las autoridades de los Estados miembros, la Comisión y con la Junta Europea de Servicios Digitales. La Junta será un grupo consultivo integrado por coordinadores de servicios digitales para la supervisión de los prestadores de servicios intermediarios. Esta sería una autoridad de nueva creación que buscará contribuir a la aplicación coherente de la DSA, coordinar con otras autoridades competentes problemas emergentes del mercado interno y asistir en la supervisión de las plataformas digitales de muy gran tamaño.

Se comparte lo señalado por DOMENECH en lo que respecta a la potestad sancionadora, cual debe considerarse constitucionalmente reservada a los tribunales. Tal reserva, constituye una importante garantía para la libertad de expresión que puede inferirse de la C.E.⁶²⁴ Para este autor, el artículo 20 de la C.E. puede inferirse la existencia de una reserva -implícita- de jurisdicción para castigar las manifestaciones expresivas o informativas constitutivas de infracción por razón de sus contenidos⁶²⁵.

No se puede obviar que la Sentencia del Tribunal Constitucional número 86/2017, de 4 de julio, consideró constitucional que el Consell de l'Audiovisual de Catalunya – CAC (autoridad según su regulación, independiente) pueda adoptar medidas cautelares (o sancionadoras) de suspensión provisional de la eficacia de la licencia, de denegación o incluso de cese definitivo de la prestación de servicios audiovisuales. Esta sentencia ha sido criticada por la doctrina por no amparar efectivamente las libertades informativas ante el control público. En todo caso, lo cierto es que el Tribunal Constitucional admite este tipo de medidas de urgencia porque se dan en el entorno con garantías de un

⁶²⁴ DOMENECH PASCUAL, G., “La *policía administrativa* de la libertad de expresión (y su disconformidad con la Constitución)”, *Estudios de casos líderes europeos y nacionales. Vol. XIV. La libertad de expresión en el siglo XXI. Cuestiones actuales y problemáticas*, Ríos Vega, L. E. y Spigno, I., Tirant lo blanch, Ciudad de México, 2021, p. 205.

⁶²⁵ DOMENECH PASCUAL, G., “La *policía administrativa* de la libertad de expresión (y su disconformidad con la Constitución)”, *op. cit.*, p. 205.

procedimiento sancionador, con suficiente base legal, bajo el principio de proporcionalidad⁶²⁶.

En definitiva, este es un problema que es y que será, por lo que habrá que estar muy vigilantes.

⁶²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional número 86/2017, de 4 de julio, FJ. 5.

III. LA MODERACIÓN Y CONTROL DE CONTENIDOS POR LAS REDES SOCIALES Y LAS LIBERTADES INFORMATIVAS

El tercer objetivo de esta tesis doctoral consiste en identificar y analizar los sistemas de moderación que las redes sociales implementan sobre los contenidos de los usuarios, de conformidad con sus condiciones. Algunas de estas normas se implementan a efectos de cumplir con sus obligaciones como prestadores de servicios intermediarios, otras hacen parte de iniciativas de autorregulación.

Se analizarán las condiciones que las plataformas digitales imponen a los destinatarios de sus servicios al momento de su alta como usuarios. A partir de dicho análisis se quiere establecer si dichas medidas se ajustan a los parámetros constitucionales para la efectiva protección de las libertades informativas. La revisión de las condiciones se centrará, principalmente, en los procedimientos y demás aspectos relativos a los sistemas de moderación. Posteriormente, se presentarán varios casos reales para así tratar de comprender mejor cómo la moderación de contenidos realizada por las plataformas puede afectar el ejercicio de las libertades informativas. Finalmente, se procederá a estudiar las novedades impulsadas por las plataformas digitales como un avance en los modos de control implementados, tales como *Birdwatch*, listas de bloqueo o Consejo asesor de *Facebook* y de *Twitter*.

1. MODERACIÓN DE CONTENIDOS EN LAS PLATAFORMAS. RETOS PARA EL LIBRE EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET

Tal y como se indicó en el Capítulo I de esta tesis, en las plataformas digitales pueden tener lugar restricciones a la libertad de expresión. De acuerdo con el artículo 2.p) de la DSA la moderación de contenidos es una actividad realizada por los prestadores de servicios intermediarios destinadas a detectar, identificar y actuar contra contenidos ilícitos o información incompatible con sus condiciones.

Sin perjuicio de que en Europa y en España actualmente no existe una regulación específica relativa a la moderación de contenidos, las plataformas de gran tamaño han

estructurado un complejo sistema de moderación, a partir de la autorregulación. Lo cierto es que muchas de estas medidas, o bien obedecen a la implementación de medidas impuestas por la normativa aplicable a su domicilio social, por ejemplo, en lo relativo a la propiedad intelectual en Estados Unidos, o bien se implementan como muestra de cumplimiento de las obligaciones de diligencia y cooperación. También se pueden encontrar medidas que, por ejemplo, se traducen en una mera ejecución de una orden emitida por una autoridad solicitando acceso a información, restricción de contenidos, mediante de sistemas de filtrado o bloqueo (*ex ante o ex post*).

El panorama en Europa sobre esta temática cambiará en breve ya que la DSA va a dar forma jurídica a muchas de las medidas que las grandes plataformas ya han implementado. Con la aprobación de la DSA se introducen una serie de garantías que buscan hacer más transparente un procedimiento bastante gris para los usuarios. Como señala BARATA, la DSA establece una serie de normas y principios fundamentales relativos a la forma en que los intermediarios participan en la distribución de contenidos en línea⁶²⁷. Para ello incorporará nuevos e importantes derechos para los usuarios y obligaciones para los PSI. Como ya se mencionara en el Capítulo II, una de las nuevas obligaciones de los PSI que introducirá la Ley de Servicios Digitales es la elaboración de un informe anual sobre su actividad de moderación (artículo 13). Además, al realizar la evaluación de riesgos, el PSI, en este caso plataformas en línea de gran tamaño, deberán tener en cuenta cómo influyen los sistemas de moderación de contenidos en cualquiera de los riesgos sistémicos, entre los que se incluyen los efectos negativos para la libertad de expresión.

Está claro que las plataformas en línea, principalmente las redes sociales, alojan contenidos de los destinatarios del servicio, contribuyendo con ello al ejercicio de las libertades informativas. Los PSI desempeñan un papel clave en la difusión y la amplificación de diversos contenidos, entre ellos contenidos ilícitos. Como ya se apuntó, trasladar al PSI excesivas obligaciones puede traducirse en un efecto disuasorio para el intermediario. Además, obligaciones como las señaladas en el párrafo anterior necesitarán

⁶²⁷ BARATA, J. *The Digital Service Act and its impact on the right to Freedom of Expression: Special focus on risk mitigation obligations*, op. cit., p. 15.

de mayor contexto y acompañamiento al PSI en pro de la protección de las libertades informativas.

La preocupación sobre el papel que deben desempeñar las plataformas digitales para evitar la propagación de contenidos ilícitos que puede atentar contra la democracia no ha dejado de inquietar a la comunidad mundial. En el camino para llegar a una solución hemos podido ver como se ha ido desde la oscuridad total hasta la actual situación de grises. Los PSI inicialmente mantenían totalmente ocultos sus procedimientos internos, motivaciones y razones de fondo para eliminar contenidos, cerrar perfiles, etc. Para justificar este tipo de conductas, los PSI se amparaban en la redacción poco clara de sus condiciones, agrupando todo en una única categoría correspondiente al incumplimiento de sus términos y condiciones, sin mayor contexto ni explicación. Esta categoría sigue aplicándose actualmente, pero, además, se han ido incorporando textos explicativos que acompañan cada medida a adoptar. Así, podemos encontrar en las condiciones menciones expresas a la prohibición de contenidos vinculados al abuso, acoso, violencia y acciones delictivas en la plataforma⁶²⁸, a la infracción de derechos de autor⁶²⁹, entre otros. Lo que sirve de base para la moderación realizada por las plataformas digitales de gran tamaño.

A pesar de que las plataformas digitales se presentan como una comunidad global que potencia las libertades informativas a nivel transnacional, también es verdad que protegen sus intereses empresariales⁶³⁰. Esta "*paradoja de la moderación de contenidos*" explica por qué, por un lado, los prestadores de servicios intermediarios se comprometen a proteger la libertad de expresión, mientras que, por otro lado, moderan los contenidos regulando sus comunidades con fines comerciales. Por ello, una de las principales preocupaciones es la compatibilidad entre sus intereses privados y los valores públicos. Con frecuencia se encuentra información relativa a la plasticidad que tienen las

⁶²⁸ <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies#safety-and-cybercrime> consultado el día 15 de diciembre de 2021.

⁶²⁹ <https://www.youtube.com/intl/es/howyoutubeworks/policies/community-guidelines/> consultado el día 15 de diciembre de 2021.

⁶³⁰ DE GREGORIO, G., "Democratising online content moderation: A constitutional framework", *Computer Law & Security Review*, vol. 36, 2020, p. 105374.

plataformas de gran tamaño con ciertos Estados y gobiernos a efectos de poder ser operativos en ciertos territorios⁶³¹ aun en contra de las libertades informativas.

Para GRIMMELMAN⁶³², cuatro son las herramientas básicas de la moderación⁶³³ de contenidos en Internet: en primer lugar, manualmente, por moderadores humanos que toman decisiones individualizadas o bien automáticamente, mediante algoritmos que toman decisiones uniformes en todos los casos que coinciden con un patrón específico. En segundo lugar, de forma transparente, con cada decisión y su razonamiento para su revisión pública, o de forma opaca, tras el equivalente electrónico de las puertas cerradas. En tercer lugar, existe la conocida distinción entre regulación *ex ante* y regulación *ex post* frente a castigo, protección frente a reparación⁶³⁴. Y, en cuarto lugar, la moderación puede estar centralizada y llevada a cabo por un moderador poderoso que toma decisiones globales, o descentralizada y llevada a cabo por muchos moderadores dispersos que toman decisiones locales.

El problema de la moderación no es nuevo. Editores, emisoras entre otros, también se enfrentaron al problema de estar en medio, no solo entre el proveedor y el público, sino entre la oferta y la restricción, entre la preferencia del público y la propiedad pública⁶³⁵.

⁶³¹ Como señala COTINO “(...) *Los «velos» pueden ser bloqueos directamente por las autoridades, tipo cuello de botella como Irán, o a través de los proveedores de servicios que siguen instrucciones políticas del gobierno (es el modelo chino). (...) Una receta bien conocida es ralentización deliberada de la red en países como Irán, Cuba o Venezuela. (...)*” COTINO HUESO, L. “Online-offline. Las garantías para el acceso a Internet y para la desconexión, bloqueo, filtrado y otras restricciones de la red y sus contenidos”, op. cit., p. 26.

⁶³² GRIMMELMANN, J., “The virtues of moderation”, *Yale JL & Tech.*, vol. 17, 2015, p. 42.

⁶³³ Para GRIMMELMANN la moderación son “*los mecanismos de gobernanza que estructuran la participación en una comunidad para facilitar la cooperación y prevenir los abusos*”. (página 48). Igualmente, el autor señala “*una comunidad de miembros que utilizan una infraestructura compartida para intercambiar contenidos. Los miembros tienen roles: como propietarios de la infraestructura, como autores y lectores de contenidos, y como moderadores*”. GRIMMELMANN, J., “The virtues of moderation” op. cit., p. 55.

⁶³⁴ “*Los moderadores pueden actuar ex ante -utilizando su poder sobre la infraestructura para permitir algunas acciones y prohibir otras- o pueden actuar ex post - pueden actuar a posteriori utilizando sus poderes para castigar a los malhechores-, y corregir lo que ha salido mal. La actuación ex ante aprovecha las características arquitectónicas del software; la actuación ex post es una técnica más tradicionalmente jurídica. La moderación ex ante puede producir coherencia al aplicar las mismas reglas a todos los contenidos. La moderación ex post puede conservar los recursos al dirigir la atención de los moderadores sólo donde se necesita*” (página 67). GRIMMELMANN, J., “The virtues of moderation”, op. cit., p. 42.

⁶³⁵ GILLESPIE, T., *Custodians of the Internet. Platforms, content moderation and the hidden decisions that shape social media*, Yale University Press, 2018, p. 74.

Además, es importante recordar que los diferentes enfoques de la moderación realizada en las plataformas digitales y su impacto en las libertades informativas también están directamente influenciados por el régimen de responsabilidad que les es de aplicación.

2. MODERACIÓN DE CONTENIDOS: *FACEBOOK, TWITTER Y YOUTUBE*

En la generación de contenidos en Internet hay un caos propio de la naturaleza del funcionamiento de la web, por sus características dinámicas y participativas. La moderación de contenidos, a la luz de la DSA, tendrán como objeto los contenidos ilícitos o información incompatible con las condiciones de los PSI. En cualquier caso, la moderación de contenidos no debe ir en contra de las libertades informativas, por lo que resulta fundamental que desde el diseño de estas medidas se tenga en cuenta la importancia de garantizar el ejercicio de estas libertades fundamentales. Por esta razón, es clave que se promueva la creación de mecanismos constitucionales para actuar contra los contenidos ilegales sin que esto afecte los derechos fundamentales⁶³⁶.

El principal reto de la moderación de contenidos es, precisamente, evitar que tengan efectos colaterales y puedan afectar contenidos lícitos y discurso amparado por la libertad de expresión. Las ideas que no se encuentran en consonancia con lo pensado por la mayoría de la sociedad, deben ser doblemente protegidas, porque ese discurso también debe ser oído, en aras de garantizar una verdadera libertad de expresión.

De conformidad con los Principios Rectores sobre empresas y los Derechos Humanos de la ONU de 2011⁶³⁷, la responsabilidad de respetar los derechos humanos exige: a) que las empresas eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos; b) traten de prevenir o mitigar las

⁶³⁶ “*The digital revolution offers unprecedented opportunities for creating a vibrant system of free speech. But it also presents new dangers for freedom of speech, dangers that will be realized unless we accommodate ourselves properly to the changes the digital age brings in its wake. (...) If they are resolved in the wrong way, they will greatly erode the system of free expression and undermine much of the promise of the digital age for the realization of a truly participatory culture.*” BALKIN, J.M. “Digital speech and democratic culture”, op. cit., p. 28.

⁶³⁷ Principios rectores sobre las empresas y Derechos Humanos, disponible en https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf, consultado 23 de diciembre de 2021.

consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con sus operaciones, productos o servicios. Esto, que no es novedad ya que la obligación de respetar los derechos humanos es una obligación constitucional, artículo 9. 1 CE, artículo 53 C.E., entre otros, demanda de los PSI como empresa que son, la obligación de respetar los derechos humanos y de evitar o mitigar cualquier efecto negativo de sus acciones sobre los derechos humanos.

2.1. Selección de las fuentes de información: Twitter Facebook YouTube

Las plataformas cada vez están asumiendo más funciones reguladoras. Las autoridades públicas delegan cada vez más (por ejemplo, la gestión de notificaciones y avisos de contenidos ilícitos) y las plataformas, a su vez, se auto atribuyen dichas funciones para evitar supuestos de responsabilidad por el alojamiento de contenidos ilícitos.

Aunque la expansión de la regulación privada sobre los individuos no debería considerarse necesariamente como un fenómeno negativo, las formas en las que ejercen su "soberanía privada" deberían estar sujetas al escrutinio, con el fin de evitar la aparición de conductas abusivas⁶³⁸. Por ejemplo, la vigilancia desproporcionada de la expresión en línea y el reiterado bloqueo y retirada de información. La unificación de criterios frente a la solicitud de retirada de contenidos permitiría una mayor protección de las libertades informativas. Desafortunadamente, hay muy poca información sobre la magnitud de la tarea de moderación de las plataformas. Nada se dice respecto de qué cantidad de material es señalado por los usuarios como ilícito, cuántos *posts* o imágenes o videos son eliminados a partir de estas denuncias, qué tipo de colectivos son más activos en el señalamiento de contenidos, entre otros⁶³⁹.

⁶³⁸ BELLI, L. y ZINGALES, N. "Online Platforms' Roles and Responsibilities: A Call for Action", *Platform regulations. How Platforms are regulated and how they regulate us. Official Outcome of the UN IGF Dynamic Coalition on Platform Responsibility*, United Nations Internet Governance Forum, Ginebra, 2017, p. 46.

⁶³⁹ GILLESPIE, T., *Custodians of the Internet. Platforms, content moderation and the hidden decisions that shape social media*, op. cit., p. 75.

Es de resaltar la propuesta planteada por el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la ONU, que propone cinco acciones para que los Estados y empresas las tengan en consideración. Entre las medidas propuestas se encuentra que la regulación se centre en mejorar los procesos de moderación de contenidos, en lugar de agregar restricciones específicas de contenido. Las empresas deben ser transparentes sobre cómo seleccionan y moderan el contenido y cómo comparten información. Además, los usuarios deben tener oportunidades efectivas para apelar las decisiones que consideren injustas y los tribunales tener la última palabra sobre la legalidad del contenido⁶⁴⁰.

Los términos y condiciones de las plataformas, entre las que se incluyen las normas comunitarias, pueden ser considerados contratos de adhesión en los que se plasman tanto las condiciones de uso de los servicios en términos generales, como las medidas que se tomaran por parte del PSI en términos de responsabilidad, suspensión del servicio, entre otras. Dentro de este marco contractual, que el usuario acepta al navegar por el sitio web o al crear un perfil para hacer uso de la plataforma, algunos de los PSI contemplan una serie de criterios que sirven de base para la moderación de contenidos en su sitio web. Por esta razón, entendemos que resulta necesario realizar una revisión de dichos términos y condiciones para establecer si lo allí incluido se ajusta a la normativa analizada en el Capítulo II de esta tesis y si estas medidas se ajustan a los postulados constitucionales de protección a la libertad de expresión.

Se han seleccionado tres plataformas digitales para analizar los términos y condiciones de los sitios web: *Facebook*, *Twitter* y *YouTube*⁶⁴¹. Se omite *WhatsApp*, al ser una red social que fomenta, principalmente, los grupos de conversación privados e *Instagram* ya que comparte las mismas condiciones que *Facebook*, grupo empresarial al que pertenece. La plataforma de *YouTube*⁶⁴² aloja vídeos facilitados por los usuarios y

⁶⁴⁰ *Moderating online content: fighting harm or silencing dissent?*, disponible en <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/Online-content-regulation.aspx>, consultado el día 23 de diciembre de 2021.

⁶⁴¹ La selección de las redes sociales se hizo teniendo en cuenta el número de visitas recibidas/usuarios indicadas en el “Estudio de Redes Sociales 2021” elaborado por iab.spain en colaboración con Elogia disponible en <https://iabspain.es/estudio/estudio-de-redes-sociales-2021/> consultado el día 7 de julio de 2021.

⁶⁴² Como ya se había mencionado, *YouTube* es un “Portal web especializado en el que los usuarios sin registrarse pueden ver vídeos y aquellos que se registran y crean un perfil pueden subir un número

además es posible realizar comentarios sobre los mismos. Dichos comentarios se ubican bajo cada uno de los videos y junto a las valoraciones que da al usuario. En otras palabras, *YouTube* presta un hosting 2.0 que permite el alojamiento de estos contenidos en su portal web. En cuanto *Facebook*⁶⁴³ y *Twitter*⁶⁴⁴, todas son redes sociales a través de las cuales los usuarios, previamente registrados, pueden crear un perfil personal, público o semipúblico, y, además, ponerse en contacto con amigos con los que compartir todo tipo de contenidos digitales. En el caso de *Twitter* pueden seguir los comentarios de otros usuarios sin que ello implique una reciprocidad.

Las redes sociales en general son un sistema de entretenimiento y de información, que toma elementos de los medios tradicionales de comunicación, pero dentro de la interactividad propia de la web 2.0, lo que le permite incorporar contenidos en diversos formatos como videos, fotos, enlaces a otras páginas web, chat en línea entre otros. Su funcionamiento se basa en:

- La afiliación voluntaria que cada usuario realiza al agregarse a una red.
- La aportación colaborativa de contenidos de cada uno (fotos, vídeos, información, comentarios, votaciones, participación, opiniones, etc.).
- La publicidad que la mayoría de ellas emiten⁶⁴⁵.

Como los otros modelos de comunicación de Internet, las redes sociales son plataformas de distribución de contenidos, basan su actividad y buena parte de su flujo de contenidos en la colaboración y contraprestación gratuita de los usuarios, sin apenas

ilimitado de ellos, votarlos y comentarlos. En ambos casos pueden compartirlos.” MONSORIU FLOR, M., *Diccionario Web 2.0*, op. cit., p. 166.

⁶⁴³ “(...) es una red que conecta personas con personas. (...) las funcionalidades más importantes son las que te permiten encontrar amigos con el buscador de amigos de Facebook para conectarte con ellos e interactuar (...)”, <http://www.ciudadano2cero.com/facebook-que-es-como-funciona/> consultado el día 23 de diciembre de 2021.

⁶⁴⁴ “(...) plataforma de comunicación bidireccional con naturaleza de red social (porque permite elegir con quien te relacionas) que limita sus mensajes a 140 caracteres. (...) En Twitter los dos extremos de la relación no se ponen simplemente en contacto el uno con el otro, sino que se diferencia entre “seguidores” (“followers”) y “seguidos” (“followed”).” <http://www.ciudadano2cero.com/twitter-que-es-como-funciona/> consultado el día 23 de diciembre de 2021.

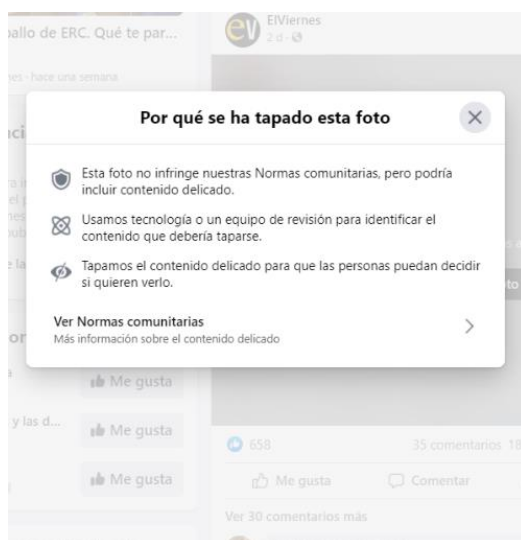
⁶⁴⁵ CAMPOS FREIRE, F. “Las redes sociales trastocan los modelos de los medios de comunicación tradicionales”, *Revista Latina de Comunicación Social*, 63, 2008, disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/819/81912006023.pdf>, consultado el día 15 de marzo de 2020.

filtrado ni selección. Esto último ha dado lugar al planteamiento de diversos conflictos en tema de protección de datos y de lesión del derecho de al honor, propia imagen y buen nombre, principalmente.

2.2. *La regulación de los modos de control de contenidos alojados por los destinatarios del servicio*

Los PSI con el paso del tiempo han ido aprendiendo de la propia dinámica de sus plataformas y de la interacción con los usuarios. Este aprendizaje se ve reflejado en el cambio que han tenido sus condiciones, en la evolución que ha tenido el discurso y la información que ofrecen a los usuarios sobre la moderación que realizan de contenidos.

Así, por ejemplo, en el marco de la actividad de moderación, se pueden apreciar diversas “etiquetas” asignadas por los PSI.



Imágenes de moderación realizada en la red social Twitter

En la revisión de los perfiles utilizados en las plataformas se han detectado los siguientes mecanismos de moderación: (i) retirada de contenido; (ii) incorporación de etiquetas en la moderación del contenido, tales como: etiqueta de contenido delicado “*Algunas personas pueden sentirse incómodas con esta foto*”; etiqueta de que puede resultar desagradable “*Puede que esta foto muestre contenido violento*”; exigencia de información o contexto adicional; etiqueta de moderación de contenido que viola las

normas comunitarias; y, la excepción por interés público; y, (iii) en el caso especial de *YouTube* por protección de la propiedad intelectual, la moderación y/o explicación previa por violación de derechos de autor. En relación con esta última plataforma, el análisis se ha centrado únicamente en esta categoría a efectos de poder valorar la injerencia que puede tener la moderación de contenidos a favor de derechos de terceros frente a una libertad fundamental. A continuación, se explican cada una de ellas.

2.2.1. Retirada de contenido por medios automáticos

La forma más clásica de moderar el contenido, por ejemplo, en *Facebook*, es directamente la retirada o eliminación del contenido. Cuando *Facebook* entiende, bien a través de medios mecánicos (algoritmos) o bien a través del trabajo humano de revisión, que un comentario, imagen, manifestación etc., viola sus normas comunitarias, directamente lo elimina. Este tipo de medidas de moderación han sido altamente cuestionadas por falta de transparencia. Si bien es cierto que las plataformas digitales de gran tamaño no pierden su condición de entidad privada por el mero hecho de ofrecer un espacio de discusión pública, sí están obligados a respetar y promover los derechos fundamentales, entre ellos las libertades informativas.

En la actualidad, a pesar de que esta forma de moderación sigue estando presente, la evolución que ha tenido *Facebook*, en el ámbito de la protección del derecho a la libertad de expresión merece ser comentada y contextualizada.

La forma predominante para luchar contra contenidos ilícitos (pornografía infantil, el terrorismo, entre otros), en la mayoría de los casos se hace mediante la retirada de contenidos por medios automáticos. Según se comentó en el Capítulo II de esta tesis, este tipo de mecanismos tienden a efectuar controles indiscriminados de contenidos sin mayor reflexión, por lo que en muchas ocasiones afectan contenidos lícitos. Ahora bien, es importante señalar que esta herramienta de moderación ha sufrido una interesante evolución beneficiándose de revisiones posteriores de las decisiones adoptadas como se reseña a continuación.

A manera de ejemplo, se resaltan dos grandes controversias generadas por *Facebook* al retirar contenidos presuntamente ilícitos por medios automáticos: fotografía de la niña en la guerra de Vietnam⁶⁴⁶, y, un contenido relacionado con la lucha contra el cáncer, en particular con la prevención y detección del cáncer de mama⁶⁴⁷.

La polémica suscitada respecto a la violación del derecho a la libertad de expresión por parte de la red social *Facebook*, por la eliminación de un contenido visual en el que se observa una niña desnuda en el marco de la guerra de Vietnam, ha llevado a esta plataforma a modificar sus reglas comunitarias y en particular el uso de sistemas de algoritmos⁶⁴⁸. *Facebook* retiró el contenido de la niña desnuda corriendo y huyendo de bombas de napalm en la guerra de Vietnam. Posteriormente *Facebook* informó que se trató de una acción de moderación ejecutada por un algoritmo automático que había identificado como contenido ilegal esa representación⁶⁴⁹. El asunto generó bastante polémica⁶⁵⁰ y *Facebook* se vio obligado a restituir el contenido eliminado⁶⁵¹.

⁶⁴⁶ “(...) *It is important to remember, however, that traditional media outlets also debated whether to publish this image, long before Facebook. In 1972 the Associated Press struggled with whether even to release it. (...) The New York Times was the first to publish the photo, and it too had an internal debate as to whether it could do so. Though many U.S. and European newspapers published the photo, many did so after much debate, and some did not. (...)*” GILLESPIE, T., *Custodians of the Internet. Platforms, content moderation and the hidden decisions that shape social media*, op. cit., p. 4.

⁶⁴⁷ El video de Cancerfonden mostraba mujeres animadas con sus senos representados por círculos rosas, mostrando formas de detectar bultos sospechosos. Las imágenes fueron consideradas "ofensivas" por la plataforma de redes sociales. *Facebook* se disculpó por eliminar un video sobre la concientización sobre el cáncer de mama publicado por un grupo sueco, diciendo que fue eliminado incorrectamente. La noticia tuvo repercusión mediática, por ejemplo: <https://www.bbc.com/news/world-europe-37721193> consultado el día 23 de diciembre de 2021.

⁶⁴⁸ Sobre la polémica que trascendió a los medios de comunicación. *Facebook* dio marcha atrás y accedió a permitir la publicación de la icónica foto de la "Niña del Napalm" de la Guerra de Vietnam, después de haber sido muy criticada por haberla eliminado. Disponible en <https://www.thestar.com/business/2016/09/09/norwegians-blast-facebook-after-it-censors-napalm-girl-photo.html> consultado el día 23 de diciembre de 2021.

⁶⁴⁹ En 1972, en los campos de la guerra de Vietnam, un fotógrafo de Associated Press tomó una foto de niños gritando, con la boca abierta, mientras huían de un ataque con napalm. Uno de ellos, una niña de 9 años, está desnuda.

⁶⁵⁰ La polémica comenzó cuando *Facebook* eliminó la foto del perfil del escritor de novelas de suspense Tom Egeland debido a sus normas sobre desnudos. El periódico noruego *Aftenposten* se sumó entonces y publicó la foto en su página de *Facebook*, que también fue moderada.

⁶⁵¹ La compañía puso al frente a un vicepresidente a cargo de las asociaciones con los medios de comunicación, Justin Osofsky. Osofsky escribió en un post que *Facebook* "cometió un error" pero que, por el lado bueno, "una de las cosas más importantes de Facebook es nuestra capacidad para escuchar a nuestra comunidad y evolucionar, y agradezco a todos los que nos han ayudado a corregir las cosas. Un párrafo del mensaje decía: "Estas decisiones no son fáciles. En muchos casos, no hay una línea clara entre una imagen de desnudez o violencia que tiene un significado global e histórico

II. La moderación y control de contenidos por las redes sociales y las libertades informativas



Imagen del contenido moderado de la diputada Sueca en su cuenta de Facebook

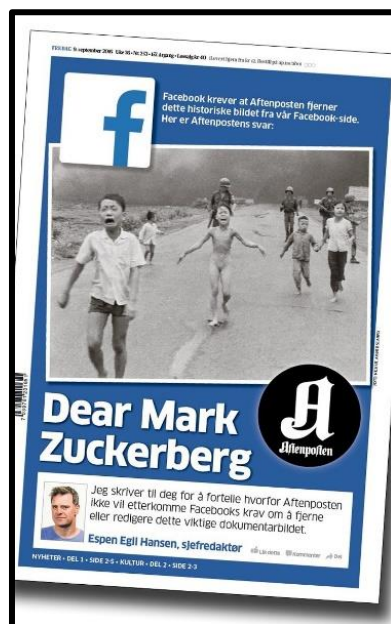


Imagen de la portada de un periódico Noruego sobre la crítica por la eliminación de la imagen de la foto de la guerra de Vietnam.
Tomado de: <https://www.telegraph.co.uk/technology/2016/09/09/mark-zuckerberg-accused-of-abusing-power-after-facebook-censors/>

y otra que no lo tiene. Algunas imágenes pueden ser ofensivas en una parte del mundo y aceptables en otra, e incluso con una norma clara, es difícil examinar millones de publicaciones caso por caso cada semana". <https://www.facebook.com/josofsky/posts/10157347245570231?pnref=story> consultado el día 23 de diciembre de 2021.

El siguiente caso es relativo a la eliminación del video sobre detección del cáncer de mama⁶⁵². Este caso llegó al Consejo asesor de *Facebook*⁶⁵³, luego de que el usuario hubiera presentado una reclamación contra la decisión de retirada. El análisis sobre el Consejo asesor de *Facebook* se realizará en el apartado final del presente Capítulo. En todo caso, es de resaltar que el procedimiento estructurado por *Facebook* para tramitar reclamaciones de sus usuarios, en principio, observa garantías propias del debido proceso ya que permitió a este usuario llevar a varias instancias su inconformidad con la decisión inicialmente adoptada.

En este caso, la polémica tiene lugar, de nuevo, por un procedimiento de moderación realizado por sistemas automatizados. El Consejo asesor decide que el contenido debe ser restituido. En el informe que recoge su decisión, y que puede ser consultado, se señala que *“Estamos de acuerdo en que podemos hacer más para garantizar que nuestros modelos de aprendizaje automático no eliminen los tipos de desnudos que permitimos (por ejemplo, los pezones femeninos en el contexto de la concienciación sobre el cáncer de mama). Igualmente señaló: “Seguiremos mejorando las señales de visión por ordenador, muestreando más datos de entrenamiento para nuestro aprendizaje automático, y aumentaremos nuestro uso de la revisión manual cuando estemos menos seguros de la precisión de nuestra automatización”*⁶⁵⁴.

Como consecuencia de esta decisión, Facebook modificó sus reglas comunitarias matizando que, la intención con la que se presentan desnudos parciales o totales sería un factor para tener en cuenta para decidir sobre la permanencia, moderación o retirada del contenido en la plataforma. De manera que, actualmente en las normas de comunidad de

⁶⁵² Este fue uno de los casos revisados por el Consejo asesor de contenido de *Facebook*. Por ejemplo, en el informe trimestral publicado por *Facebook* recientemente se señaló: *“Mejorar la detección automática de imágenes con texto superpuesto para garantizar que los mensajes de concienciación sobre los síntomas del cáncer de mama no se marquen erróneamente para su revisión”*.

⁶⁵³ Asunto 2020-004-IG-UA-4 . *“Garantizar que los usuarios puedan apelar las decisiones tomadas por los sistemas automatizados a la revisión humana cuando se considere que su contenido ha infringido la Normativa Comunitaria de Facebook sobre desnudez y actividad sexual para adultos”*. *Facebook Q1 2021 Quarterly Update on the Oversight Board*, p. 13, disponible en: <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2021/07/Facebook-Q1-2021-Quarterly-Update-on-the-Oversight-Board.pdf> consultado el día 23 de diciembre de 2021.

⁶⁵⁴ <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2021/07/Facebook-Q1-2021-Quarterly-Update-on-the-Oversight-Board.pdf> consultado el día 23 de diciembre de 2021.

II. La moderación y control de contenidos por las redes sociales y las libertades informativas

Facebook podemos encontrar “Nuestras políticas relativas a los desnudos se han matizado con el paso del tiempo. Comprendemos que se pueden compartir desnudos por muchos motivos, incluso como forma de protesta, para concienciar sobre una causa o con fines educativos o médicos. Cuando esa intención queda clara, permitimos ese contenido. Por ejemplo, aunque restringimos algunas imágenes de pechos femeninos que incluyen el pezón, permitimos otras, incluidas aquellas que representan actos de protesta, mujeres dando el pecho y fotos de cicatrices de mastectomías.”⁶⁵⁵

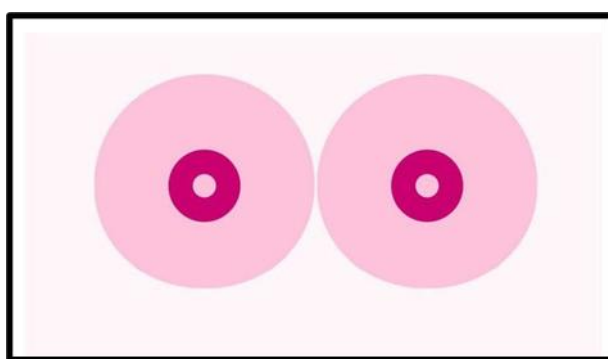


Imagen del video explicativo de la Organización Sueca Cancerfonden sobre la detección del cáncer de mama

Otro de los asuntos conocidos y debatidos por el Consejo asesor de contenido de Facebook estuvo relacionado con la necesidad de ofrecer información a los usuarios cuando se utilizan los sistemas de automatización para tomar medidas de ejecución contra sus contenidos⁶⁵⁶. Sobre este tema, el Consejo asesor planteó que, en efecto, es

⁶⁵⁵ Una muestra de la actualización de las normas comunitarias sobre qué contenidos pueden verse en sus plataformas se puede ver en: https://www.facebook.com/communitystandards/objectionable_content consultado el día 23 de diciembre de 2021.

⁶⁵⁶ “Informar a los usuarios cuando se utilice la automatización para tomar medidas de ejecución contra sus contenidos, incluyendo descripciones accesibles de lo que esto significa. Contamos con equipos que reflexionan sobre la mejor manera de explicar nuestras acciones y llevan a cabo investigaciones para ayudar a informar sobre cómo podemos hacerlo de una manera que sea accesible y comprensible para la gente. A partir de investigaciones y experimentos previos, hemos identificado que las personas tienen diferentes percepciones y expectativas sobre las revisiones manuales y automatizadas. Aunque estamos de acuerdo con la junta directiva en que las tecnologías automatizadas son limitadas en su capacidad de entender algunos contextos y matices, queremos asegurarnos de que cualquier transparencia adicional que proporcionemos esté ayudando a todas las personas a entender con mayor precisión nuestros sistemas, y no, en cambio, a crear confusión como resultado de percepciones preexistentes. Tampoco queremos exagerar la capacidad de los revisores de contenidos para acertar siempre. Además, muchas de las decisiones que se toman son una combinación de aportaciones manuales y automatizadas. Por ejemplo, un revisor de contenidos puede actuar sobre un contenido basándose en nuestras Normas comunitarias y nosotros podemos utilizar la automatización para detectar y aplicar copias idénticas”. Asunto 2020-004-IG-UA-5, p.

recomendable ampliar los informes de transparencia para divulgar datos sobre el número de decisiones de expulsión automatizadas y la proporción de esas decisiones que se revocan tras una revisión humana⁶⁵⁷.

Este tipo de pronunciamientos, se valoran como positivos para la protección de las libertades informativas. Además, evidencia que, en muchos casos, el PSI debidamente asesorado y contando con respaldo externo para la gestión de las medidas de moderación, puede hacer mucho mejor su labor, desde un punto de vista técnico y desde un punto de vista garantista. Técnico, porque, como en el caso de la imagen del cáncer de mama, permite que sus máquinas aprendan y mejoren su funcionalidad tecnológica. Desde un punto de vista garantista, porque como se indicó al inicio, este tipo de trámites son muestra de la puesta en práctica de garantías de debido proceso, gracias a las cuales los usuarios tienen la oportunidad de ser oídos y de que se reevalúen los motivos que fundaron la decisión de retirada inicial.

2.2.2. *El uso de etiquetas como formas de moderación de contenido*

Del análisis de la identificación de los tipos de contenido que se han seguido en los perfiles de las redes sociales (*Facebook* y *Twitter*, principalmente), en las próximas líneas se realizará un trabajo más empírico sobre las formas de moderación de las plataformas, a través del uso de distintas etiquetas.

15, disponible en: <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2021/07/Facebook-Q1-2021-Quarterly-Update-on-the-Oversight-Board.pdf> consultado el día 23 de diciembre de 2021.

⁶⁵⁷ Recientemente, dicho Consejo está experimentando con una función que notificará a los usuarios si sus publicaciones se eliminaron debido a procesos automatizados. En el Consejo asesor de contenido sugirió que *Facebook* informe a las personas cada vez que una publicación se haya eliminado por medios automatizados en lugar de un revisor de contenido humano. *Facebook* había dicho anteriormente que pondría a prueba esta modificación, y ahora lo ha hecho. De hecho, según el cumplimiento de sus propias políticas de transparencia, el Consejo asesor de contenido publicó su primera publicación trimestral (Primer trimestre de 2021) en la que según el propio informe se pretende ofrecer a la comunidad visibilidad sobre las respuestas a las decisiones independientes del Consejo asesor de contenido sobre algunas de las decisiones de contenido más difíciles que toma *Facebook*. Estas actualizaciones trimestrales están diseñadas para proporcionar de este trabajo a largo plazo y compartir más información sobre cómo *Facebook* aborda las decisiones y recomendaciones del Consejo.

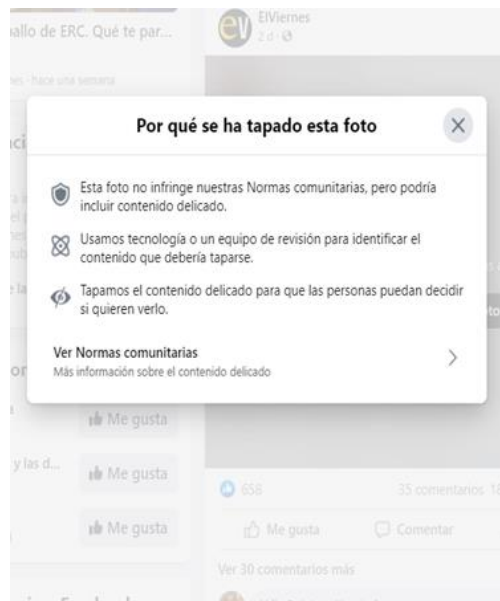
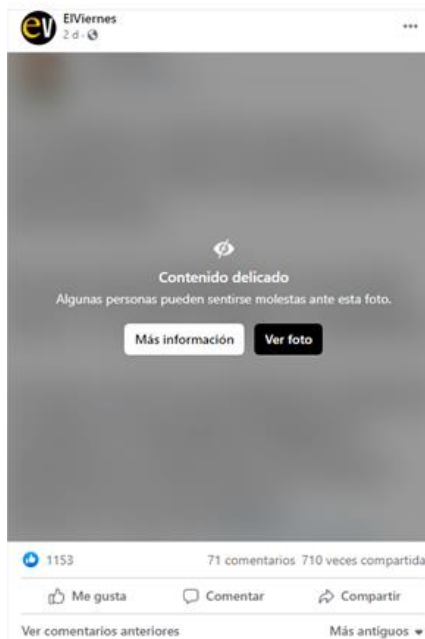
II. La moderación y control de contenidos por las redes sociales y las libertades informativas

i. *Etiqueta de contenido delicado. “Algunas personas pueden sentirse incómodas con esta foto”*

Recientemente las redes sociales se han abierto a ser un poco más transparentes respecto de los fundamentos que sirven de base en sus procesos de moderación de contenidos. Esto se valora de manera positiva. Sin embargo, aún hay muchas zonas grises en la ejecución de la moderación como tal, en la frecuencia con la que se realizan este tipo de medidas, entre otros. Aspectos que son relevantes para una valoración más profunda sobre el ejercicio de las libertades informativas en redes sociales.

La modalidad de etiquetar contenidos genera serias dudas sobre la ponderación que la plataforma realiza de los contenidos antes de asignar dichas etiquetas. Así, por ejemplo, *Facebook* ha creado etiquetas tales como “contenido delicado” o “contenido potencialmente delicado” que necesariamente implica una ponderación de contenidos alojados en su plataforma. ¿Qué contenidos pueden ser identificado como “delicados”? ¿Cuál es la consecuencia de que se asigne esta etiqueta a un contenido?. A continuación, se incluyen dos ejemplos de cómo la plataforma *Facebook* modera el contenido a través de las etiquetas de “contenido delicado” con las siguientes imágenes captadas en un perfil público de esta red social:





Teniendo en cuenta los anteriores ejemplos del uso de la etiqueta de “contenido delicado” que utiliza *Facebook*, son muchas las dudas que se generan en relación con el alcance de esta moderación y el impacto que puede tener para las libertades informativas.

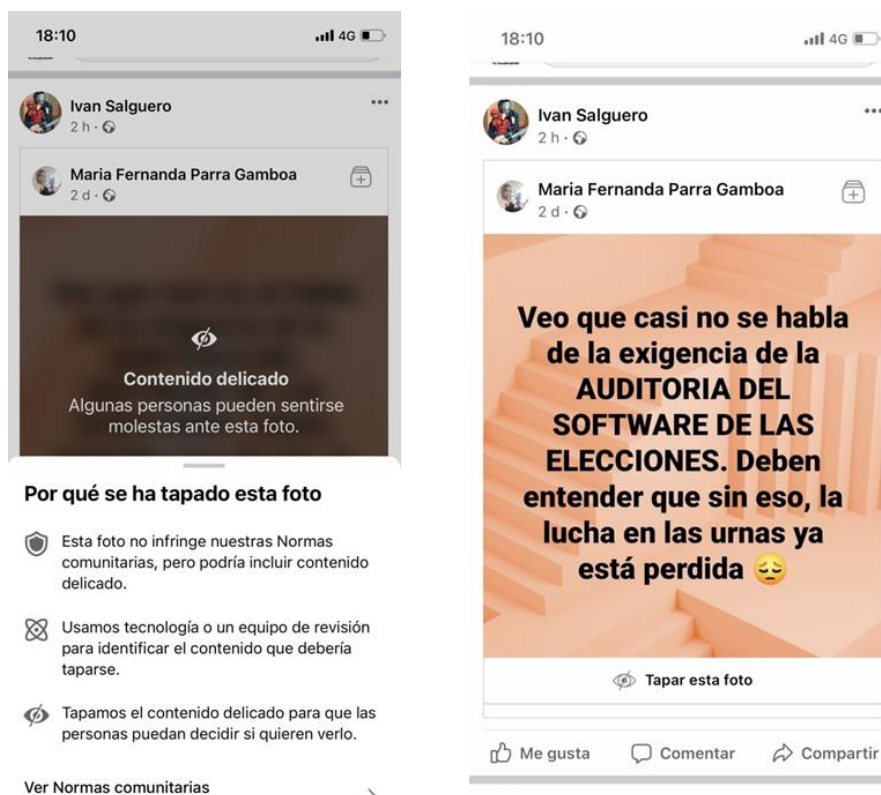
Según las normas de *Facebook*, los contenidos que son revisados como potencialmente delicados son en la mayoría de los casos por denuncias de otros usuarios de *Facebook*⁶⁵⁸, ¿Cuáles son los criterios por los cuáles un comentario se considera como “delicado”? ¿Qué colectivos realizan las denuncias? ¿Qué criterios se toman en cuenta? ¿Se afectan más funciones o solo se incluye un “velo” que puede levantar quien desee consultar el contenido? No está claro si *Facebook* toma la decisión de disminuir la visibilidad del comentario dependiendo del tipo de comentario, el grado de sensibilidad sobre el que recae el comentario (por ejemplo, sobre algún miembro del Gobierno, algún simpatizante del partido político, etc.), la persona que presenta la queja.

En la construcción de la opinión pública, el solo hecho de limitar en algunos casos, por ejemplo, críticas a la gestión de los políticos, genera un importante perjuicio al ejercicio de la libertad de opinión. Además, como indicamos previamente en el Capítulo I, la libertad de opinión se nutre de la información que recibe el ciudadano, por tanto, no se afecta solo al titular del contenido sino a todos los demás miembros de la red a quienes se disuade para no acceder al contenido. Además, esto claramente excede el papel de *Facebook* como mero transmisor del mensaje. En últimas hay una ponderación de intereses y no está claro qué circunstancias llevan a que en ocasiones se decante por proteger unos y descartar otros.

Tal y como se indicado previamente, a pesar de que se tiene un noción común de la libertad de expresión, su desarrollo legal, jurisprudencial y cultural varía en los diferentes Estados. Esta situación también afecta la moderación que realizan los PSI. En el siguiente

⁶⁵⁸ Por ejemplo, en el caso de los casos hace un par de años sobre la retirada de material audiovisual de mujeres amamantando, así lo vino a explicar *Facebook* actualmente en la sección de “Acerca de nuestras políticas”: “¿Permite *Facebook* la publicación de fotos de madres amamantando? Ten en cuenta que las fotos que revisamos corresponden prácticamente en su totalidad a denuncias de otros miembros de *Facebook* que se quejan por su publicación en *Facebook*”. Disponible en: <https://www.facebook.com/help/340974655932193?ref=shareable> consultado el día 23 de diciembre de 2021.

ejemplo, se puede observar cómo el modo de moderación de contenidos en un perfil de *Facebook* de un usuario en Colombia tiene un alcance y matización que, probablemente, podría no darse en los mismos términos para un perfil en Europa:



Por tanto, en el anterior ejemplo de un usuario en Colombia, la expresión de la imagen de “*Veo que casi no se habla de la exigencia de la auditoria del software de las elección Deben entender que sin eso, la lucha en las urnas ya está perdida*”, difícilmente encuentra encuadre constitucional.

Dentro de los niveles de protección de discursos la crítica tiene una protección reforzada, maxime cuando se trata de temas de interés público y que contribuyen al debate. Si *Facebook* quiere convertirse en un espacio de verdadera construcción del debate público e intercambio de ideas, poco contribuye el constante uso de la disminución de la visibilidad de contenidos a través de esta tipo de etiquetas.

II. La moderación y control de contenidos por las redes sociales y las libertades informativas

No obstante, *Facebook* es más transparente en sus normas comunitarias al utilizar la etiqueta de contenido delicado para otros casos más concreto. Por ejemplo, para *Facebook* “El contenido sobre el proceso de recuperación de experiencias relacionadas con el suicidio o las autolesiones que sí está permitido pero que pueda incluir imágenes inquietantes, como heridas sanadas, se coloca detrás de una pantalla de contenido delicado”⁶⁵⁹.

En cualquier caso, a efectos de una mayor garantía para las libertades informativas, este tipo de etiquetas deberían ser totalmente residuales para así favorecer el normal desarrollo del discurso en la red social.

ii. Etiqueta de contenido delicado en Twitter. “El siguiente elemento multimedia incluye contenido potencialmente delicado”

Veamos a continuación la estrategia de utilización de *Twitter* a través de la etiqueta “El siguiente elemento multimedia incluye contenido potencialmente delicado”.



No se cuenta con la evidencia empírica para identificar cuáles son los motivos reales por los cuales para esta plataforma tanto el texto escrito como la imagen (mujeres

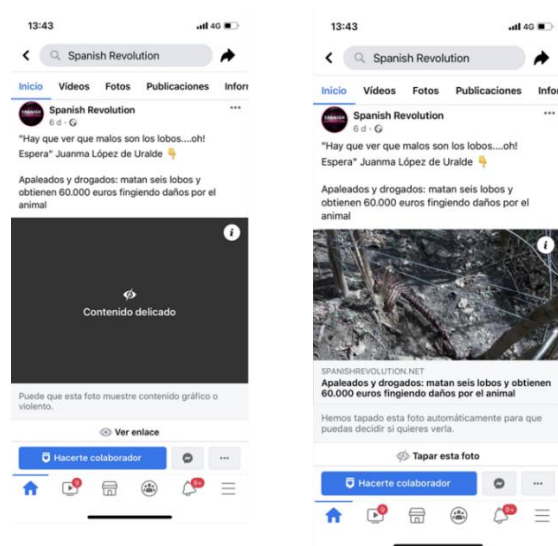
⁶⁵⁹ <https://www.facebook.com/communitystandards/safety> consultado el día 23 de diciembre de 2021.

acompañadas de niñas y niños con un letrero en la pared que reza “Maternidad”) es identificado y etiquetado como “potencialmente delicado”.

Nuevamente, se está frente una limitación de la visibilidad que puede considerarse, en el marco del libre flujo de ideas, de una modulación de las libertades informativas. Además, la falta de contexto para el uso de estas etiquetas redundante en la falta de transparencia en la adopción de este tipo de decisiones, situación que va en detrimento de los derechos fundamentales de los usuarios.

iii. Etiqueta contenido delicado. “Puede que esta foto muestre contenido violento”

Se ha podido identificar que la red social *Facebook* modera contenido vertido por los usuarios a través de la etiqueta de “contenido delicado”, pero esta vez porque la foto incorpora un contenido gráfico violento. A continuación, un ejemplo:



Se entiende que esta forma de moderar el contenido busca proteger la sensibilidad del conjunto de la sociedad, sin que ello implique la supresión del contenido. Esto, en principio, puede mantener un equilibrio entre los derechos de terceros y el ejercicio de las libertades informativas.

iv. *Etiqueta “excepción de interés público” o “Aviso de excepción de interés público”*

Se trata de contenidos que, en principio, vulneran las normas de la comunidad, pero que, al ser un contenido de interés público, se mantiene, pero con la correspondiente etiqueta. A continuación, se explicará una forma de moderación de contenidos que puede afectar el ejercicio a las libertades informativas. También se analizará cómo las plataformas, especialmente *Twitter*⁶⁶⁰, actúan para encontrar un equilibrio en torno a esta relación.

Este tipo de moderación se limita a un tipo crítico de contenido de interés público⁶⁶¹. La forma que tiene de regularlo es a través de un aviso que proporciona contexto sobre el incumplimiento de las reglas y se habilitan las opciones de limitar el alcance del *tweet*. Consideran que el objetivo de estas acciones “*es limitar el alcance del tweet sin afectar la capacidad del público para verlo y debatirlo*”.

Twitter, en particular, se identifica como una red social creada con el propósito de favorecer el intercambio de ideas y acercar a la comunidad global a un contacto más cercano con personajes de relevancia pública. Esto ha generado que, en el marco de la evolución de sus políticas y normas comunitarias sobre moderación de contenidos, haya establecido algunos mecanismos de distinción entre los comentarios vertidos hacia personajes públicos o particulares. Teniendo en cuenta recientes hechos de gran

⁶⁶⁰ “Aviso de excepción de interés público: en casos aislados, podemos determinar que es de interés público que un Tweet, que de otra manera incumpliría de nuestras reglas, siga accesible en nuestro servicio. Más información sobre excepciones de interés público”. Aviso de Tweet, disponible en <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/enforcement-options> consultado el día 23 de diciembre de 2021.

⁶⁶¹ No obstante, se considera que la filosofía de buscar el equilibrio entre el riesgo de daño con el interés público es importante, es probable que en algunos casos el riesgo de daño no se manifiesta de manera aguda, es decir, inmediata, sino crónica, es decir, a través de mensajes que van incumpliendo (por ejemplo incitan a la violencia o promueven el discurso de odio) y se van volviendo crónicas y solo pueden verse cuando ya son insostenibles. Piénsese por ejemplo en los discursos que promueven la violencia contra la mujeres, las manifestaciones de odio contra las minorías o contra la diversidad sexo-genérica.

envergadura política, *Twitter* ha adaptado su moderación de contenidos a efectos de hacer frente a los hechos que acontecían y su contexto histórico⁶⁶².

Twitter utiliza esta excepción para mantener los contenidos que incumplen sus reglas, pero se identifican como de interés público por el “aporte directo para la comprensión o el debate de un asunto que le preocupa a todo el público”⁶⁶³. Este tipo de moderación se limita a un tipo crítico de contenido de interés público⁶⁶⁴. La forma que tiene de regularlo es a través de un aviso que proporciona contexto sobre el incumplimiento de las reglas y se limita el alcance del *tweet*. Según se explica, el objetivo de estas acciones “es limitar el alcance del *tweet* sin afectar la capacidad del público para verlo y debatirlo”⁶⁶⁵.

Sin embargo, se observan algunas contrariedades. Por ejemplo, cuando la plataforma señala que “¿Cuándo es de interés público mantener el acceso a un *Tweet*? Los siguientes son los criterios y procesos mediante los cuales decidimos si un *Tweet*, que de otra forma incumpliría las Reglas de *Twitter*, es de interés público: (...)”⁶⁶⁶, no queda claro si para *Twitter* esta etiqueta designa un contenido que incumple las reglas de *Twitter*⁶⁶⁷, pero que

⁶⁶² Nos referimos a la “lucha” ficticia o real entre *Twitter* y Trump desde que este último asumió la presidencia de los Estados Unidos. En este marco, así lo ha retratado el ámbito periodístico. Como ejemplos de este retrato en los medios de comunicación tenemos: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/01/14/legal/1610621144_102192.html, consultado el día 23 de diciembre de 2021; en la prensa Estadounidense en: <https://www.washingtonpost.com/technology/2021/01/08/twitter-trump-dorsey/> consultado el día 23 de diciembre de 2021 o <https://www.washingtonpost.com/nation/2020/05/29/trump-minneapolis-twitter-protest/> consultado el día 23 de diciembre de 2021.

⁶⁶³ Para *Twitter*, según la información vertida en su página web, es bastante importante en el proceso de identificación de cuándo un contenido es de interés público es encontrar el equilibrio entre el riesgo de daño con el interés público. Así lo señalan: “Para decidir si debemos eliminar un *Tweet* o colocarlo detrás de un aviso, consideramos el posible riesgo y la gravedad del daño y lo comparamos con el valor para el interés público del *Tweet*. Cuando el riesgo de daño es mayor o más grave, es menos probable que hagamos una excepción”. Disponible en: <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/public-interest> consultado el día 23 de diciembre de 2021.

⁶⁶⁴ No obstante, se considera que la filosofía de buscar el equilibrio entre el riesgo de daño con el interés público es importante, es probable que en algunos casos el riesgo de daño no se manifiesta de manera aguda, es decir, inmediata, sino crónica, es decir, a través de mensajes que van incumpliendo (por ejemplo incitan a la violencia o promueven el discurso de odio) y se van volviendo crónicas y solo pueden verse cuando ya son insostenibles. Piénsese por ejemplo en los discursos que promueven la violencia contra las mujeres, las manifestaciones de odio contra las minorías o contra la diversidad sexo-genérica.

⁶⁶⁵ <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/public-interest> consultado el día 23 de diciembre de 2021.

⁶⁶⁶ <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/public-interest> consultado el día 23 de diciembre de 2021.

⁶⁶⁷ “Criterios para las excepciones: El *Tweet* incumple una o más de las Reglas de *Twitter*”

II. La moderación y control de contenidos por las redes sociales y las libertades informativas

se mantiene visible al ser identificado como de interés público, o bien si por ser de interés público no es considerado como un contenido que incumple las Reglas de *Twitter*. Esta reflexión surge porque entre los casos seleccionados, se indica junto a un *Tweet* moderado: “Este *Tweet* incumplió las Reglas de *Twitter* relativas a las conductas de incitación al odio. Sin embargo, *Twitter* determinó que puede ser de interés público que dicho *Tweet* permanezca visible”.

Para que un *tweet* pueda ser identificado como de “Interés público”, *Twitter* ofrece una serie de criterios⁶⁶⁸, que se aplican, principalmente, a personajes públicos⁶⁶⁹.



Ejemplo de contenido de moderación de contenido con la etiqueta “interés público”

⁶⁶⁸ “Criterios para las excepciones: El *Tweet* incumple una o más de las Reglas de *Twitter*; El autor del *Tweet* es una cuenta verificada; La cuenta tiene más de 100 000 seguidores; y La cuenta representa a un miembro actual o potencial de un organismo gubernamental o legislativo local, estatal, nacional o supranacional: titulares actuales de un puesto de liderazgo elegido o designado en un organismo gubernamental o legislativo; O candidatos o nominados para cargos políticos O Partidos políticos registrados” Disponible en: <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/public-interest> consultado el día 23 de diciembre de 2021.

⁶⁶⁹ Según *Twitter*: “La excepción de interés público no significa que cualquier funcionario público que cumple con los criterios puede *tweetear* lo que quiera, sin importar si incumple las Reglas de *Twitter*”. En ese proceso el equipo de moderación de contenidos, el usuario encuentra información de cuando es más probable que se aplique el aviso de interés público. Así lo señala: “Es más probable que apliquemos el aviso a un *Tweet* que comete un incumplimiento si: El *Tweet* está dirigido a otros funcionarios del gobierno o elegidos o instituciones como parte de un debate público o llamado a protestar; El *Tweet* tiene un sentido más importante, que es relevante para el rol público del autor o del objetivo; El *Tweet* proporciona un contexto importante para los eventos o problemas geopolíticos en curso; O existe un importante valor documental o de responsabilidad en la preservación del contenido, como un asunto de registro público”. Cómo equilibramos el riesgo de daño con el interés público, disponible en <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/public-interest> consultado el día 23 de diciembre de 2021.

Se ha encontrado una relación entre la excepción de identificar estos contenidos, como aquellos que incitación al odio, y la relevancia del personaje u organización que genera el comentario. En el caso de las organizaciones políticas, estos comentarios no son moderados ya que generan una discusión política necesaria para fomentar la democracia. Y solo son moderados cuando la incitación al odio es manifiestamente ilícita. El equipo de *Trust & Safety*⁶⁷⁰ de *Twitter*, se encarga de la evaluación del *tweet*⁶⁷¹ y prepara una recomendación sobre si mantener el acceso al *tweet* es o no de interés público⁶⁷². Esto es muestra de que *Twitter* da publicidad respecto de quienes son los encargados finales de realizar las revisiones de los *tweets* y emitir sus valoraciones al respecto para el conocimiento de los usuarios.

Otro ejemplo, con gran repercusión internacional, lo encontramos en la moderación de los *tweets* publicados desde la cuenta de Donald Trump. Durante los disturbios generados en el mes de mayo y junio de 2020, por motivo de la muerte de George Floyd en Minneapolis, por primera vez en la historia de *Twitter*, se añadieron etiquetas de comprobación de hechos en los mensajes vertidos por el ExPresidente estadounidense en esta red social. Esta decisión de moderación adoptada por *Twitter* dio lugar a una nueva forma de moderar el contenido, así como señalar un comentario como violatorio de las normas comunitarias, pero mantenerlo visible en aras del interés público.

Trump hacía mención en su *tweet* a los manifestantes que habían provocado disturbios durante la noche del jueves en Minneapolis. En dichos disturbios se quemó el

⁶⁷⁰ “El *Twitter Trust and Safety Council* es un grupo de organizaciones de expertos independientes de todo el mundo. Juntos, abogan por la seguridad y nos asesoran a medida que desarrollamos nuestros productos, programas y reglas. A fines de 2019, ampliamos el Consejo para incluir aún más expertos globales y perspectivas diversas. El Consejo está formado por varios grupos asesores, cada uno dedicado a temas críticos para la salud de la conversación pública. Las áreas de enfoque incluyen seguridad y acoso en línea, derechos humanos y digitales, prevención del suicidio y salud mental, explotación sexual infantil y deshumanización”. Disponible en <https://about.twitter.com/en/our-priorities/healthy-conversations/trust-and-safety-council> consultado el día 23 de diciembre de 2021.

⁶⁷¹ Disponible en <https://about.twitter.com/en/our-priorities/healthy-conversations/trust-and-safety-council> consultado el día 23 de diciembre de 2021.

⁶⁷² “La recomendación se compartirá con un grupo de líderes de diferentes equipos internos, con antecedentes diversos y multidisciplinarios en gobierno, derechos humanos, periodismo, noticias, tecnología y derecho, además de equipos en el mercado que comprendan el contexto cultural en el que se publicó el *Tweet*”. Disponible en <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/public-interest> consultado el día 23 de diciembre de 2021.

cuartel de los agentes de policía que detuvieron a George Floyd. El mensaje de Trump solo pudo leerse haciendo clic en aviso que decía: “Este Tweet infringió las reglas de Twitter sobre ensalzamiento de la violencia. Sin embargo, Twitter ha concluido que puede ser de interés público que el tweet siga estando accesible”.

En un hilo, *Twitter* explicó que había tomado esta decisión “con el interés de evitar que otros se inspiren para cometer actos violentos”. La gente aún podía “retuitear” con comentarios, pero no podía marcarlo como ‘me gusta’, contestar o “retuitear”⁶⁷³. Esto es una manera más de moderación de contenido, ya que mantiene el comentario, pero limita las funcionalidades que la plataforma ofrece normalmente para cualquier otro comentario.

Desde un punto de vista técnico, se limita la difusión del *tweet*, alterando el desarrollo normal de la discusión y del discurso en la red social. En este escenario, podría decirse, que *Twitter* supera, en cierta medida, la barrera de la función técnica, en aras de demostrar una diligencia en la moderación del contenido. No procede a su supresión desde el inicio de la discusión, pero, conforme aumenta el tono de los comentarios, opta por moderar ocultando tras una etiqueta el *tweet* y limitando las funcionalidades de la plataforma para ese comentario en concreto.



Tweet moderado de la cuenta de Donald Trump.

⁶⁷³ Noticia tomada de <https://www.lavanguardia.com/internacional/20200529/481442502599/twitter-mensaje-trump-minneapolis-glorificar-violencia.html> consultado el día 23 de diciembre de 2021.

De la etiqueta a la suspensión de la cuenta de Twitter. Posteriormente en enero de 2021, tiene lugar la toma del Capitolio por parte de los seguidores de Trump. A la luz de este suceso, Trump continúa realizando comentarios a través de su perfil, aumentando cada vez más el tono de la discusión.

“ **The 75,000,000 great American Patriots who voted for me, AMERICA FIRST, and MAKE AMERICA GREAT AGAIN, will have a GIANT VOICE long into the future. They will not be disrespected or treated unfairly in any way, shape or form!!!**

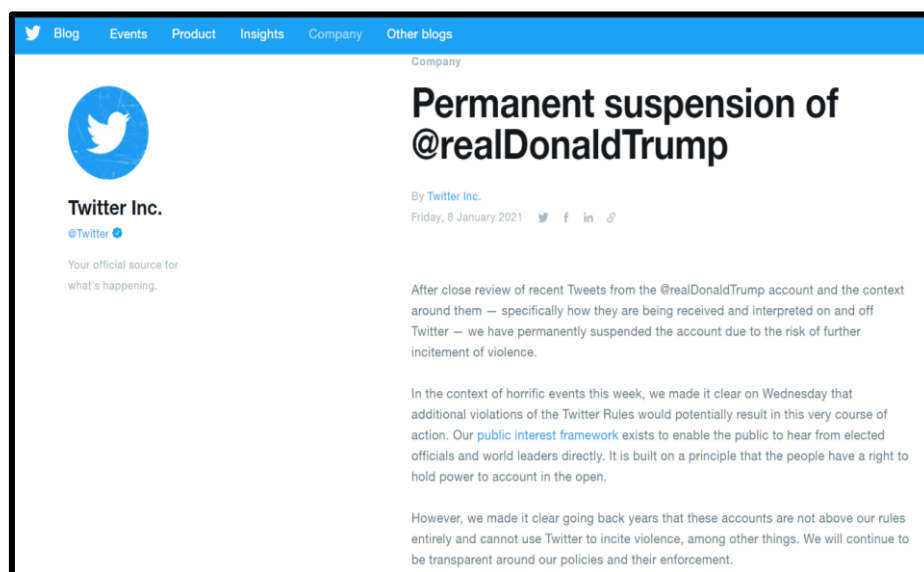
– Donald J. Trump (@realDonaldTrump)
January 8, 2021

“ **To all of those who have asked, I will not be going to the Inauguration on January 20th.**

– Donald J. Trump (@realDonaldTrump)
January 8, 2021

Finalmente, *Twitter* suspende la cuenta de Trump y emite un comunicado informando de las razones que motivan esta decisión.





En esta línea, a la luz del Informe A/HRC/47/25 de 13 de abril de 2021 de la Relatoría Especial para la promoción de la libertad de expresión de la ONU, una de las críticas a la moderación de contenidos por parte de las plataformas está relacionada con el tratamiento que reciben los personajes públicos⁶⁷⁴. En este informe se señala que las empresas no parecen aplicar sus condiciones de servicio o sus normas de uso de forma coherente a los personajes públicos. Tampoco parecen haber elaborado políticas claras para evitar que los contenidos políticos sean catalogados como “noticias falsas” o para ocuparse de los contenidos producidos por figuras públicas que abogan por la violencia o incitan a ella⁶⁷⁵.

De manera que, aún es insuficiente la información que *Twitter* facilita en sus condiciones sobre este tipo de moderación de contenidos. Esta situación, que tiene especial relevancia para el ejercicio de las libertades informativas, constituye una

⁶⁷⁴ Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de la ONU, A/HRC/47/25, “La desinformación y la libertad de opinión y de expresión” de fecha 13 de abril de 2021, disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/47/25> consultado el día 15 de junio de 2021.

⁶⁷⁵ “El derecho internacional de los derechos humanos solo permite retirar los contenidos publicados por una figura pública por motivos muy limitados, entre ellos la incitación a la violencia y al odio. Si fundaran firmemente sus condiciones de servicio en las normas internacionales, las empresas podrían resistir mejor las presiones para que retiren expresiones legítimas, ya que estarían defendiendo los mismos instrumentos y principios con que los Estados se han comprometido formalmente”. Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de la ONU, A/HRC/47/25, “La desinformación y la libertad de opinión y de expresión” de fecha 13 de abril de 2021, p. 18, disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/47/25> consultado el día 15 de junio de 2021.

vulneración, de nuevo, a la falta de transparencia en la toma de decisión. No solo por el tipo de personaje que emite su opinión, sino por el impacto que este discurso tiene en la construcción de la opinión pública. Como se indicó en el Capítulo I de esta tesis, recibir información es un aspecto clave para las libertades informativas, ya que contribuye en la construcción de la opinión de los ciudadanos.

v. *Etiqueta de exigencia de información o contexto adicional. Verificadores externos de la información*

En las próximas líneas se muestran algunos ejemplos de cómo las plataformas, especialmente *Facebook*⁶⁷⁶ y *Twitter* regulan el contenido a través de la estrategia de “verificación de la información”. Esta verificación de la información se realiza a través de entidades externas, muchas de ellas asociaciones de prensa, que se encargan de contrastar el contenido que se publica y la veracidad de la información que se transmite.

⁶⁷⁶ “Tenemos el compromiso de luchar contra la difusión de la información errónea en Facebook e Instagram. En muchos países y regiones, trabajamos con organizaciones de verificación de datos externas que están certificados por medio de la organización no partidista International Fact-Checking Network (IFCN) para identificar y revisar este contenido, y tomar las medidas pertinentes. Infórmate sobre nuestras colaboraciones aquí y obtén más detalles acerca de los elementos de nuestro programa a continuación”, disponible en: <https://www.facebook.com/business/help/2593586717571940>, consultado el día 15 de junio de 2021.

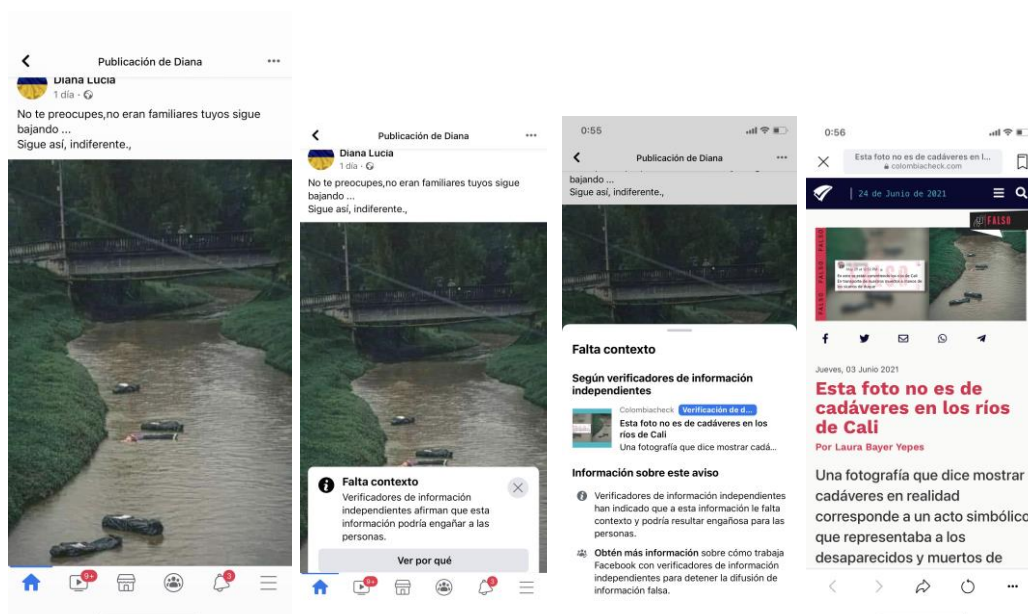
II. La moderación y control de contenidos por las redes sociales y las libertades informativas



Sin perjuicio de que no ha sido objeto de esta tesis doctoral el análisis de la información engañosa o *fake news*, entendemos que resulta relevante para el estudio señalar la postura de las plataformas sobre la moderación que de estos contenidos realiza. A continuación, se muestra un ejemplo de cómo modera el contenido *Newtral*:

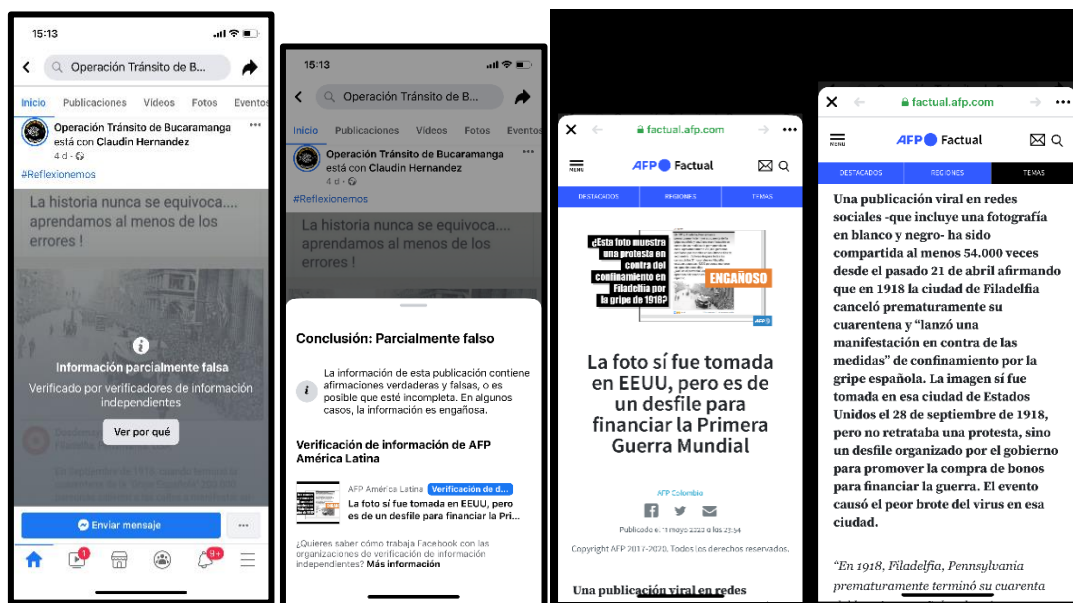


A continuación, se muestra otro ejemplo de cómo modera se modera el contenido en un usuario de *Facebook* sobre los hechos ocurridos en mayo de 2021 en Colombia:



Ejemplo Moderación de contenido en Facebook de una página colombiana sobre una representación artística

II. La moderación y control de contenidos por las redes sociales y las libertades informativas



Moderación de contenidos y empresa de verificación

A partir de los ejemplos arriba señalados, entendemos que, la lucha contra la proliferación de la información imprecisa, bien en forma de noticias falsas, bien en forma de información engañosa, es, tal y como señalan las declaraciones de *soft-law*, una prioridad para salvaguardar la democracia y el flujo de ideas. Sin embargo, preocupa que el uso de los verificadores independientes pueda generar una moderación de contenidos que exceda las libertades informativas.

En el tercer ejemplo, “el de los cadáveres por un río”, ese grupo de fotografías hacían parte de un *performance* artístico realizado por un artista, en el que se quería señalar a través de unas bolsas en un río, a las personas desaparecidas con motivo de los graves acontecimientos vividos en Colombia en los meses de abril y mayo de 2021.

En el ya citado Informe A/HRC/47/25 de 13 de abril de 2021 de la Relatoría especial sobre la libertad de expresión de la ONU, se señala que la falta de transparencia y de acceso a los datos sigue siendo el principal defecto de las empresas respecto de casi todos los aspectos relacionados con la desinformación y la información errónea⁶⁷⁷.

⁶⁷⁷ “La falta de transparencia general sobre los sistemas y procesos de moderación de contenidos de las empresas hace imposible evaluar la eficacia de las medidas adoptadas por estas y su efecto en los derechos humanos. A este problema se añade el hecho de que el mundo de la investigación, la

Sin embargo, las acciones conducentes a utilizar la categoría “falta contexto” como en el caso del ejemplo de Colombia, puede generar una disminución del flujo de la construcción de la opinión pública, en un momento en el que la crítica sobre las violaciones de los derechos humanos en las calles de Colombia para frenar la movilización pacífica era más que necesaria.

Es necesario que las plataformas tengan la capacidad de clarificar si lo que “necesita” contexto es el comentario vertido en la red social, o se “necesita” un contexto político y social en el cual se crea y vierte el contenido en la plataforma.

La figura de los verificadores utilizada por *Facebook* para la moderación de contenidos puede ser similar a la función que se espera desempeñen los alertadores fiables. Según se establece en el artículo 19 de la DSA, los alertadores fiables son entidades que envían avisos a los PSI para la lucha contra contenidos ilícitos. En este caso, la actuación realizada por el verificador no nace de su propio interés, sino que constituye un grupo de asesores en los que *Facebook* se apoya para realizar labores de moderación. En todo caso, nada impediría que, de mutuo propio, este tipo de organizaciones, aprovechen el conocimiento que tienen, y puedan aportar información de gran utilidad al PSI para un mejor control de los contenidos ilícitos en su plataforma.

Tal y como se puede observar los “*verificadores de información independientes*” emiten “conclusiones” sobre el grado de veracidad de la información por la cual se solicita su evaluación. Se han identificado los siguientes elementos: Cuando un contenido es identificado como verdadero o falso.

Facebook señala: “*La información de esta publicación contiene afirmaciones verdaderas y falsas (...)*”. Se considera que está puede ser la primera función de los verificadores. Sin embargo, en el constante flujo de ideas que se presenta en Internet y en especial en las redes sociales, la identificación de qué es contenido es “verdadero” y qué

universidad o la sociedad civil no tienen un acceso suficiente a los datos para poder realizar evaluaciones más independientes y objetivas”. Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de la ONU, A/HRC/47/25, “La desinformación y la libertad de opinión y de expresión” de fecha 13 de abril de 2021, p. 19, disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/47/25> consultado el día 15 de junio de 2021.

contenido es “falso” es como mínimo problemático. En el ejemplo de la foto de “los cadáveres en el río”, qué es lo que se identificaría como verdadero o falso: la representación artística y/o simbólica del artista o la interpretación que se hace de la representación señalando que son cuerpos flotando en un río.

En el segundo ejemplo se muestra cómo la verificadora independiente *Newtral* ha identificado el contenido como “información falsa”. Se trata de un vídeo sobre un debate en el Congreso de los Diputados. En este caso, se ha generado polémica por el papel de promotor de “censura” que podrían estar jugando los verificadores independientes respecto al discurso de partidos o personajes políticos⁶⁷⁸. Sin embargo, según la propia red social, la plataforma no se encarga de seguir el contenido político de este tipo de organizaciones o personajes públicos⁶⁷⁹.

Un contenido es identificado como que “le falta contexto”⁶⁸⁰. Así lo señalan cuando informan de cómo realizan el proceso de verificación: “*Verificadores de información*

⁶⁷⁸ Por ejemplo, así lo retrató la prensa digital, disponible en <https://magnet.xataka.com/en-diez-minutos/buen-paso-facebook-marca-como-objetivamente-falsas-publicaciones-politicos>, consultado el día 15 de junio 2021. También en <https://www.genbeta.com/redes-sociales-y-comunidades/que-facebook-ha-marcado-como-falsa-publicacion-santiago-abascal-no-verifica-a-otros-politicos> consultado el día 15 de junio 2021.

⁶⁷⁹ Sobre este ejemplo *Facebook* señala: “*Dependemos de verificadores de datos de terceros para ayudar a reducir la difusión de noticias falsas y otros tipos de información errónea viral, como memes o fotos y videos manipulados. Sin embargo, no creemos que sea un papel apropiado para nosotros arbitrar debates políticos y evitar que el discurso de un político llegue a su audiencia y sea objeto de debate y escrutinio público. Es por eso que Facebook exige a los políticos de nuestro programa de verificación de datos de terceros. Esto significa que no enviaremos contenido orgánico o anuncios de políticos a nuestros socios de verificación de datos externos para su revisión. Sin embargo, cuando un político comparte contenido previamente desacreditado, incluidos enlaces, videos y fotos, planeamos degradar ese contenido, mostrar información relacionada de verificadores de hechos y rechazar su inclusión en anuncios*”. Disponible en <https://about.fb.com/news/2019/09/elections-and-political-speech/> consultado el día 15 de junio 2021.

⁶⁸⁰ “*Contenido que puede resultar engañoso sin contexto adicional. - Clips de un vídeo o audio auténticos o recortes de fotos auténticas en los que falta el contexto completo del contenido original, pero que no se han editado ni manipulado de ninguna otra forma; - Contenido multimedia editado para omitir o reorganizar las palabras que ha dicho alguien a fin de cambiar el significado de lo que ha dicho, pero no decir lo opuesto; - Hipérbole o exageración que es técnicamente falsa, pero que se basa en un acontecimiento o una afirmación reales; - Contenido que presenta una conclusión que no se basa en los hechos subyacentes; - Afirmaciones presentadas como hechos que son posibles, pero que no están demostrados*”. Disponible en <https://www.facebook.com/business/help/341102040382165> consultado el día 15 de junio 2021.

independientes han indicado que a esta información le falta contexto y podría resultar engañosa para las personas”.

Los verificadores emiten una conclusión sobre el contenido⁶⁸¹ que puede ser: falso, alterado, parcialmente falso, falta contexto, sátira y verdadero. En los ejemplos que se están trabajando aparecen las siguientes conclusiones: “Conclusión: parcialmente falso” y “falta contexto”.

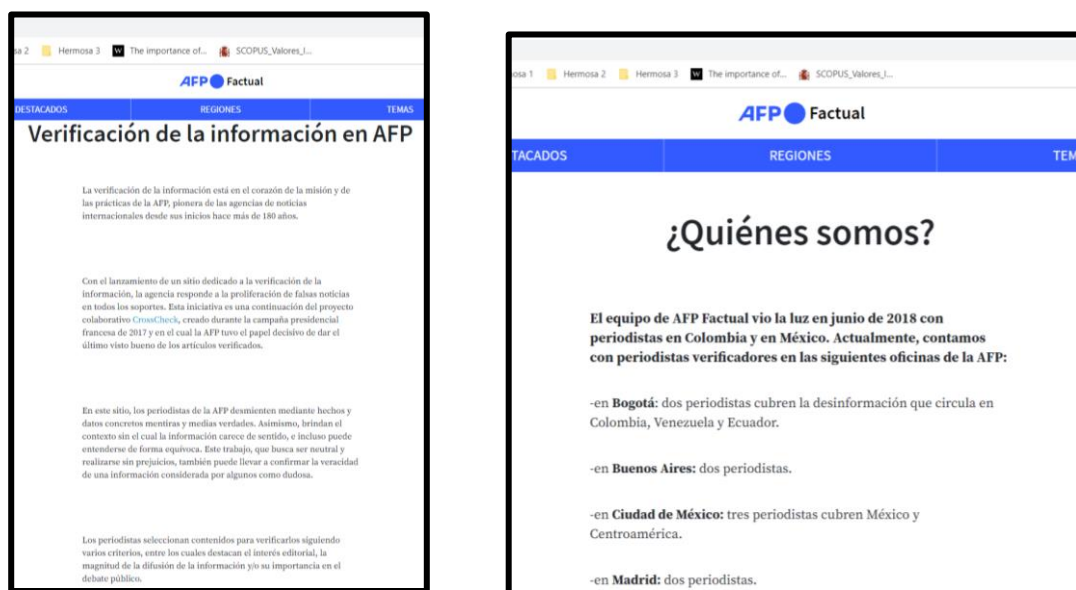
Por ejemplo, *Facebook* señala: “*La información de esta publicación contiene afirmaciones verdaderas y falsas, o es posible que esté incompleta. En algunos casos, la información es engañosa*”. Por un lado, la plataforma a través de los verificadores se “posiciona” no solo en identificar qué información es verdadera o falsa, sino que se necesitaría un “verificador” para completar la información que se encuentra “incompleta”. Entendemos que esta labor de moderación que además complementa el alcance inicial del comentario dotándolo de contexto raya con la función de mero alojador de contenidos. En este sentido, se podría cuestionar la aplicación de las exclusiones de responsabilidad ya que puede incluso considerarse una labor editorial.

Teniendo presente que podrían existir restricciones del ejercicio de la libertad de expresión en las redes sociales a través del papel que juegan los verificadores en este contexto, se ha querido profundizar qué son y quiénes son estas empresas de verificación.

En primer lugar, se ha encontrado que *Facebook*, ofrece información a sus usuarios de por una parte cómo alfabetizar críticamente a los usuarios en los procesos de detección de noticias falsas, y por otra, en cómo se seleccionan los verificadores de información.

⁶⁸¹ Opciones de calificación de los verificadores de información, disponible en: <https://www.facebook.com/business/help/341102040382165> consultado el día 15 de junio 2021.

II. La moderación y control de contenidos por las redes sociales y las libertades informativas



Ejemplo de una empresa de verificación en la moderación de contenidos

Del análisis de la información recogida, los verificadores de información independientes son en la mayoría de los casos miembros de la *International Fact-Checking Network*⁶⁸². Esta organización es una unidad del Instituto Poynter cuyo objetivo es reunir a periodistas que se dedican a la verificación de hechos a nivel internacional. La red internacional ha acordado Declaración de transparencia de la red internacional de verificación de hechos⁶⁸³ y los Código de principios de los verificadores de hechos de la Red Internacional de Verificación de Datos⁶⁸⁴.

En el ámbito iberoamericano, este último ha sido firmado por la empresa verificadora AFP Factual⁶⁸⁵. En España especialmente, por ejemplo, *Newtral*⁶⁸⁶ hace parte de la Red Internacional de Verificación de Datos y hace parte de las empresas contratadas por *Facebook* para la verificación de información⁶⁸⁷.

El papel de otros usuarios en el proceso de identificación de noticias falsas. *Facebook* por ejemplo exhorta a los usuarios a que envíen comentarios sobre las historias que

682 <https://www.poynter.org/ifcn/> consultado el día 15 de junio 2021.

683 <https://www.poynter.org/international-fact-checking-network-transparency-statement/> consultado el día 15 de junio 2021.

684 <https://www.poynter.org/ifcn-fact-checkers-code-of-principles/> consultado el día 15 de junio 2021.

685 <https://factual.afp.com/verificacion-de-la-informacion-en-afp> consultado el día 15 de junio 2021.

686 <https://www.newtral.es/quienes-somos/> consultado el día 15 de junio 2021.

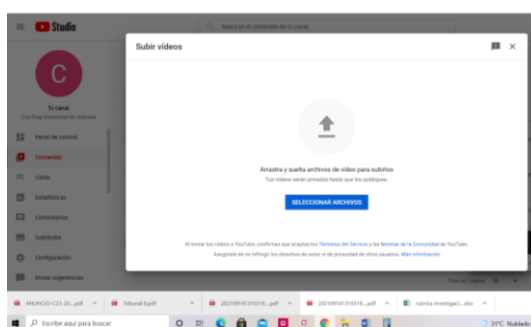
687 <https://about.fb.com/es/news/2019/03/facebook-lanza-su-programa-de-verificacion-de-datos-externo-en-espana/> consultado el día 15 de junio 2021.

consideren que son falsas, como un indicador en el proceso de identificación de noticias falsas⁶⁸⁸.

2.2.3. *Protección de la propiedad intelectual, la moderación y/o explicación previa por violación de derechos de autor en YouTube*

Para continuar con el análisis descriptivo⁶⁸⁹ de cómo se manifiestan los modos de moderación de contenidos en las plataformas, se ha decidido realizar un análisis de cómo con la creación de un contenido audiovisual que se intenta subir a la plataforma de *YouTube*, esta se encarga de garantizar el equilibrio entre el derecho a la libertad de expresión de la creación del contenido audiovisual con la protección de los derechos de autor⁶⁹⁰.

Se creó un material audiovisual para ser utilizado por padres y madres respecto a las posibilidades de movimiento en función de la música que suena de fondo en el vídeo. Este material audiovisual está compuesto por vídeo (imágenes creadas por una aplicación gratuita, de la cual se tienen los derechos), acompañado por una pista de música que suena de fondo mientras las imágenes se mueven (la pista musical no cuenta con la autorización para ser utilizada por el propietario de los derechos de autor). El material audiovisual está acompañado también de información escrita que pertenece al creador del material.

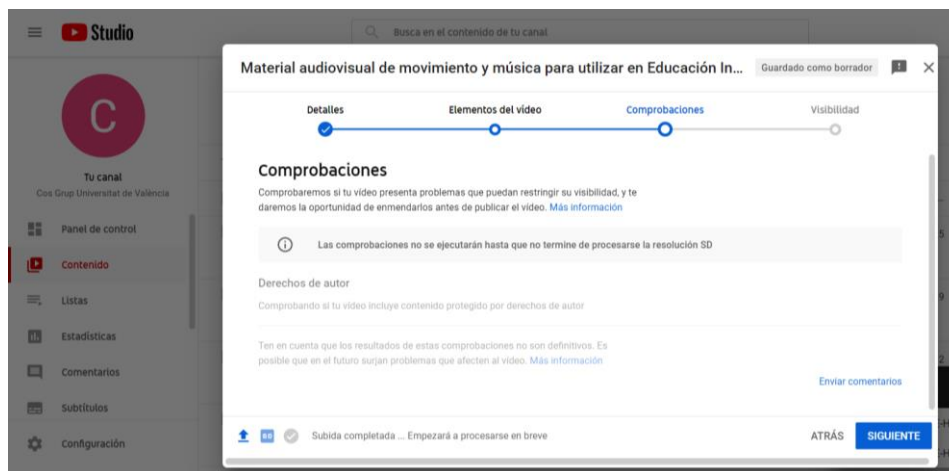


⁶⁸⁸ <https://www.facebook.com/help/572838089565953> consultado el día 15 de junio 2021.

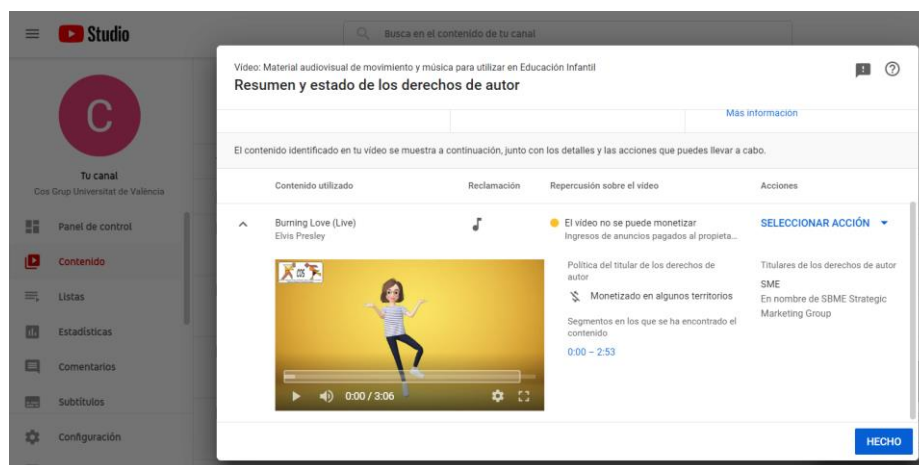
⁶⁸⁹ El caso que se presenta a continuación se utiliza solo con el objetivo de describir la relación entre los derechos mencionados. No pretende realizar un análisis exhaustivo. Por tanto, es necesario continuar investigando sobre la relación de la protección de los derechos de autor y la libertad de expresión.

⁶⁹⁰ El vídeo puede encontrarse en <https://www.youtube.com/watch?v=jjwN3Zv-SjE> consultado el día 15 de junio 2021.

II. La moderación y control de contenidos por las redes sociales y las libertades informativas



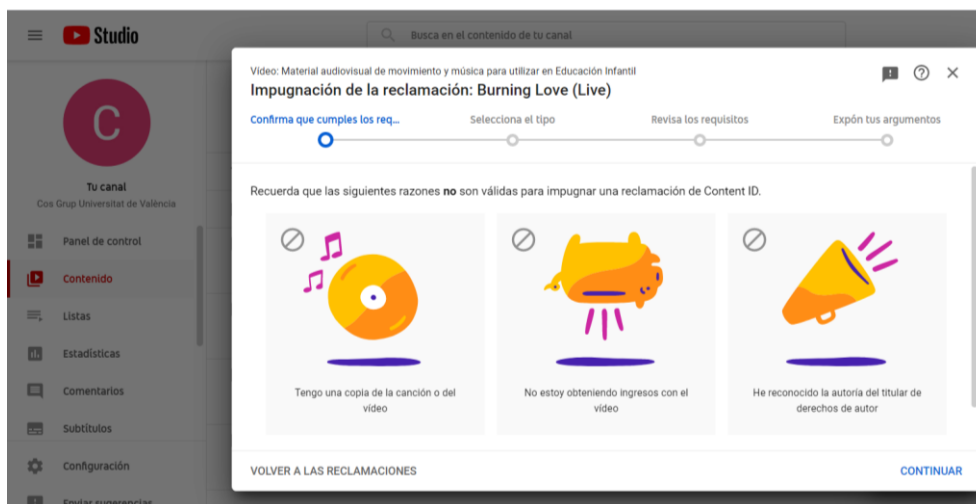
Cuando se intenta subir el material audiovisual, *YouTube* reconoce que la pista musical corresponde a un autor y que los derechos son de la empresa SME. Este reconocimiento de la música que suena de fondo se realiza a través de medios automáticos, con una duración de pocos segundos.



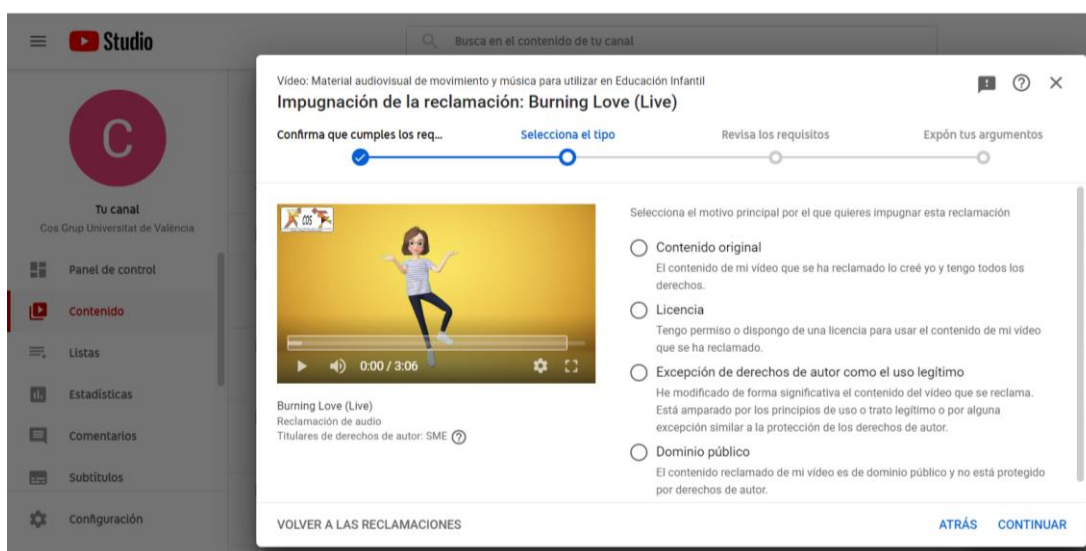
En efecto, el creador del material audiovisual reconoce que no tiene los derechos de autor. Sin embargo, *YouTube* ofrece la posibilidad de que se utilice la pista musical, con la excepción de que el material audiovisual una vez subido a *YouTube* no pueda monetizarse.

De este ejemplo, se puede observar cómo *YouTube* al menos respecto a este material con la pista en cuestión, ofrece la oportunidad de que la creación audiovisual si bien es

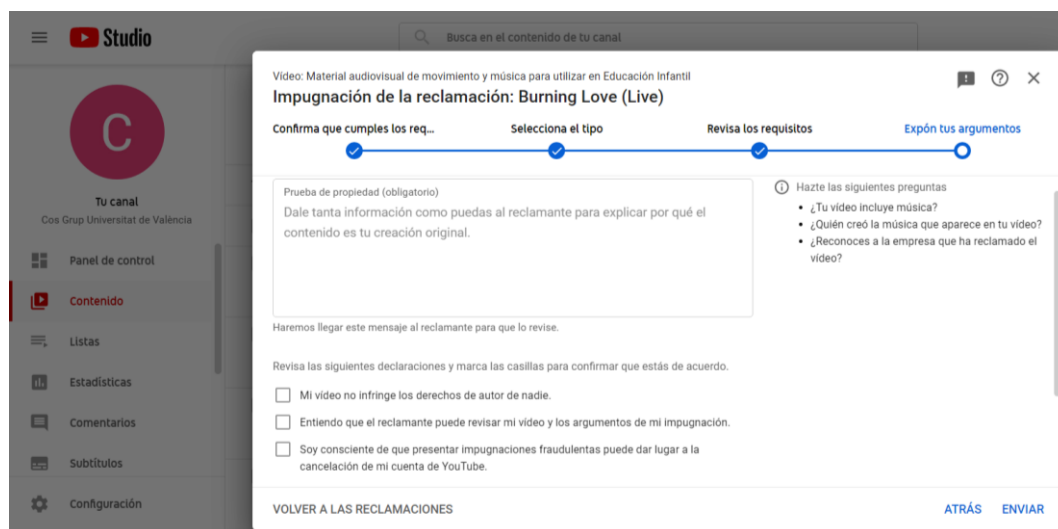
cierto que está acompañado de un derecho reconocido de un tercero, garantiza la libertad de expresión.



Se observa que el material audiovisual no es eliminado, sino que se ofrece al creador del material audiovisual la información de por qué el contenido audiovisual puede llegar a ser moderado, así como el procedimiento que puede seguir el creador al considerar que no se están vulnerando los derechos de autor.



II. La moderación y control de contenidos por las redes sociales y las libertades informativas



Ejemplo de moderación de contenido por violación de derechos de autor en la plataforma de YouTube

Finalmente, *YouTube* permite que el contenido sea subido a su plataforma.

En el ya citado Informe A/HRC/47/25 de 13 de abril de 2021 de la Relatoría especial sobre la libertad de expresión de la ONU, se señala que la existencia de mecanismos de apelación contra las decisiones erróneas es crucial para contrarrestar los importantes riesgos que se derivan del hecho de que las grandes empresas de medios sociales utilicen filtros imperfectos para eliminar contenidos. Sin embargo, no parece que existan mecanismos de ese tipo para recurrir las medidas sancionadoras adoptadas por las empresas, como el etiquetado y la degradación⁶⁹¹.

Respecto a la moderación de contenidos por infracción de derechos de autor, *Facebook* incorpora este hecho en sus normas comunitarias (esto será explicado más adelante). Además, respecto a la transparencia que se viene exigiendo, al menos frente a la información que debe tener cada usuario creador de contenidos, en la sección de

⁶⁹¹ Página 17. “Las personas que usan Facebook en inglés ahora reciben mensajes más específicos cuando infringen nuestra política de incitación al odio. En el futuro, seguiremos enviando notificaciones más específicas para las violaciones de la incitación al odio en otros idiomas en el futuro”. Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de la ONU, A/HRC/47/25, “La desinformación y la libertad de opinión y de expresión” de fecha 13 de abril de 2021, p. 17, disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/47/25> consultado el día 15 de junio de 2021.

“Servicio de ayuda” de *Facebook* se incorporan una serie de casos en los que el usuario debe ser consciente de que el contenido puede infracción de los derechos de autor⁶⁹².

2.3. *Análisis de las garantías constitucionales en la moderación de contenidos*

A través del seguimiento de los términos y condiciones de las plataformas mencionadas y de la actividad de moderación en los perfiles creados para este análisis se analizan a continuación las categorías constitucionales en los términos señalados al inicio de este capítulo. Se procede ahora al análisis de los términos y condiciones de estos sitios web con el propósito de establecer si la moderación de contenidos a la luz de las garantías constitucionales recogidas en el apartado 5.4 del Capítulo II de esta tesis⁶⁹³: transparencia; debido proceso; recurribilidad; rendición de cuentas

2.3.1. *Transparencia en la toma de decisiones por parte de Facebook, Twitter y YouTube*

Twitter y *Facebook* ofrecen información de sus políticas de moderación de contenidos. En el caso de *Facebook*, la forma en que estos identifican qué contenido es

⁶⁹² Derechos de autor y publicación de contenido en Facebook. “Según lo estipulado en las Condiciones del servicio y las Normas comunitarias de Facebook, solo puedes publicar contenido en la plataforma que no infrinja los derechos de propiedad intelectual de otras personas. La mejor forma de saber con seguridad que lo que publicas en Facebook no infringe la ley sobre derechos de autor es publicar únicamente contenido de tu propia creación. Ten en cuenta que es posible que infrinjas los derechos de autor de otras personas al publicar su contenido en Facebook incluso en los supuestos siguientes: Has comprado o descargado el contenido (por ejemplo, una canción en iTunes); Has grabado el contenido en un dispositivo propio (por ejemplo, una canción que suena de fondo en el contexto de una fiesta, un concierto, un evento deportivo, una boda, etc.); Has mencionado al propietario de los derechos de autor; Has incluido un descargo de responsabilidad en el que indicas tu intención de no infringir los derechos de autor; No pretendes obtener beneficio alguno; Has modificado la obra o añadido a ella material original propio; Has encontrado el contenido disponible en internet...”. Disponible en: https://www.facebook.com/help/1020633957973118/?helpref=hc_fnav consultado el día 24 de mayo de 2021.

⁶⁹³ Existen iniciativas de análisis de este tipo de documentos tales como la Declaración de Manila que intenta dar directrices de protección del derecho a la libertad de expresión por parte de los intermediarios respecto a la moderación de contenidos en sus plataformas. Este documento se observará a manera de referencia. Principios de Manila sobre responsabilidad de los intermediarios, versión 1.0, 24 de marzo de 2015, disponible en https://www.eff.org/files/2015/06/23/manila_principles_1.0_es.pdf, consultado el día 24 de mayo de 2021.

posible mantener en la plataforma y qué no, se encuentra en sus Normas comunitarias⁶⁹⁴, así como el procedimiento que hay que seguir cuando los comentarios son moderados⁶⁹⁵.

Siguiendo la misma filosofía de *Facebook*, en el caso de *Twitter* esta plataforma también da publicidad a las medidas que puede tomar para moderar contenidos en su plataforma, en su caso en “Reglas de *Twitter*”⁶⁹⁶. De igual manera, *Twitter* cuenta con un “Centro de Ayuda” en el que cual incluye temáticas relativas al uso del perfil en esta red social. Entre estas se encuentra las “Reglas y políticas”⁶⁹⁷ en las que se informa sobre “Cómo hacemos cumplir nuestras reglas”, “avisos de *Twitter* y su significado”, entre otros.

Twitter ofrece información previa sobre qué hacer cuando se va a eliminar un contenido, la cual es accesible antes de que cualquier usuario vierta el contenido en su plataforma. *Twitter* ofrece al usuario un sistema para que pueda apelar la suspensión o el bloqueo de la cuenta.

En el caso de *Facebook*, en las Condiciones de servicio se establece: “Si retiramos contenido que has compartido debido al incumplimiento de nuestras Normas comunitarias, te informaremos de esta medida y te explicaremos las opciones de que dispones para solicitar otra revisión”⁶⁹⁸.

El uso de esta forma de moderar el contenido a través de esta etiqueta se puede observar en *Twitter*. Según la información proporcionada por *Twitter*, al momento de efectuar una moderación de contenidos, procede a identificar el tipo de discurso que se modera. Así, por ejemplo, a través de la etiqueta “Aviso de excepción de interés

⁶⁹⁴ “Reconocemos la importancia de que *Facebook* sea un lugar en el que las personas sientan que pueden comunicarse, y nos tomamos muy en serio nuestro papel a la hora de evitar cualquier tipo de abuso en nuestro servicio. Por eso hemos desarrollado un [conjunto de Normas comunitarias](https://www.facebook.com/communitystandards/) que describen qué está permitido y qué no en *Facebook*”. Normas comunitarias, disponible en <https://www.facebook.com/communitystandards/> consultado el día 15 de junio de 2021.

⁶⁹⁵ Servicio de ayuda, disponible en: <https://www.facebook.com/help/2090856331203011> consultado el día 15 de junio de 2021.

⁶⁹⁶ <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/twitter-rules> consultado el día 15 de junio de 2021.

⁶⁹⁷ <https://help.twitter.com/es> consultado el día 15 de junio de 2021.

⁶⁹⁸ Condiciones de servicio. “¿Qué puedes hacer y qué puedes compartir en *Facebook*?”, disponible en <https://www.facebook.com/legal/terms> consultado el día 15 de junio de 2021.

público”⁶⁹⁹, *Twitter* mantiene contenidos que incumplen sus reglas pero que “constituye un aporte directo para la comprensión o el debate de un asunto que le preocupa a todo el público”⁷⁰⁰.

Twitter, por ejemplo, en su página web de “Las Reglas de *Twitter*” señala cuales son los contenidos que no pueden compartirse en su plataforma. A su vez, establece una serie de apartados organizados de la siguiente manera: Fundamentos; Cuándo se aplica; explicación de los casos en los que se hacen excepciones; y las consecuencias⁷⁰¹.

Uno de los elementos que hemos identificado respecto a cuáles son los criterios que utilizan las plataformas para identificar y detectar y posteriormente actuar, es la reiterada presencia de recalcar la importancia del contexto. Por ejemplo, para *Twitter*: “*Algunos Tweets pueden parecer abusivos cuando se los analiza de forma aislada, pero no cuando se tiene en cuenta el contexto de la conversación de la cual forman parte. Al momento de analizar este tipo de contenido, es posible que no esté claro si su objetivo es amenazar a una persona o si es parte de una conversación consensuada. A fin de ayudar a nuestros equipos a entender el contexto de una conversación, quizá necesitemos comunicarnos directamente con la persona a quien está dirigido el mensaje. De esta manera, nos*

⁶⁹⁹ “Aviso de excepción de interés público: en casos aislados, podemos determinar que es de interés público que un Tweet, que de otra manera incumpliría de nuestras reglas, siga accesible en nuestro servicio. Más información sobre excepciones de interés público”. Aviso a nivel de Tweet, disponible en <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/enforcement-options> consultado el día 15 de junio de 2021.

⁷⁰⁰ Para *Twitter*, según la información vertida en su página web, es bastante importante en el proceso de identificación de cuándo un contenido es de interés público es encontrar el equilibrio entre el riesgo de daño con el interés público. Así lo señalan: “Para decidir si debemos eliminar un Tweet o colocarlo detrás de un aviso, consideramos el posible riesgo y la gravedad del daño y lo comparamos con el valor para el interés público del Tweet. Cuando el riesgo de daño es mayor o más grave, es menos probable que hagamos una excepción”, disponible en <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/public-interest> consultado el día 15 de junio de 2021.

⁷⁰¹ Dependiendo de la gravedad *Twitter* señala: “Cuando se determina la sanción por incumplir esta política, consideramos una serie de factores, entre los cuales se incluyen la gravedad del incumplimiento y los antecedentes de incumplimiento de las reglas de la persona infractora, entre otros. Por ejemplo, podemos solicitar que un usuario elimine el contenido que incumple la política y que pase un período en el modo de solo lectura antes de poder volver a twittear. Los incumplimientos subsiguientes darán lugar a períodos más prolongados en el modo de solo lectura y, como última medida, pueden provocar la suspensión permanente. Si una cuenta tiene principalmente comportamientos abusivos, es posible que la suspendamos de forma permanente luego de realizar el análisis inicial”. Disponible en: <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/abusive-behavior> consultado el día 15 de junio de 2021.

II. La moderación y control de contenidos por las redes sociales y las libertades informativas

aseguramos de contar con la información necesaria antes de tomar alguna medida de control del cumplimiento”⁷⁰².

Por el contrario, para algunos comentarios vertidos en las plataformas, ni siquiera el contexto ofrecer más información que evita que se prohíba la presencia del contenido en la plataforma. Por ejemplo, para *Facebook*: *“Eliminamos contenido que fomente el suicidio o las autolesiones, incluido contenido ficticio, como memes o ilustraciones, así como contenido gráfico relacionado con autolesiones, independientemente del contexto*”⁷⁰³.

Otro elemento que se ha detectado del análisis de cuándo un contenido debe ser visible, eliminado o moderado, es que las plataformas utilizan reiteradamente la alusión de la violación de las reglas comunitarias. Por ejemplo, para *Twitter*: *Algunos Tweets pueden parecer abusivos cuando se los analiza de forma aislada, pero no cuando se tiene en cuenta el contexto de la conversación de la cual forman parte. Al momento de analizar este tipo de contenido, es posible que no esté claro si su objetivo es amenazar a una persona o si es parte de una conversación consensuada. A fin de ayudar a nuestros equipos a entender el contexto de una conversación, quizá necesitemos comunicarnos directamente con la persona a quien está dirigido el mensaje. De esta manera, nos aseguramos de contar con la información necesaria antes de tomar alguna medida de control del cumplimiento*⁷⁰⁴.

Por ejemplo, para *Facebook* también es importante el contexto: *El contexto y la intención son importantes, por eso sí permitimos que las personas compartan publicaciones cuando está claro que el objetivo es condenar el bullying y el acoso o generar conciencia sobre ellos*⁷⁰⁵.

⁷⁰² Disponible en <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/abusive-behavior> consultado el día 15 de junio de 2021.

⁷⁰³ <https://www.facebook.com/communitystandards/safety> consultado el día 15 de junio de 2021.

⁷⁰⁴ Disponible en <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/abusive-behavior> consultado el día 15 de junio de 2021.

⁷⁰⁵ Disponible en <https://www.facebook.com/communitystandards/bullying> consultado el día 15 de junio de 2021.

Para las plataformas en algunos casos el contexto es fundamental para que los equipos de moderación de contenidos puedan decidir si permiten el contenido, lo moderan o lo retiran. Además, como se señaló previamente, la clarificación del contexto pueda hacerse de distintas formas, como por ejemplo a través de la comunicación directa de a quien está dirigido el mensaje. Es el caso de *Twitter* por ejemplo que señala: “*A fin de ayudar a nuestros equipos a entender el contexto de una conversación, quizá necesitemos comunicarnos directamente con la persona a quien está dirigido el mensaje. De esta manera, nos aseguramos de contar con la información necesaria antes de tomar alguna medida de control del cumplimiento*”⁷⁰⁶.

Se ha encontrado del análisis de las reglas comunitarias en las plataformas estudiadas y es que a pesar de que no deben ser vertidos contenidos que impidan que las personas se sientan seguras en Internet, por ejemplo, en casos de comentarios críticos, *Facebook* por ejemplo plantea una distinción entre si los comentarios recaen sobre personajes públicos o sobre particulares: *Hacemos una distinción entre los personajes públicos y particulares porque queremos fomentar el diálogo, que a menudo incluye comentarios críticos de personas que aparecen en las noticias o tienen un gran volumen de seguidores. En el caso de los personajes públicos, eliminamos los ataques graves y algunos ataques en los que se etiqueta directamente a un personaje en la publicación o el comentario. En el caso de los particulares, nuestra protección es aún mayor. Eliminamos el contenido destinado a humillarlos o avergonzarlos, como declaraciones sobre su actividad sexual*⁷⁰⁷.

De acuerdo con la información suministrado por el informe trimestral del Consejo asesor de contenido, *Facebook* está interesado en evaluar cuál es el mejor enfoque para compartir sobre la aplicación de cumplimiento automatizado. *Facebook* utiliza un nuevo término conocido como “índice proactivo” que se refiere a la cantidad de contenido infractor que encuentran antes de que la gente lo denuncie, pero estamos de acuerdo en

⁷⁰⁶ <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/abusive-behavior> consultado el día 15 de junio de 2021.

⁷⁰⁷ <https://www.facebook.com/communitystandards/bullying> consultado el día 15 de junio de 2021.

que podemos añadir más información para mostrar la precisión de nuestros sistemas de revisión automática⁷⁰⁸.

Cabe apuntar que el ejercicio de la transparencia es una buena estrategia con la que las redes sociales se presentan a sus usuarios. Tal es el caso de la red social “*Truth Social*”, pendiente de lanzarse al mercado, impulsada por Donald Trump, como respuesta a la gestión que de su perfil hiciera *Twitter*. Según se indica en su la web principal de esta red social que se lanzará en febrero de 2022, “*Truth Social es la plataforma de medios sociales "Big Tent" de Estados Unidos que fomenta una conversación global abierta, libre y honesta sin discriminar la ideología política.*”⁷⁰⁹ En las condiciones que ya se encuentran publicadas se indica que estará atentos a que ningún contenido ilegal tenga lugar en su sitio web. A partir de su puesta en funcionamiento se podrá comprobar los mecanismos de moderación que se aplicarán a los “*Truth*” (denominación que reciben los mensajes que se compartirán en la red).

Sin perjuicio de todo lo anterior tal y como se indicó en el apartado 2.2. anterior, el trabajo que aún se debe hacer en términos de transparencia es mucho. A pesar de que se reconoce que hay una gran evolución en la época reciente, se echa en falta una mayor claridad respecto de la fijación de criterios de moderación. El ejercicio en sí mismo de la moderación no se explica en detalle.

La revisión de los sistemas de moderación en clave de garantías constitucionales también es posible gracias a algunas iniciativas que se elaboran por parte de diferentes tipos de organizaciones. Como muestra de ello podemos mencionar los Principios de Santa Clara “*The Santa Clara Principles on Transparency and Accountability in Content Moderation*”⁷¹⁰ elaborados en el año 2018. Este documento propone tres principios básicos para lograr este objetivo, respectivamente: 1) número de publicaciones

⁷⁰⁸ “Ampliar los informes de transparencia para divulgar datos sobre el número de decisiones de expulsión automatizadas y la proporción de esas decisiones que se revocan posteriormente tras una revisión humana”. Asunto 2020-004-IG-UA-6, disponible en <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2021/07/Facebook-Q1-2021-Quarterly-Update-on-the-Oversight-Board.pdf> consultado el día 15 de junio de 2021.

⁷⁰⁹ <https://truthsocial.com/>, consultada el 10 de enero de 2022.

⁷¹⁰ <https://santaclaraprinciples.org/>, consultada el 10 de enero de 2022.

eliminadas; 2) aviso sobre la eliminación; 3) posibilidad de apelar a la eliminación de contenidos. Esta información tiene cierta similitud con los aspectos contemplados en el artículo 13 de la DSA. De manera que iniciativas como esta, que es simplemente ejemplificativa de muchas otras, se van a reconocer como obligaciones de los PSI tras la entrada en vigor de la DSA.

Lo que nos hacen saber las plataformas es un resumen muy breve de un procedimiento mucho más extenso en fases y complejo. La efectiva protección de la libertad de expresión en las plataformas analizadas pasa por transmitir a los usuarios la confianza de saber a ciencia cierta lo que pasa detrás del escenario.

2.3.2. Debido proceso

Como apunta la Relatoría Especial para la libertad de expresión de la ONU las plataformas se centran en mejorar la moderación de contenidos mientras ignoran los problemas de derechos humanos relacionados con sus modelos de negocio, la falta de transparencia y los insuficientes derechos de los usuarios en materia de debido proceso⁷¹¹.

En lo que respecta al debido proceso, las plataformas incluyen en sus condiciones una mención de los procedimientos que llevan a cabo en relación con la denuncia de contenidos. Así, respecto al procedimiento que el usuario puede utilizar para expresar su inconformidad con la moderación del contenido, en la sección de “Servicio de ayuda” el usuario se encuentra con información relacionada sobre qué puede hacer cuando *Facebook* modera su contenido. La plataforma señala dos opciones. La primera se identifica como “solicitar una revisión”, y la segunda como “apelar una decisión que *Facebook* ha tomado sobre tu contenido”.

⁷¹¹ Recomendaciones. “Los Estados tienen el deber de garantizar que las empresas respeten los derechos humanos. No deberían obligar a las empresas a retirar o bloquear contenidos que sean legítimos según el derecho internacional de los derechos humanos, ni exigirles que tomen decisiones sobre la legalidad de los contenidos conforme a la legislación nacional que deberían corresponder a los tribunales.” Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de la ONU, A/HRC/47/25, “La desinformación y la libertad de opinión y de expresión” de fecha 13 de abril de 2021, p. 18, disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/47/25> consultado el día 15 de junio de 2021.

Respecto a la primera (solicitud de revisión) *Facebook* señala que oculta o elimina contenido si considera que se incumplen las normas comunitarias⁷¹². En este caso, el usuario, si considera que el contenido vertido no vulnera las normas comunitarias puede “Solicitar revisión”⁷¹³. La plataforma ofrece un sistema de revisión y señala que revisará el contenido en un plazo de 24 horas. Si tras la revisión se determina que se han equivocado, lo comunican al usuario y el contenido volverá a ser visible. Si la conclusión es que la decisión de retirado se mantiene, informan al usuario que es posible enviar una apelación al Consejo asesor de contenido de *Facebook*⁷¹⁴. Nada se dice sobre si se informa al usuario la motivación de la decisión de no revocar la supresión del contenido.

En el informe trimestral de *Facebook* ofrecido por el Consejo asesor de contenido se señala que los ciudadanos deben poder entender las decisiones que toma la plataforma cuando se actúa sobre sus contenidos. Es interesante observar cómo la plataforma quiere acercarse a los lineamientos de transparencia impulsados por el derecho internacional respecto a la claridad de los motivos por los cuáles *Facebook* modera el contenido⁷¹⁵.

⁷¹² “Nuestras Normas comunitarias definen lo que está permitido en Facebook y lo que no, y se aplican en todo el mundo. Están diseñadas para fomentar la libre expresión y crear un entorno seguro en Facebook”. Creo que Facebook no debería haber retirado mi publicación. Disponible en: <https://www.facebook.com/help/2090856331203011> consultado el día 15 de junio de 2021.

⁷¹³ Según el Servicio de Ayuda de Facebook, se observa que han creado otra opción de mostrar la inconformidad y lo identifican como “Expresar desacuerdo con la decisión”. Esta última opción, según la página oficial es por la imposibilidad de responder todas las solicitudes de revisión por motivo de la pandemia: “Solemos ofrecer la posibilidad de solicitar una revisión y hacer un seguimiento si tomamos una decisión incorrecta. En estos momentos, contamos con menos revisores debido al brote de coronavirus (COVID-19). Estamos intentando priorizar la revisión de contenido que pueda resultar más dañino. Por ello, puede que veas la opción Expresar desacuerdo con la decisión en vez de Solicitar revisión. Si eliges Expresar desacuerdo con la decisión, es posible que no podamos ponernos en contacto contigo, pero tus comentarios nos ayudan a mejorar en el futuro”.

⁷¹⁴ Señalar dos cosas. En primer lugar, se entiende que cuando Facebook señala que “En el caso de cierto contenido no puedes solicitar una revisión, pero incluimos otras opciones”, es posible que no todos los contenidos moderados por la plataforma sean susceptibles de ser revisados, es decir, que el usuario pueda presentar su inconformidad sobre los motivos que llevaron a que su contenido fuera moderado. En segundo lugar, que cuando señalan que “es posible que puedas enviar una apelación al Consejo asesor de contenido” unido a que señalan que “Recuerda que no todas las decisiones se pueden apelar al Consejo asesor de contenido” se considera que falta algo de claridad sobre los mecanismos que tiene el usuario para que se respete su derecho a la libertad de expresión.

⁷¹⁵ “Por eso nos hemos esforzado en garantizar un nivel de detalle coherente cuando se eliminan contenidos de nuestras plataformas, concretamente haciendo referencia, como mínimo, a la norma comunitaria o a la directriz comunitaria en cuestión”. Asunto Nazi Quote (2020-005-FB-UA), disponible en <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2021/07/Facebook-Q1-2021-Quarterly-Update-on-the-Oversight-Board.pdf> consultado el día 15 de junio de 2021.

Por su parte, como se indicó previamente *Twitter* modera el contenido por diferentes motivos⁷¹⁶. y la forma que ofrece es que el usuario pueda enviar un formulario donde apela la decisión. Cuando *Twitter* determina que el *Tweet* incumple las reglas sobre qué tipo de contenido está permitido, solicitan al infractor que elimine el *Tweet* antes de poder volver a *twittear*, a través de una notificación al correo electrónico donde señalan las políticas que fueron incumplidas, así como el procedimiento a seguir para presentar la apelación⁷¹⁷.

¿Qué sucede si infringe esta política?

Las consecuencias de violar nuestra política de glorificación de la violencia dependen de la gravedad de la violación y del historial previo de violaciones de la cuenta.

La primera vez que infrinja esta política, le solicitaremos que elimine este contenido. También te bloquearemos temporalmente tu cuenta antes de que puedas *twittear* nuevamente. Si continúa violando esta política después de recibir una advertencia, su cuenta se suspenderá permanentemente. Si cree que su cuenta se suspendió por error, puede [enviar una apelación](#) .

Finalmente, *Twitter* ofrece información al usuario de cuál es el proceso y los equipos que participan en el proceso de aplicación de la excepción de interés público. Señalan que

⁷¹⁶ Las medidas que puede tomar *Twitter* a nivel de *Tweet* son: “*Etiquetar un Tweet que puede contener información controvertida o engañosa, Limitar la visibilidad del Tweet; Solicitar la eliminación del Tweet, Ocultar un Tweet que represente un incumplimiento mientras esperamos a que se elimine, Aviso de excepción de interés público*”. Además, de las medidas sobre el *Tweet* también ofrecen información sobre medidas que pueden recaer sobre la cuenta: “Solicitar la modificación del perfil o del contenido multimedia, Configura una cuenta para que sea de solo lectura”. Disponible en <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/enforcement-options> consultado el día 15 de junio de 2021.

⁷¹⁷ Así se señala en la sección Medidas a nivel del *Tweet*. “*Solicitar la eliminación del Tweet: si determinamos que el Tweet incumplió las Reglas de Twitter, solicitamos al infractor que lo elimine antes de poder volver a twittear. Enviamos una notificación por correo electrónico al infractor, en la que se identifica(n) el(los) Tweet(s) infractor(es) y las políticas que se incumplieron. A continuación, el infractor deberá realizar el proceso de eliminar el Tweet infractor o de apelar nuestra decisión si considera que cometimos un error*”. Disponible en <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/enforcement-options> consultado el día 15 de junio de 2021. Al parecer esta opción de apelar la decisión sobre la forma en que se ha moderado el contenido solo es cuando *Twitter* solicita la “eliminación del *Tweet*”. No se observa claridad alguna para las otras formas de moderación de contenido: “*Etiquetar un Tweet que puede contener información controvertida o engañosa, Limitar la visibilidad del Tweet, Aviso de excepción de interés público*”. Disponible en: <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/enforcement-options> consultado el día 15 de junio de 2021.

el equipo de *Trust & Safety*⁷¹⁸ se encarga de la evaluación del Tweet⁷¹⁹ y prepara una recomendación sobre si mantener el acceso al *Tweet* es o no de interés público⁷²⁰.

Con la DSA las obligaciones de los PSI respecto de esta garantía constitucional se incrementan considerablemente en relación con el actual régimen de responsabilidad. De manera que los derechos de los usuarios estarán más protegidos. En todo caso, es importante señalar que también sería necesario dotar de herramientas a los PSI para llevar los procedimientos internos. En este sentido, no estaría de más que el PSI pudiera consultar un organismo público aspectos relativos a contenidos que pudieran estar amparados por la libertad de expresión. Esto a efectos de evitar retirar contenidos sin que exista una base legal para ello.

Llama la atención especialmente el plazo tan corto en el que *Facebook* responde a los usuarios que presentan reclamaciones contra sus decisiones, máxime teniendo en cuenta el gran volumen de información, contenidos y perfil con los que cuenta esta red social. Se desconoce, por falta de datos al respecto, si esto incide o no en la tasa de aceptación o rechazo de reclamación, porque, por ejemplo, sea sistemático el rechazo de este tipo de solicitudes.

⁷¹⁸ “El Twitter Trust and Safety Council es un grupo de organizaciones de expertos independientes de todo el mundo. Juntos, abogan por la seguridad y nos asesoran a medida que desarrollamos nuestros productos, programas y reglas. A fines de 2019, ampliamos el Consejo para incluir aún más expertos globales y perspectivas diversas. El Consejo está formado por varios grupos asesores, cada uno dedicado a temas críticos para la salud de la conversación pública. Las áreas de enfoque incluyen seguridad y acoso en línea, derechos humanos y digitales, prevención del suicidio y salud mental, explotación sexual infantil y deshumanización”. Disponible en <https://about.twitter.com/en/our-priorities/healthy-conversations/trust-and-safety-council> consultado el día 15 de junio de 2021.

⁷¹⁹ Disponible en <https://about.twitter.com/en/our-priorities/healthy-conversations/trust-and-safety-council> consultado el día 15 de junio de 2021.

⁷²⁰ “La recomendación se compartirá con un grupo de líderes de diferentes equipos internos, con antecedentes diversos y multidisciplinarios en gobierno, derechos humanos, periodismo, noticias, tecnología y derecho, además de equipos en el mercado que comprendan el contexto cultural en el que se publicó el Tweet”. Disponible en <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/public-interest> consultado el día 15 de junio de 2021.

2.3.3. Recurribilidad de las decisiones adoptadas



The image shows a web form titled "Apelar la suspensión o el bloqueo de una cuenta". At the top, it asks the user to log in to their suspended account to submit the appeal, with a link to "Cambie la contraseña ahora". Below this, there is a dropdown menu for "¿Dónde ha tenido este problema?". The main section is "Descripción del problema", which includes a text area and a note: "Describe la naturaleza de tu apelación (por ejemplo, por qué consideras que tu cuenta no incumplió las Reglas de Twitter, si tienes dificultades para reactivar o desbloquear tu cuenta, o si no puedes proporcionar un número de teléfono)". The "Su información" section contains four input fields: "Nombre completo", "Nombre de usuario de Twitter" (with a @ symbol), "Su correo electrónico" (with a note: "Este es el correo electrónico que usaremos para contactarlo. Ingrese su dirección actual."), and "Número de teléfono (opcional)".

Como ya quedó expuesto, las normas comunitarias de *Facebook* han venido evolucionando en los últimos años para ofrecer al sujeto la posibilidad de que pueda recurrir las decisiones adoptadas. Además, con la creación del Consejo asesor de contenido lanzado recientemente, *Facebook* crea un procedimiento de “apelación” cuando el usuario no está de acuerdo con las primeras decisiones de moderación de contenidos⁷²¹. En el informe⁷²² de la relatora especial sobre el derecho a la libertad de

⁷²¹ Apelación de decisiones de contenido en *Facebook* o *Instagram*. “El proceso de apelación del Consejo asesor de contenido ofrece a las personas un medio para objetar las decisiones de contenido en *Facebook* o *Instagram*. Si ya has solicitado que *Facebook* o *Instagram* revise una de sus decisiones de contenido y no estás de acuerdo con la decisión final, puedes presentar una apelación ante el Consejo”. Disponible en: <https://oversightboard.com/appeals-process/> consultado el día 15 de junio de 2021.

⁷²² Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de la ONU, A/HRC/47/25, “La desinformación y la libertad de opinión y de expresión” de fecha 13 de abril de 2021, disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/47/25> consultado el día 15 de junio de 2021.

expresión se presentan ideas positivas sobre la dinamización de la red social *Facebook* sobre la creación y las futuras acciones que emprenderá el Consejo asesor de contenido⁷²³.

El principio 5 de la Declaración de Manila establece que antes de que se restrinja cualquier contenido por una orden o solicitud, el intermediario y el usuario proveedor de contenido deben poder gozar del derecho a ser oídos, excepto en circunstancias excepcionales. Es decir, se entiende que las circunstancias excepcionales hacen referencia a aquellos contenidos “extremadamente ilegales”, tales como la pornografía infantil, el terrorismo, la incitación a la violencia, la violencia extrema, etc. No obstante, tal y como señala el informe trimestral del Consejo asesor de contenido de *Facebook* señala que es prioridad que se garantice a los usuarios que puedan apelar las decisiones tomadas por los sistemas automatizados a la revisión humana humanos cuando se considere que su contenido ha infringido la Normativa Comunitaria de *Facebook* sobre desnudez y actividad sexual para adultos⁷²⁴.

En el marco de la lucha contra la desinformación y su relación con la protección de la salud, el informe señala que es necesario que la plataforma aclare las normas comunitarias con respecto a la desinformación sanitaria, especialmente en lo que respecta a COVID-19⁷²⁵.

⁷²³ “Aunque es demasiado pronto para valorar su eficacia, debería evaluarse a su debido tiempo mediante un proceso participativo, transparente y colectivo, ya que podría aportar valiosas enseñanzas para el sector. También es necesario estudiar medidas colectivas para todo el sector como la creación de consejos de medios sociales, especialmente para los actores más pequeños.” Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de la ONU, A/HRC/47/25, “La desinformación y la libertad de opinión y de expresión” de fecha 13 de abril de 2021, p. 17, disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/47/25> consultado el día 15 de junio de 2021

⁷²⁴ Disponible en: <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2021/07/Facebook-Q1-2021-Quarterly-Update-on-the-Oversight-Board.pdf> consultado el día 15 de julio de 2021.

⁷²⁵ “Facebook debe establecer una norma comunitaria clara y accesible sobre la desinformación en materia de salud, que consolide y aclare las normas existentes en un solo lugar” Asunto 4: Hydroxychloroquine, Azithromycin, and COVID-19 (2020-006-FB-FBR), disponible en: <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2021/07/Facebook-Q1-2021-Quarterly-Update-on-the-Oversight-Board.pdf> consultado el día 15 de junio de 2021.

2.3.4. Rendición de cuentas

El principio 6 de la Declaración de Manila establece la necesidad de los intermediarios de promover la transparencia y la rendición de cuenta dentro de la normativa, política y prácticas sobre restricción de contenidos. En particular la Declaración establece que los intermediarios deben ofrecer a sus usuarios las políticas de restricción de contenidos: “*Los intermediarios deberían publicar en línea sus políticas de restricción de contenidos, en un lenguaje claro y en formatos accesibles, mantenerlas actualizadas a medida que evolucionen, y notificar los cambios a los usuarios según corresponda*”⁷²⁶.

Por ejemplo, *Facebook* señala en su informe trimestral que sus sistemas automatizados de detección en los casos de incitación al odio utilizan un clasificador adicional que es capaz de predecir qué tipo de discurso de odio contiene el contenido: violencia deshumanización, burla de los delitos de odio, comparación visual, inferioridad, desprecio, maldición, exclusión, y/o insultos⁷²⁷.

3. NOVEDADES IMPULSADAS POR LAS PLATAFORMAS EN LÍNEA DE GRAN TAMAÑO

Según se ha sostenido, *Twitter* y las demás plataformas digitales analizadas participan en las decisiones diarias sobre la eliminación de contenidos, el bloqueo filtrado o incluso prohibición de usuarios individuales. Desde su creación y paulatina consolidación, las plataformas digitales han venido creando mecanismos de regulación de contenidos en los que no se realizan en el marco de la autorregulación de la industria, sino que cada empresa plantea una serie de condiciones con sus propios usuarios⁷²⁸. A

⁷²⁶ Declaración de Manila. Principio 6. Disponible en: <https://manilaprinciples.org/es.html> consultado el día 15 de junio de 2021.

⁷²⁷ Asunto 4: Hydroxychloroquine, Azithromycin, and COVID-19 (2020-006-FB-FBR), p 18, disponible en: <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2021/07/Facebook-Q1-2021-Quarterly-Update-on-the-Oversight-Board.pdf> consultado el día 15 de junio de 2021.

⁷²⁸ Para MILOSAVLJEVIĆ y MICOVA “*Esto podría describirse mejor como de autorregulación (solo-regulation), en la que una única pero poderosa empresa establece un conjunto limitado y unilateral de normas sin la participación de un organismo colectivo del sector y las hace cumplir por sí misma, sin arbitraje ni apelación externos*”. MILOSAVLJEVIĆ, M., y MICOVA, S. B., “Banning, blocking and boosting: *Twitter*’s solo-regulation of expression”, *Media Studies*, vol. 7, número 13, 2016.

continuación, se procede a explicar los nuevos sistemas de moderación que *Facebook* y *Twitter* quieren impulsar como mecanismos de control de contenidos ilícitos en sus plataformas digitales.

3.1. Las listas de bloqueo de *Twitter* (*Blocking lists Twitter*)

En la mayoría de las plataformas, y especialmente en *Twitter*, bloquear o silenciar una cuenta permite al usuario dejar de recibir notificaciones de esa cuenta, y las publicaciones de esa cuenta no aparecen en el del usuario⁷²⁹. Sin embargo, la aparición de mecanismos de moderación de terceros y de código abierto, como las listas de bloqueo, introduce una alternativa innovadora a los sistemas tradicionales de moderación centralizada y distribuida.

Las listas de bloqueo son aplicaciones de *Twitter* de terceros que amplían la funcionalidad básica del bloqueo individual permitiendo a los usuarios bloquear rápidamente todas las cuentas de una lista de cuentas dignas de ser bloqueadas, elaborada por la comunidad o generada algorítmicamente⁷³⁰. Quizás el tipo más popular de listas de bloqueo son listas de bloqueo contra el acoso, cuyo objetivo es bloquear a los acosadores en línea de forma masiva. El uso de mecanismos descentralizados de moderación, como las listas de bloqueo contra el acoso, quita presión a los moderadores centrales de *Twitter* para que no tengan que ser tan estrictos en su moderación. Sin embargo, no todos los que son incluidos en las listas de bloqueo contra el acoso se consideran acosador. Algunos de los usuarios bloqueados por estas listas pueden considerarse a sí mismos como individuos

⁷²⁹ Tal y como señalan JHAVER, GHOSHAL, BRUCKMAN, y GILBERT, “*La diferencia entre bloquear y silenciar es la siguiente: bloquear una cuenta impide que esa cuenta vea las publicaciones del bloqueado o que le envíe mensajes directos. En cambio, una cuenta silenciada puede seguir viendo las publicaciones del usuario, “marcarlas como favoritas” y responder a ellas. Silenciar una cuenta es más delicado desde el punto de vista social que bloquearla: un usuario silenciado no recibe una notificación de que está silenciado, y puede seguir publicando para el usuario que lo silenció sin darse cuenta de que el receptor no puede ver sus publicaciones, mientras que un usuario bloqueado se da cuenta inmediatamente de que está bloqueado si intenta publicar para el bloqueador*” JHAVER, S., et al. “Online harassment and content moderation: The case of blocklists”, *ACM Transactions on Computer-Human Interaction (TOCHI)*, vol. 25, número 2, 2018, p. 12.3

⁷³⁰ JHAVER, S., et al. “Online harassment and content moderation: The case of blocklists”, op. cit., p. 12.3

perfectamente razonables⁷³¹. Por una parte, el acoso online puede manifestarse a través de descripciones directas de violencia o bien a través de otros comportamientos en la red si bien no explícitas si pueden ser considerados para algunos sectores de la sociedad como acoso en línea⁷³². Algunas listas de bloqueo populares (por ejemplo, GGAB) son elaboradas por algoritmos, mientras que otras (por ejemplo, *Block Bot*) son elaboradas socialmente por un pequeño grupo de usuarios voluntarios.

*Block Bot*⁷³³, en concreto, bloquea una cuenta de *Twitter* cuando dos moderadores diferentes coinciden en que la cuenta merece ser bloqueada. Cada moderador de *Block Bot* tiene derecho a desbloquear cualquier cuenta bloqueada. Los moderadores de *Block Bot* creen que esto reduce la probabilidad de tener falsos positivos. Diferentes usuarios pueden tener diferentes puntos de vista sobre quién debe y quién no debe ser bloquear, y, por lo tanto, es difícil predecir cuántos suscriptores de *Block Bot* estarían de acuerdo con las decisiones de sus moderadores⁷³⁴.

⁷³¹ JHAVER, S., *et al.* Desarrollaron las siguientes preguntas de investigación “¿Cómo varía la percepción del acoso en línea entre los usuarios suscritos a listas de bloqueo y los usuarios que están bloqueados en estas listas? ¿Qué patrones de comportamiento identifican los suscriptores de las listas para los suscriptores de las listas de bloqueo identifican como casos de acoso en línea?... ¿Cuáles son las ventajas y los retos de la elaboración de listas de bloqueo con moderadores humanos? ¿Cómo perciben los usuarios bloqueados el uso de las listas de bloqueo antiabuso?” JHAVER, S., *et al.* “Online harassment and content moderation: The case of blocklists”, *op. cit.*, p. 12.6.

⁷³² Ejemplos de comportamientos también identificados como acoso: amenazas sutiles, presentarse como pertenecientes a un grupo minoritario o a una comunidad oprimida a la que en realidad no pertenecen, revelación de información privada de alguien, utilizar una cuenta alternativa para publicar de forma anónima en las redes sociales, etc. Para mayor profundidad ver el estudio de JHAVER, S., *et al.* “Online harassment and content moderation: The case of blocklists”, *op. cit.*, p. 12.6

⁷³³ “*Block Together* está diseñado para reducir la carga del bloqueo cuando muchas cuentas lo están atacando, o cuando unas pocas cuentas atacan a muchas personas en su comunidad. Utiliza la API de *Twitter*. Si eliges compartir tu lista de bloqueos, tus amigos pueden suscribirse a tu lista para que cuando bloques una cuenta, bloqueen esa cuenta automáticamente. También puede usar *Block Together* sin compartir sus bloques con nadie” <https://twitter.com/theblockbot?lang=es> consultado el día 15 de junio de 2021 y <https://www.theblockbot.com/> consultado el día 15 de junio de 2021.

⁷³⁴ Por otra parte, algunos usuarios de *Twitter* que han sido incorporados dentro de la lista de bloques consideraron que las listas de bloqueo actualmente populares bloquean injustamente y al mismo tiempo se sorprendieron al encontrarse en las listas de bloqueo y no consideraron que ninguna de sus acciones justificara el bloqueo. Como conclusiones de su estudio, los autores indican que las diferencias de identidades, perspectivas y sensibilidades contribuyen a menudo a situaciones en las que algunos usuarios perciben que están siendo acosados y otros usuarios lo ven como meros desacuerdos. Para afrontar estos retos, los diseñadores deben centrarse en crear “*mecanismos de entendimiento*”. Las herramientas que hacen hincapié en las similitudes entre los individuos podrían ayudarles a entenderse y a encontrar un terreno común. Las soluciones de diseño que permiten a los usuarios con diferentes ideologías interactuar sin temor a ser maltratados podrían fomentar debates

La doctrina considera que los mecanismos de bloqueo se pueden rediseñar de varias maneras para que sirvan mejor las necesidades de los distintos grupos de usuarios. Una de esas opciones es contar con mecanismos de bloqueo descentralizados, como las listas de bloqueo de *Twitter*, que funcionen de forma independiente a la moderación centralizada que ofrece *Twitter*. Sin embargo, hay que tomar ciertas medidas para garantizar que estas listas bloqueen de forma justa y sirvan a sus suscriptores de forma adecuada. Dentro de esas medidas se plasman las siguientes: 1. Uso de listas de bloqueo híbridas, que combinan la curación algorítmica y algorítmica y social ⁷³⁵; 2. Hacer más transparentes las listas de bloqueo; 3. Mejora del procedimiento de recurso⁷³⁶.

Sin embargo, tal y como se observa nuevamente surge cuando un contenido debe o no ser considerado como expresamente ilegales. La solución en este caso pasa por una primera identificación como abusivo por parte de los sistemas de algoritmos con una posterior revisión por moderadores humanos ⁷³⁷.

En el caso de las publicaciones marcadas por estos algoritmos como posiblemente abusivos, los moderadores humanos pueden examinarlos y decidir si los carteles deben ser bloqueados. Estas listas de bloqueo también deben tener suficientes mecanismos de seguridad para que las acciones de un intruso o de un moderador deshonesto puedan ser revertidas rápidamente

productivos. JHAVER, S., *et al.* "Online harassment and content moderation: The case of blocklists", *op. cit.*

⁷³⁵ "Uso de listas de bloqueo híbridas. La creación de listas de bloqueo híbridas -listas que combinan la curación algorítmica y algorítmica y social (Sección 5.1) - puede ser un enfoque prometedor. Estas listas podrían basarse en algoritmos cuidadosamente algoritmos cuidadosamente construidos que destaquen los contenidos ofensivos y los clasifiquen en función de su gravedad. Los que publican contenidos Los que publican contenidos manifiestamente abusivos pueden ser bloqueados directamente" JHAVER, S., *et al.* "Online harassment and content moderation: The case of blocklists", *op. cit.*, página 12:27.

⁷³⁶ "El proceso de apelación para salir de cualquier lista de bloqueo debería ser más intuitivo y eficiente. Las respuestas oportunas y adecuadas respuestas oportunas y apropiadas a estas apelaciones, junto con un esfuerzo de concienciación sobre los efectos dañinos del abuso en línea, ayudarían a que estos mecanismos de bloqueo ganaran más popularidad en el sitio". JHAVER, S., *et al.* "Online harassment and content moderation: The case of blocklists", *op. cit.*, p. 12:28.

⁷³⁷ "Los moderadores humanos pueden garantizar que las personas no sean bloqueadas por razones triviales como seguir a un usuario abusivo. También pueden También pueden considerar la posibilidad de silenciar a ciertos individuos en lugar de bloquearlos para evitar castigar ciertas acciones de forma desproporcionada" JHAVER, S., *et al.* "Online harassment and content moderation: The case of blocklists", *op. cit.*, p. 12:27.

3.2. *Birdwatch: la futura forma de moderar contenidos por parte de Twitter*

Según la información publicada en la página web de *Twitter*⁷³⁸, para la red social es importante que los usuarios puedan confiar en la información que obtienen en *Twitter*. Además, esto implica saber si el contenido que ven es real o ficticio, y tener la posibilidad de buscar más información contextual sobre lo que ven en *Twitter*.

En este marco, una de las estrategias de moderación de contenidos es el etiquetado de los *tweets* que incluyan contenido multimedia (videos, audio e imágenes) que haya sido alterado o falsificado con la intención de engañar, e igualmente está prohibido compartir en *Twitter* contenido multimedia deliberadamente alterado con la intención de engañar o confundir respecto de su autenticidad, cuando este pueda dar lugar a amenazas a la integridad física u otros daños graves.

Para la plataforma, este sistema de moderación de contenidos se enmarca en las tareas continuas para controlar el cumplimiento de nuestras reglas y garantizar la calidad y la seguridad de las conversaciones en *Twitter*. Son tres los criterios que ha de cumplir: 1. Si el contenido es falso o está alterado⁷³⁹; 2. Que se comparta con la intención de engañar⁷⁴⁰; 3. Que exista probabilidad de tener un impacto en la seguridad pública o provoque daños graves⁷⁴¹. En definitiva, para *Twitter* en el marco de sus normas sobre la

⁷³⁸ Disponible en <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/manipulated-media> consultado el día 15 de junio de 2021.

⁷³⁹ “Es más probable que tomemos medidas (ya sea etiquetar o eliminar el contenido, según se describe a continuación) en casos de alteración considerable, como los audios o videos íntegramente artificiales, o los contenidos que hayan sido adulterados (empalmados y reordenados, ralentizados) con la intención de cambiar su significado. Los casos más sutiles de contenido multimedia alterado, como la edición en aislamiento, la omisión de contexto o la presentación con contexto falso, se etiquetarán o eliminarán según se determine en cada caso”. Disponible en <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/manipulated-media> consultado el día 15 de junio de 2021.

⁷⁴⁰ “También tenemos en cuenta si el contexto en el que se comparte el contenido multimedia podría dar lugar a confusión o malentendido, o si sugiere una intención deliberada de provocar engaño en torno a la naturaleza o el origen del contenido, por ejemplo, si se afirma falsamente que este representa la realidad”. Disponible en <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/manipulated-media> consultado el día 15 de junio de 2021.

⁷⁴¹ “Algunos ejemplos de daños específicos: Amenazas a la seguridad física de una persona o un grupo en riesgo de violencia masiva o disturbios civiles generalizados; Amenazas a la privacidad o la capacidad de una persona o un grupo de expresarse libremente o participar en eventos cívicos; por ejemplo: Acechar a una persona o un grupo, o dirigirles atención no deseada y obsesiva; Contenido dirigido que incluye tópicos, epítetos o material que tiene como objetivo silenciar a alguien;

II. La moderación y control de contenidos por las redes sociales y las libertades informativas

eliminación del contenido, el contenido multimedia que cumpla con la totalidad de los tres criterios definidos anteriormente (es decir, que sea falso o esté alterado, que se haya compartido con la intención de engañar y que pueda provocar daños) no se puede compartir en *Twitter* y puede ser eliminado. Las cuentas que incurran en incumplimientos graves o reiterados de esta política podrán suspenderse de forma permanente ⁷⁴².

Is the content significantly and deceptively altered or fabricated?	Is the content shared in a deceptive manner?	Is the content likely to impact public safety or cause serious harm?	
✓	✗	✗	Content may be labeled.
✗	✓	✗	Content may be labeled.
✓	✗	✓	Content is likely to be labeled, or may be removed.*
✓	✓	✗	Content is likely to be labeled.
✓	✓	✓	Content is likely to be removed.



Instrucciones que han de seguir los miembros del equipo de Birdwatch

Disuasión o intimidación de los votantes”. Disponible en <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/manipulated-media> consultado el día 15 de junio de 2021.

⁷⁴² Disponible en <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/manipulated-media> consultado el día 15 de junio de 2021.

Twitter utiliza una herramienta que permite a los usuarios identificar tweets con información falsa o engañosa y agregar notas para que haya contexto informativo con el fin de prevenir la propagación de información engañosa. Hace parte del nuevo plan de moderación de contenido de *Twitter*.

La herramienta se encuentra en proceso de prueba y la información contenida en las siguientes líneas según la misma cuenta oficial de *Twitter* está en construcción y por tanto no es definitiva. En la página oficial de *Birdwatch Twitter* señala “¿Quieres ayudar a construir un nuevo enfoque impulsado por la comunidad para abordar la información engañosa? Únete a nosotros: ¡regístrate en *Birdwatch!*”⁷⁴³. De hecho, uno de los propósitos de la herramienta es crear una comunidad de investigadores que ayuden a construir y probar herramientas que tengan como objetivo evitar la propagación de información engañosa⁷⁴⁴.

En el marco de este proceso, la información vertida por el tercero será acompañada de nueva información ofrecida por los miembros de la comunidad de *Birdwatch*⁷⁴⁵, por un proceso de calificación de la información⁷⁴⁶ y por el ofrecimiento de la fuente de

⁷⁴³ *Twitter Safety and Birdwatch accounts* twitearon: “Estamos probando una función para que denuncies Tweets que parezcan engañosos, tal como los ves. A partir de hoy, algunas personas en los Estados Unidos, Corea del Sur y Australia encontrarán la opción de marcar un Tweet como “Es engañoso” después de hacer clic en Report Tweet”, disponible en <https://mobile.twitter.com/verifactec/status/1354125561304653826> consultado el día 15 de junio de 2021.

⁷⁴⁴ Según la información de la cuenta de *Twitter* de *Birdwatch* señalan: “Usted podrá: * Diseñar y realizar investigaciones para comprender la experiencia del colaborador. * Realizar estudios para ayudar a evaluar e identificar formas de mejorar *Birdwatch*. * Colaborar con nuestro equipo, incluidos los socios académicos más allá de *Twitter*, para dar forma a las actualizaciones de las características / herramientas”... “El rol es inicialmente un puesto de contrato de 6 meses a tiempo completo. Si está interesado o conoce a alguien que sea perfecto para el papel, envíenos un DM @birdwatch con un enlace a tu currículum!”, disponible en <https://mobile.twitter.com/verifactec/status/1354125561304653826> consultado el día 15 de junio de 2021.

⁷⁴⁵ De acuerdo a la información suministrada por la cuenta oficial de *Birdwatch* de *Twitter* se observa lo siguiente: “¿Por qué mostrar notas en los Tweets? *Birdwatch* quiere ayudar a las personas a mantenerse informadas agregando un contexto útil a los Tweets. Esta característica permitirá a aquellos que actualmente participan en *Birdwatch* identificar y calificar más fácilmente las notas más útiles”, disponible en <https://mobile.twitter.com/verifactec/status/1354125561304653826> consultado el día 15 de junio de 2021.

⁷⁴⁶ “Las calificaciones son parte integral de *Birdwatch*. Ayudan a elevar las contribuciones que un conjunto diverso de personas encuentra informativas. Junto con las actualizaciones más recientes de *Birdwatch*, esperamos que los participantes vean el impacto de sus contribuciones, tanto al escribir notas como al calificar otras notas”, disponible en

información de donde se califica la veracidad o no de la información suministrada⁷⁴⁷. En respuesta, otros usuarios de *Twitter* pueden valorar si dicha "nota" es útil, lo que a su vez influye en la determinación por parte de *Twitter* del nivel de credibilidad y visibilidad de la nota. De la información presentada en las cuentas de *twitter* sobre el proceso de construcción de esta nueva herramienta, también se contará con la participación de agencias de noticias en las que se analizará la utilidad y la calidad de la información. Por ejemplo, en las cuentas de *Twitter* de *Birdwatch* y *Twitter Safety* se informa que se contarán con la participación de *Associated Press*⁷⁴⁸ y *Reuters*⁷⁴⁹.

A continuación, se muestra un ejemplo de cómo sería lo que un usuario vería en el caso de información imprecisa⁷⁵⁰.

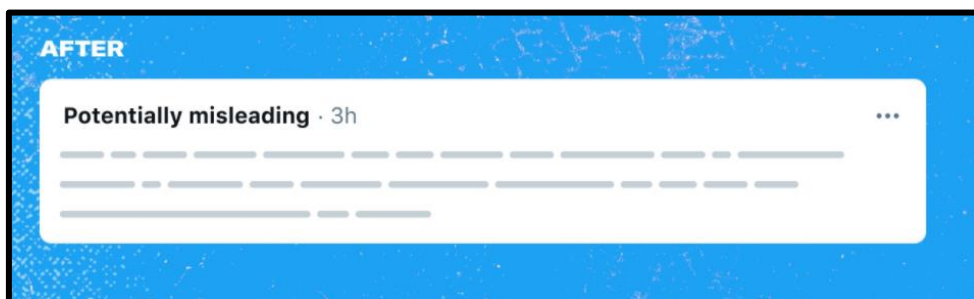
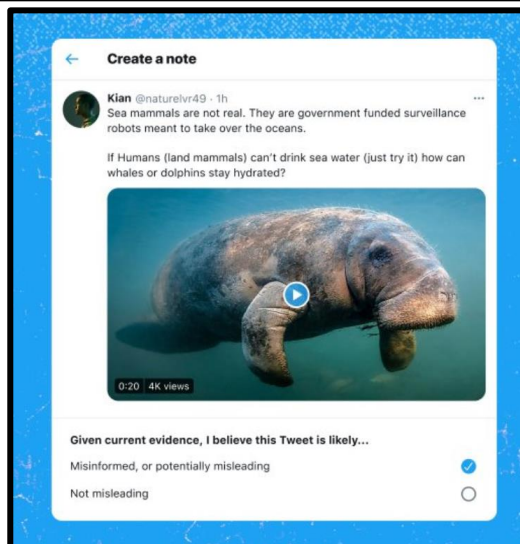
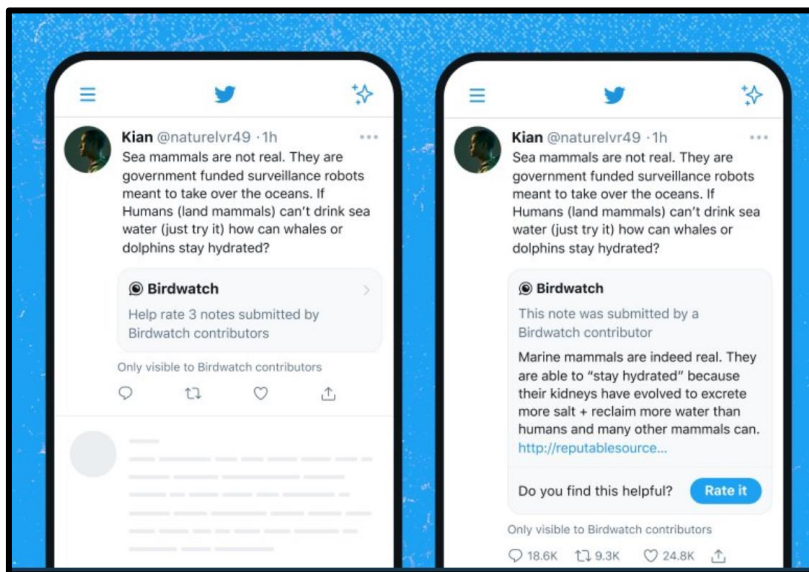
<https://mobile.twitter.com/verifactec/status/1354125561304653826> consultado el día 15 de junio de 2021.

⁷⁴⁷ “Las notas de *Birdwatch* calificadas como las más útiles incluyen fuentes confiables y explicaciones claras. Ahora, cuando escribes una nota y no incluyes una fuente, o simplemente incluyes una fuente y sin contexto, recibirás un recordatorio (o lo que nos gusta llamar un "empujón")”, disponible en <https://mobile.twitter.com/verifactec/status/1354125561304653826> consultado el día 15 de junio de 2021.

⁷⁴⁸ Según la página web de The Associated Press indican que “es una organización de noticias global”. independiente dedicada a la información objetiva. Fundada en 1846, AP sigue siendo hoy la fuente más confiable de noticias rápidas, precisas e imparciales en todos los formatos y el proveedor esencial de la tecnología y los servicios vitales para el negocio de las noticias”, disponible en <https://www.ap.org/about/> consultado el día 15 de junio de 2021.

⁷⁴⁹ Según la página web de Reuters se señala: “Reuters, la división de noticias y medios de Thomson Reuters, es el proveedor de noticias multimedia más grande del mundo, llegando a miles de millones de personas en todo el mundo todos los días. Reuters proporciona noticias comerciales, financieras, nacionales e internacionales a profesionales a través de terminales de escritorio, organizaciones de medios del mundo, eventos de la industria y directamente a los consumidores”, disponible en: <https://www.reuters.com/?edition-redirect=es> consultado el día 15 de junio de 2021.

⁷⁵⁰ “Entonces, ¿cómo funciona? Si un Tweet tiene una nota de *Birdwatch* que es "Actualmente calificada como útil", verás esa nota allí mismo en el Tweet, y puedes calificarla para ayudar a elevar las notas más útiles. Si el Tweet tiene varias notas que son "Actualmente calificadas como útiles", la tarjeta rotará entre estas notas "Actualmente calificadas como útiles" a intervalos periódicos, y puede tocar para calificar esas notas en el sitio de *Birdwatch*. Si un Tweet tiene notas pero ninguna aún está "Actualmente calificada como útil", verás la cantidad de notas escritas y puedes tocar para calificar esas notas en el sitio de *Birdwatch*. Finalmente, si todas las notas en un Tweet son "Actualmente no calificadas como útiles", no habrá una tarjeta en el Tweet. Aún podrás acceder a las notas de *Birdwatch* en ese Tweet haciendo clic en el ícono de *Birdwatch* en la página de detalles del Tweet”, disponible en: <https://www.reuters.com/?edition-redirect=es> consultado el día 15 de junio de 2021.



Proceso participativo de Twitter en la creación de esta nueva herramienta

Ejemplo de cómo sería la moderación del contenido con la herramienta *Birdwatch*. Señalan que también pondrán el foco en el contenido de la nota en lugar del autor. Señalan que los colaboradores tengan toda la información que necesitan para proporcionar un contexto de primer nivel en un Tweet y que toda la información de construcción de la herramienta sea pública para todos los usuarios.

Twitter y en particular la cuenta de *Birdwatch* realizaron un estudio piloto sobre la moderación de contenidos para analizar la forma en que los colaboradores de *Birdwatch* realizaban su labor. De ese estudio piloto, a pesar de que no existen datos oficiales, a continuación, se exponen algunas contribuciones que en la doctrina existen sobre los alcances y limitaciones de *Birdwatch* de acuerdo a esos primeros datos ofrecidos. En el reciente estudio realizado por PRÖLLOCHS⁷⁵¹ analizaron empíricamente cómo interactúan los usuarios con esta nueva función. El autor concluyó que animar a los usuarios a proporcionar contexto (por ejemplo, enlazando fuentes de confianza) y evitar el uso de lenguaje incendiario es crucial para que los usuarios perciban como útiles las comprobaciones de hechos basadas en la comunidad⁷⁵². Sin embargo, a pesar de mostrar un potencial prometedor, el análisis también sugiere que el enfoque basado en la comunidad de *Birdwatch* se enfrenta a retos relacionados con la especulación de opiniones, los puntos de vista sesgados y las opiniones polarizadas entre la base de usuarios, en particular con respecto a las cuentas influyentes con un gran número de seguidores⁷⁵³.

⁷⁵¹ PRÖLLOCHS, N., “Community-Based Fact-Checking on *Twitter*'s *Birdwatch* Platform”, *arXiv preprint arXiv:2104.07175*, 2021, disponible en <https://arxiv.org/abs/2104.07175>, consultado el día 15 de diciembre 2021.

⁷⁵² Por ejemplo, los autores además encontraron que: “(a) los usuarios presentan con más frecuencia notas de *Birdwatch* por tuits engañosos que por tuits no engañosos. Estos tuits engañosos se denuncian principalmente por errores de hecho, por falta de contexto importante o porque contienen afirmaciones no verificadas. (b) Las notas de *Birdwatch* son más útiles para otros usuarios si enlazan con fuentes fiables y si incluyen un sentimiento más positivo. (c) La utilidad de las notas de *Birdwatch* depende de la influencia social del autor del tuit verificado”. PRÖLLOCHS, N., “Community-Based Fact-Checking on *Twitter*'s *Birdwatch* Platform”, op. cit.

⁷⁵³ “En el caso de los usuarios influyentes con muchos seguidores, las notas de *Birdwatch* producen un menor nivel de consenso entre los usuarios y es más probable que las comprobaciones de hechos creadas por la comunidad se consideren incorrectas” PRÖLLOCHS, N., “Community-Based Fact-Checking on *Twitter*'s *Birdwatch* Platform”, op. cit.

3.3. Consejo asesor de Facebook y Twitter

Tal y como se ha señalado previamente, *Facebook* recientemente creó un Consejo asesor de contenido⁷⁵⁴ especial que, según información vertida en su sitio web, entre otras cosas, proporciona a los usuarios acceso directo para apelar las decisiones de contenido ante la junta, así como que identifica de manera regular y proactiva algunas de las decisiones de contenido más importantes y difíciles que hemos tomado en nuestra plataforma⁷⁵⁵. Entre las acciones que está llevando a cabo el Consejo Asesor es fomentar una revisión del modo de moderación de contenidos por medios automáticos por parte de *Facebook*⁷⁵⁶.

Este Consejo asesor se crea, probablemente, siguiendo entre otros, los lineamientos de la Relatora especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de

⁷⁵⁴ Según el documento oficial de del Consejo asesor de contenido de *Facebook*: “El propósito del Consejo de Supervisión es proteger la libertad de expresión mediante la toma de decisiones independientes sobre contenidos importantes y emitiendo opiniones consultivas sobre las políticas de contenido de *Facebook*. El principal documento de gobierno del Consejo, su estatuto, establece que un conjunto de estatutos detallará los procedimientos operativos del consejo. En conjunto, los estatutos y los reglamentos explican la finalidad del consejo y regulan su funcionamiento. del consejo y regulan su funcionamiento. La estructura de gobierno del consejo se diseñó para permitir un mecanismo, independiente de *Facebook*, a través del cual se pueden presentar contenidos para su revisión independiente, es decir, a través de la creación del Fideicomiso de del Consejo asesor de contenido (“el fideicomiso”) y la Sociedad de Responsabilidad Limitada de del Consejo asesor de contenido (“la SRL”). de Responsabilidad Limitada del Consejo de Supervisión (“la SRL”)”, al respecto ver <https://about.fb.com/es/news/2020/10/el-consejo-asesor-de-contenido-comienza-a-recibir-casos/> consultado el día 20 de enero 2022.

⁷⁵⁵ <https://about.fb.com/news/2021/07/facebooks-first-quarterly-update-on-the-oversight-board/> consultado el día 15 de septiembre de 2021.

⁷⁵⁶ Recientemente, dicho Consejo está experimentando con una función que notificará a los usuarios si sus publicaciones se eliminaron debido a procesos automatizados. En el Consejo asesor de contenido sugirió que *Facebook* informe a las personas cada vez que una publicación se haya eliminado por medios automatizados en lugar de un revisor de contenido humano. *Facebook* había dicho anteriormente que pondría a prueba esta modificación, y ahora lo ha hecho. De hecho, según el cumplimiento de sus propias políticas de transparencia, el Consejo asesor de contenido publicó su primera publicación trimestral (Primer trimestre de 2021) en la que según el propio informe se pretende ofrecer a la comunidad visibilidad sobre las respuestas a las decisiones independientes del Consejo asesor de contenido sobre algunas de las decisiones de contenido más difíciles que toma *Facebook*. Estas actualizaciones trimestrales están diseñadas para proporcionar de este trabajo a largo plazo y compartir más información sobre cómo *Facebook* aborda las decisiones y recomendaciones del Consejo.

opinión y de expresión Irene Khan, en su informe sobre “*La desinformación y la libertad de opinión y de expresión*”⁷⁵⁷.

Entre los asuntos conocidos y debatidos por el Consejo asesor de contenido de Facebook en su último informe estuvo relacionado con el sistema de apelación de las decisiones por retirada de contenidos⁷⁵⁸. En este caso, como señala el informe, normalmente, la mayoría de los recursos son analizados por los revisores de contenidos. Utilizamos la automatización para ayudar a nuestros equipos a priorizar los contenidos para su revisión como parte de nuestro proceso de apelación. En los casos en los que tenemos limitaciones de capacidad, como durante COVID-19, además, para Facebook, la automatización puede ayudar a determinar qué revisiones deben enviarse a un revisor de contenidos y cuáles deben cerrarse sin más.

Otro de los asuntos conocidos y debatidos por el Consejo asesor de contenido estuvo relacionado con la necesidad de ofrecer información a los usuarios cuando se utilizan los sistemas de automatización⁷⁵⁹. Finalmente, el Consejo asesor de contenido también

⁷⁵⁷ “También es necesario estudiar medidas colectivas para todo el sector como la creación de consejos de medios sociales, especialmente para los actores más pequeños. Ese tipo de órganos colectivos podrían formular recomendaciones, en particular sobre la desinformación y la información errónea, y recibir apelaciones contra las decisiones tomadas por las empresas participantes Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de la ONU, A/HRC/47/25, “La desinformación y la libertad de opinión y de expresión” de fecha 13 de abril de 2021, disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/47/25> consultado el día 15 de junio de 2021.

⁷⁵⁸ “Garantizar que los usuarios puedan apelar las decisiones tomadas por los sistemas automatizados a la revisión humana humanos cuando se considere que su contenido ha infringido la Normativa Comunitaria de Facebook sobre desnudez y actividad sexual para adultos”. Asunto 2020-004-IG-UA-4, Facebook Q1 2021 Quarterly Update on the Oversight Board, p. 13, disponible en <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2021/07/Facebook-Q1-2021-Quarterly-Update-on-the-Oversight-Board.pdf> consultado el día 15 de diciembre de 2021.

⁷⁵⁹ “Informar a los usuarios cuando se utilice la automatización para tomar medidas de ejecución contra sus contenidos, incluyendo descripciones accesibles de lo que esto significa. Contamos con equipos que reflexionan sobre la mejor manera de explicar nuestras acciones y llevan a cabo investigaciones para ayudar a informar sobre cómo podemos hacerlo de una manera que sea accesible y comprensible para la gente. A partir de investigaciones y experimentos previos, hemos identificado que las personas tienen diferentes percepciones y expectativas sobre las revisiones manuales y automatizadas. Aunque estamos de acuerdo con la junta directiva en que las tecnologías automatizadas son limitadas en su capacidad de entender algunos contextos y matices, queremos asegurarnos de que cualquier transparencia adicional que proporcionemos esté ayudando a todas las personas a entender con mayor precisión nuestros sistemas, y no, en cambio, a crear confusión como resultado de percepciones preexistentes. Tampoco queremos exagerar la capacidad de los revisores de contenidos para acertar siempre. Además, muchas de las decisiones que se toman son una combinación de aportaciones manuales y automatizadas. Por ejemplo, un revisor de contenidos

explora la necesidad de ampliar los informes de transparencia para divulgar datos sobre el número de decisiones de expulsión automatizadas y la proporción de esas decisiones que se revocan tras una revisión humana.

Por su parte, *Twitter* también ha puesto en marcha un Consejo asesor denominado “*Twitter Trust and Safety Council*”⁷⁶⁰. Este Consejo reúne grupos comunitarios, organizaciones de la sociedad civil y académicos con el objetivo de aportar información sobre los productos, políticas y programas de seguridad de *Twitter*. Contrario al Consejo asesor de *Facebook*, no ha sido posible acceder a información sobre la actividad que desarrolla el “*Twitter Trust and Safety Council*”, ni el alcance de las medidas que se adoptan. Tampoco se tiene información sobre la receptividad que *Twitter* tiene a las decisiones adoptadas por el Consejo, por tanto, no se sabe si, tal como sucede con *Facebook*, dichas decisiones podrían ser tenidas en cuenta para mejorar las condiciones de *Twitter*. En cualquier caso, es una iniciativa que busca abrir la actividad de moderación realizada por la plataforma. Quienes lo componen tendrán la oportunidad de ahondar en las reflexiones que *Twitter* lleve a cabo, por lo que entendemos que, a efectos de la protección de las libertades informativas, puede ser una iniciativa bastante positiva.

En cualquier caso, es importante continuar con el seguimiento de este tipo de iniciativas y poder llegar a conclusiones más claras sobre los beneficios que reportan a la moderación de contenidos en Internet.

puede actuar sobre un contenido basándose en nuestras Normas comunitarias y nosotros podemos utilizar la automatización para detectar y aplicar copias idénticas”. Asunto 2020-004-IG-UA-5, p. 15, disponible en <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2021/07/Facebook-Q1-2021-Quarterly-Update-on-the-Oversight-Board.pdf> consultado el día 15 de diciembre de 2021.

⁷⁶⁰ https://blog.twitter.com/en_us/topics/company/2019/strengthening-our-trust-and-safety-council consultado el día 15 de diciembre de 2021.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

El régimen de responsabilidad aplicable a los prestadores de servicios intermediarios en la presente y futura normativa europea y española a la luz de las libertades informativas permite llegar a algunas “conclusiones”, así como establecer algunas recomendaciones o “propuestas”.

I. CONCLUSIONES

PRIMERO. - Las libertades informativas en Internet. La democratización del discurso

Las libertades informativas favorecen la consolidación de sociedades democráticas, permite que los ciudadanos se empoderen y emitan sus opiniones sin temor a ser perseguidos por ello. Esta libertad fundamental, que siempre ha tenido especial importancia desde un punto de vista social y jurídico, se ha visto reforzada con el desarrollo de las plataformas digitales de la web 2.0. Como ha quedado expuesto, gracias a Internet se avanza en la democratización del discurso ya que hay una explosión de foros para emitir opiniones o consultar información sin precedentes.

En este escenario, el acceso a Internet se convierte en un elemento esencial para el ejercicio de las libertades informativas. Son múltiples los pronunciamientos jurisprudenciales y de organismos internacionales que remarcan la importancia de que los Estados fijen políticas públicas que permitan garantizar el acceso a Internet a toda la población. En estos pronunciamientos se dice claramente que el acceso a Internet es un derecho fundamental en sí mismo. Normativa reciente relativa a los derechos digitales reconoce ya su estatus de derecho por el gran peso que supone para ejercicio de libertades fundamentales tales como la libertad de expresión.

La prestación de servicios intermediarios resulta igualmente importante para que los destinatarios de los servicios puedan beneficiarse de la distribución de contenidos. Los prestadores de servicios intermediarios son pieza esencial ejercicio de las libertades informativas en Internet. La labor que desempeñan permite que a diario la comunidad virtual crezca y siga mejorando la propia arquitectura de la red y sus funcionalidades. La trascendencia que tiene la labor desempeñada por los PSI es evidente desde muchos

puntos de vista. A nivel económico, es indudable que el peso que tiene este sector en el PIB de muchos países es muy importante y sigue escalando con los nuevos modelos de negocio que se siguen generando. A nivel social y político, brindan espacios para la comunicación y la transmisión de información, convirtiéndose en una verdadera alternativa a los canales de comunicación tradicionales. Los debates que se dan actualmente en redes sociales a través de los perfiles públicos de políticos, artistas, académicos y demás personalidades públicas inciden en campañas electorales y, en definitiva, fijan la agenda de acontecimientos diarios. Es importante señalar que al margen de las ventajas que ofrecen, también se han de valorar las decisiones empresariales que adoptan y su impacto en las libertades de expresión. Actualmente, la configuración de los términos y condiciones que fijan los PSI en sus plataformas y sus acciones de gestión de las plataformas digitales tienen un mayor efecto práctico en la libertad de expresión que los documentos publicados por organismos internacionales. Por ello entendemos que es fundamental, por una parte, reconocer la trascendencia de la labor de los PSI para dotarlos de una protección jurídica necesaria en pro de la libertad de expresión. Y, por otra parte, demandar de ellos una mayor transparencia con relación a las decisiones adoptadas para dotar de confianza a la comunidad virtual.

Junto a los PSI encontramos a los *prosumidores*. Antes de la irrupción de los servicios de la web 2.0, el acceso a los canales de comunicación tradicionales no estaba disponible para todos ni llegaba un público global. Gracias a al desarrollo y expansión de Internet, los usuarios pueden iniciar debates, nutrirlos e incluso hacer que lleguen a lugares apartados. El ejercicio de la libertad de expresión en Internet debe contar con idénticas garantías a las que se ofrecen *offline*. En este sentido, el reconocimiento del ejercicio de la libertad de expresión mediante el anonimato o el seudonimato es indispensable. Los pronunciamientos citados expresan con claridad que es necesario seguir garantizando al usuario que exprese sus opiniones sin que revele su identidad, sí así lo desea. La incomodidad que generan estas figuras en el marco de la lucha contra los ilícitos cometidos en Internet puede menguarse mediante la implementación de técnicas ofrecidas por la tecnología actual que permitirían realizar comprobaciones y llegar al autor del contenido.

También es importante llamar la atención sobre la necesidad de protección del llamado discurso de bajo nivel que Internet permite visibilizar como mayor facilidad que

los medios de comunicación tradicionales. La aportación del usuario en el discurso no puede ser menos válida simplemente porque no sea un profesional de la información. Es necesario reconocer su importancia centrando la atención en el contenido y no el mensajero. Esto, sin lugar a duda, permitirá continuar el proceso de democratización del discurso.

SEGUNDO. Límites a la libertad de expresión en Internet

El ejercicio de las libertades informativas puede ser sometido a formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, siempre que esté previsto por la ley, persiga uno o más objetivos legítimos y que constituya medida necesaria en una sociedad democrática. Esta máxima que ha sido la senda marcada por el CEDH y que es doctrina jurisprudencial del TEDH debe ser igualmente aplicado en Internet. Está claro que en materia de libertad de expresión lo que aplica *offline* aplica *online*, sin que por tanto pueda darse ningún tipo de restricción a los discursos en Internet que no supere este triple test.

Ahora bien, jurídicamente la cuestión se complica extraordinariamente por cuanto las barreras, filtros, límites y otro tipo de restricciones no se aplican por los poderes públicos, sino precisamente por las plataformas que tienen naturaleza privada. Y ello condiciona todo el marco jurídico aplicable. En relación con los mecanismos de restricción expuestos en el Capítulo I, es importante tener claro que, en el estado actual de la tecnología, difícilmente se puede garantizar que con estos mecanismos no se den daños colaterales para discursos que si están amparados por la libertad de expresión. Esta situación es altamente preocupante ya que las decisiones judiciales recientes ven viable la implementación de este tipo de medidas. De manera que se fomenta e incentiva al PSI a que cada vez más haga uso de dichos mecanismos de restricción.

Sumado a lo anterior, es claro que, en el afán de la erradicación de contenidos ilícitos en Internet, se está perdiendo el norte sobre la necesidad de reforzar la protección de aquellos discursos que no siendo ilegales incomoden a ciertos sectores poblaciones: los especialmente conflictivos contenidos nocivos, que están amparados por las libertades informativas. Ante la facilidad con la que los mecanismos restrictivos se implementan y ponen en marcha, este tipo de discursos se ven claramente afectados en la configuración actual de la red.

Ante esta realidad, entendemos que es indispensable que desde el diseño de este tipo de medidas se tengan presentes los requisitos constitucionales establecidos para limitar la libertad de expresión. Solo así podrá garantizarse una adecuada gestión del discurso en Internet.

TERCERO. - Inexistencia de la obligación de supervisión general o búsqueda activa

Este principio reconocido en la Directiva de Comercio Electrónico sirve como válvula de contención para las autoridades públicas en relación con la configuración de las obligaciones impuestas a los PSI. Además, es un límite infranqueable que no admite excepción. Así lo ha interpretado claramente el TJUE en diversos pronunciamientos en los que ha procedido a evaluar las circunstancias concretas de la obligación impuesta al PSI y las implicaciones de su materialización.

Desde la perspectiva de las libertades informativas, cuanto menos se pueda intervenir y alterar el libre flujo del discurso, más positivo será para la libertad de expresión. Las órdenes de supervisión emitidas por autoridades administrativas, en el marco de las funciones previstas por la ley, no puedan suponer una carga excesiva para el PSI. Está claro que el PSI debe prestar colaboración con las autoridades en la lucha contra conductas ilícitas en Internet. Pero esto no puede traducirse en trasladar toda la responsabilidad gestionar este tipo de controles en el PSI.

CUARTO. - Régimen de exclusión de responsabilidades de los prestadores de servicios intermediarios

Como ocurre en muchos otros escenarios, ante la comisión de ilícitos en Internet siempre es más fácil exigir responsabilidad al PSI que atacar los factores que originan este tipo de actuaciones. En el afán por garantizar el crecimiento de las empresas que emergieron de la web 2.0, se identificó como necesario proteger la labor de los PSI ante eventuales responsabilidades por contenidos ilícitos alojados en sus plataformas. Con esta se buscó evitar la configuración de efectos disuasorios que llevaran al PSI a limitar el uso que los destinatarios del servicio hacían de las plataformas o el cierre de estas.

La Directiva de Comercio Electrónico introdujo la exclusión de responsabilidad para los servicios intermediarios. Esto permite que todo PSI que se limite a cumplir una

función técnica en la prestación de sus servicios y carezca de conocimiento sobre la existencia de un contenido ilícito en su plataforma, no pueda ser encontrado responsable por los daños que dicho contenido pueda generar.

El concepto conocimiento efectivo es clave en la aplicación de este régimen de responsabilidad. La doctrina jurisprudencial sentada al respecto ha dejado claro que la interpretación que debe hacerse sobre esta disposición legal debe ser amplia. De manera que el PSI puede llegar a tener conocimiento efectivo tanto mediante la notificación de una autoridad competente, como a partir de circunstancias que le permitan inferir que el contenido es manifiestamente ilícito. Estas circunstancias pueden ir desde los resultados obtenidos a partir de la moderación realizada en la plataforma o una comunicación remitida por el afectado por el contenido ilícito. En todo caso, actualmente no hay una regulación clara al respecto. Ello es especialmente negativo para la seguridad jurídica y para las libertades informativas. Esta situación que siempre fue duramente criticada desde la doctrina ha sido tenida en cuenta en la regulación de la DSA, que modificará la Directiva de Comercio Electrónico. De manera que la DSA contempla un contenido mínimo en los avisos remitidos por los destinatarios del servicio denunciando contenidos ilícitos. Esta disposición legal deja claro que cualquier aviso que reúna los requisitos exigidos por la DSA será suficiente para que el PSI tenga conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido. De manera que, ante la ausencia de diligencia en la actuación posterior a la recepción de dicho aviso, no se podrá beneficiar de la exclusión de responsabilidad, sin que ello implique una tasación directa de su responsabilidad. Ello es positivo para evitar un *chilling effect* para las libertades informativas. Es claro que, a efectos de proteger la libertad de expresión en Internet, es necesario reforzar este tipo de regímenes. Solo así el PSI podrá centrarse en el desempeño de sus funciones técnicas.

Sin perjuicio de que la configuración del régimen de exclusión de responsabilidad de la DSA mantiene en esencia lo regulado en la Directiva de Comercio Electrónico, será importante realizar un seguimiento activo de la evolución de esta disposición tras su entrada en vigor.

QUINTO. - Garantías para los usuarios

La DSA aporta grandes novedades, principalmente en lo que respecta al reconocimiento de derechos y garantías para los usuarios. En la evolución de los servicios

intermediarios y gracias a la autorregulación, el PSI ha implementado un sinnúmero de mecanismos para la moderación de contenidos. Esto ha dado lugar al cierre de perfiles, supresión unilateral de contenidos, restricción en el alojamiento de contenidos, entre otros. Ante estas situaciones los usuarios hoy no cuentan con garantías efectivas ante este tipo de procedimientos. A pesar de los avances de los PSI en estos temas, la opacidad de los PSI ante este tipo de actuaciones sigue siendo considerable, con el consecuente impacto que esto genera en la libertad de expresión.

A la luz de la DSA, el PSI debe informar al usuario los motivos en los que basa su decisión, darle la oportunidad de tramitar reclamaciones, contempla fases previas al trámite de retirada, entre otros aspectos. Esto redundará en el beneficio de sus libertades informativas vinculadas al debido proceso. En este contexto se espera que las medidas que introducirá la DSA restablezcan el equilibrio entre el usuario y el PSI.

SEXTO. - El uso de etiquetas en la moderación de contenidos en las plataformas

Dentro de las múltiples etiquetas creadas por los PSI para sus procesos de moderación en las redes sociales, existen algunas que implican una reflexión más profunda por parte del PSI al momento de decidir si mantiene, limita su visibilidad o expansión, o elimina un contenido. El problema de este tipo de mecanismos es que no hay transparencia respecto del origen del señalamiento del contenido como ilícito. En ocasiones las redes sociales puntualmente aclaran que gran parte de los contenidos identificados son producto de los controles automatizados. En todo caso, algunos estudios señalan que la cifra de retirada de contenidos en redes sociales por denuncias de los propios usuarios es incluso superior. Esta información es sumamente relevante a efectos no solo de una mayor transparencia sino de saber, por ejemplo, qué tipo de colectivos está detrás de la denuncia.

Entendemos que hay un riesgo real en el uso de ciertas etiquetas que además de poner un “velo” sobre el contenido, limitan las funcionalidades y evitan que pueda seguir siendo debatido. Esto sin duda puede afectar a las libertades informativas y distorsionar el debate que se genera en las redes sociales.

II. PROPUESTAS

La búsqueda de soluciones que permitan mantener un Internet libre de contenidos ilícitos sin que ello afecte a la libertad de expresión o sin que se haga responsable al PSI por esta situación, sigue siendo un problema jurídico en constante estudio. Por ello, es posible formular algunas propuestas que además pueden aportar nuevas perspectivas a la discusión.

PRIMERO. - El reportaje neutral como mecanismo para la exclusión de responsabilidad del PSI

La doctrina constitucional del reportaje neutral se creó para proteger a los medios de comunicación tradicionales ante las eventuales responsabilidades por contenidos de terceros que se publicaran en la prensa. El propósito principal de esta figura era garantizar que no se desincentivaba al medio de comunicación encontrándolo responsable por dichos contenidos, para que así siguiera ofreciendo estos espacios a sus lectores.

La doctrina del reportaje neutral, con las matizaciones señaladas, podría ser un mecanismo de protección para el PSI y a su vez de garantía para la defensa de la libertad de expresión en Internet. Se presenta como una alternativa real para aquellos prestadores de servicios intermediarios que ante una notificación contra un contenido alojado en su plataforma, deseen mantener el contenido accesible al público en aras de fomentar la libertad de expresión.

Con ello se podría evitar que se desaliente a los prestadores de servicios intermediarios no solo en el ofrecimiento de espacios para la publicación de este tipo de comunicaciones o declaraciones sino en el mantenimiento de determinados contenidos amparados por la libertad de expresión.

En la doctrina del reportaje neutral, el medio de comunicación debe cumplir la función técnica de mero transcriptor. Esta idea puede trasladarse a los PSI.

En lo relativo a la obligación de revisar la verdad objetiva del hecho de las declaraciones del tercero, se podría plantear que el PSI tenga la opción de acogerse a este beneficio en un plazo determinado contado a partir de que tenga conocimiento, por cualquiera de las vías establecidas en la normativa aplicable, de la existencia del

contenido señalado y su alcance. En dicho plazo el PSI deberá constatar que las declaraciones hagan referencia a hechos o circunstancias de relevancia pública o de relevancia para la libertad de expresión y por tanto para la vida pública. Además, habrá que exigir que no hayan indicios racionales de falsedad evidente de los datos transcritos, para así evitar que el contenido sirva indebidamente a la cobertura de meras suposiciones o rumores absolutamente injustificados para cualquier sujeto mínimamente atento.

En lo que respecta al autor de las declaraciones, el PSI deberá constatar que las declaraciones las ha realizado una persona en concreto para que, en su caso, lo pueda facilitar oportunamente en sede judicial o a la autoridad administrativa competente.

El prestador de servicios intermediarios debería manifestar claramente e informar a los implicados y demás usuarios de la plataforma que mantendrá el contenido publicado en pro de la libertad de expresión.

La aplicación del reportaje neutral a los prestadores de servicios intermediarios consistirá en evitar que se atribuya ningún tipo de responsabilidad al PSI. De manera que en el supuesto de que una autoridad judicial llegara a determinar que el contenido conflictivo no está protegido por las libertades informativas, no se considere responsable al PSI por daños. En consecuencia, así puede diluirse el *chilling effect* que generaría la eventual asunción de responsabilidades por parte de los PSI ante contenidos señalados como presuntamente ilícitos.

SEGUNDO. - Mecanismos de correulación

Entendemos que la vía más adecuada para fomentar el crecimiento de las funcionalidades de las plataformas digitales junto con la erradicación de los contenidos ilícitos que se alojan en la red es la correulación, así como un adecuado tratamiento de los contenidos nocivos.

El modelo de correulación es el que permite no intervenir agresivamente a los poderes públicos en las libertades informativas de plataformas y de usuarios. Permite asimismo respetar las libertades informativas y libertad de empresa de las primeras. Todo ello, en el marco de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares.

Esto teniendo en cuenta que en la labor de correulación se demanda una participación más activa por parte de las entidades públicas. Con ello se garantizará que las empresas del sector seguirán participando activamente en la generación de soluciones. Pero que estas soluciones no solo sigan sus intereses empresariales y a través de sus condiciones y normas también se busquen objetivos de interés público y de protección de los derechos de los usuarios.

Además, esta labor no debería pretender aglutinar a todas las plataformas como un único cuerpo. Los servicios prestados por las grandes plataformas tienen aspectos comunes, pero cada vez son servicios más especializados. Estas diferencias en la prestación de los servicios y funcionamiento que son claves para la elaboración de cuerpos normativos. Por tanto, entendemos que la labor de correulación debería tener en cuenta, igualmente, las particularidades de cada plataforma y regular en consonancia con esta premisa.

TERCERO. - Reforzar las garantías de los usuarios introducidas por la DSA

Sin perjuicio de las garantías para los usuarios contempladas en la DSA, se han identificado algunos aspectos que podrían contribuir en su mejora. Así, en lo relativo a la “Exposición de motivos” regulado en el artículo 15.1, entendemos debería reconocerse el derecho del usuario a ser oído antes de que se le comunique la decisión de retirar o inhabilitar el acceso a un contenido, en un plazo de determinado. Así, el usuario podrá contribuir, si así lo desea, en el ejercicio reflexivo que el PSI realiza de manera previa a su decisión de retirar o inhabilitar contenidos. Pasado este plazo sin que el usuario remita sus manifestaciones al respecto el PSI puede continuar con su procedimiento. Entendemos que esto podría ser efectivo y que podría dar un contexto al PSI que, en su caso, le disuadiría de retirar o inhabilitar el contenido, protegiendo con ello la libertad de expresión del usuario y de la comunidad virtual.

Otra mejora que se puede introducir a la DSA es la implementación de un trámite de consulta que permita al PSI elevar consultas a las autoridades competentes de los Estados miembros sobre contenidos que no siendo ilícitos puedan generar sombra de duda sobre si deberían mantenerse o no en la plataforma a efectos proteger la libertad de expresión. La decisión emitida por la autoridad sería vinculante para el PSI. Con esto se podría evitar

Conclusiones y propuestas

que el PSI opte como primera opción a eliminar contenidos dudosos, a moderarlos mediante etiquetas como mejor alternativa.

CONCLUSIONS AND PROPOSALS

The liability regime applicable to intermediary service providers in the present and future European and Spanish regulations in the light of the freedom of information makes it possible to reach some "conclusions", as well as to establish some recommendations or "proposals".

I. CONCLUSIONS

FIRST - Freedom of information on the Internet. The democratisation of discourse

Informational freedoms favour the consolidation of democratic societies, allowing citizens to empower themselves and express their opinions without fear of being persecuted for doing so. This fundamental freedom, which has always been particularly important from a social and legal point of view, has been reinforced with the development of web 2.0 digital platforms. As we have seen, thanks to the Internet, progress is being made in the democratisation of discourse, as there is an unprecedented explosion of forums for expressing opinions or consulting information.

In this scenario, access to the Internet becomes an essential element for the exercise of freedom of information. There are many jurisprudential pronouncements and pronouncements by international organisations that stress the importance of States establishing public policies that guarantee access to the Internet for the entire population. These pronouncements clearly state that access to the Internet is a fundamental right. Recent legislation on digital rights already recognises its status as a right because of the great importance it has for the exercise of fundamental freedoms such as freedom of information.

The provision of intermediary services is equally important to enable recipients of services to benefit from the distribution of content. Intermediary service providers are an essential part of the exercise of informational freedoms on the Internet. Their work enables the virtual community to grow daily and to continue to improve the very architecture of the network and its functionalities. The importance of the work carried out by ISPs is evident from many points of view. On an economic level, there is no doubt that the weight of this sector in the GDP of many countries is very important and continues to

grow with the new business models that continue to be generated. On a social and political level, they provide spaces for communication and the transmission of information, becoming a real alternative to traditional communication channels. The debates that are currently taking place on social networks through the public profiles of politicians, artists, academics, and other public figures influence electoral campaigns and, ultimately, set the agenda for daily events. It is important to note that in addition to the advantages they offer, the business decisions they take and their impact on freedom of expression must also be assessed. Currently, the terms and conditions set by ISPs on their platforms and their actions in managing digital platforms have a greater practical effect on freedom of expression than the documents published by international bodies. We, therefore, believe that it is essential, on the one hand, to recognise the importance of the work of ISPs to provide them with the necessary legal protection for freedom of expression. And, on the other hand, to demand greater transparency from them about the decisions adopted to provide the virtual community with confidence.

Alongside ISPs we find *prosumers*. Before the emergence of Web 2.0 services, access to traditional communication channels was not available to all, nor did they reach a global audience. Thanks to the development and expansion of the Internet, users can initiate debates, nurture them, and even make them reach remote places. The exercise of freedom of expression on the Internet must have the same guarantees as those offered *offline*. In this sense, the recognition of the exercise of freedom of expression through anonymity or pseudonymity is indispensable. The above-mentioned pronouncements make it clear that users must continue to be guaranteed the right to express their opinions without revealing their identity if they so wish. The discomfort generated by these figures in the context of the fight against illegal acts committed on the Internet can be reduced by implementing the techniques offered by today's technology, which would make it possible to carry out checks and trace the author of the content.

It is also important to draw attention to the need to protect the so-called low-value speech that the Internet makes visible more easily than traditional media. The user's contribution to the discourse cannot be less valid simply because he or she is not an information professional. It is necessary to recognise their importance by focusing on the content and not the messenger. This will undoubtedly allow the process of democratisation of discourse to continue.

SECOND. Limits to freedom of expression on the Internet

The exercise of freedom of information may be subject to formalities, conditions, restrictions, or sanctions, if it is provided for by law, pursues one or more legitimate aims and constitutes a necessary measure in a democratic society. This maxim, which has been the path laid down by the ECHR and which is the case-law of the ECtHR, must also be applied to the Internet. In terms of freedom of expression, what applies *offline* applies *online*, and therefore no type of restriction can be placed on speech on the Internet that does not pass this triple test.

However, from a legal point of view, the issue becomes extremely complicated because the barriers, filters, limits, and other types of restrictions are not applied by the public authorities, but precisely by the private platforms. And this conditions the entire applicable legal framework. About the restriction mechanisms set out in Chapter I, it is important to be clear that, in the current state of technology, it is difficult to guarantee that these mechanisms will not cause collateral damage to speech that is protected by freedom of expression. This situation is highly worrying as recent court decisions implement such measures feasible. ISP is therefore encouraged and incentivised to increasingly make use of such restriction mechanisms.

In addition to the above in the eagerness to eradicate illegal content on the Internet, the need to reinforce the protection of those discourses that are not illegal, but which make certain sectors of the population uncomfortable is being lost: the especially conflictive harmful content, which is protected by the freedom of information. Given the ease with which restrictive mechanisms are implemented and set in motion, this type of discourse is affected by the current configuration of the network.

Given this reality, we believe that it is essential that the constitutional requirements established to limit freedom of expression are considered when designing this type of measure. This is the only way to guarantee adequate management of discourse on the Internet.

THIRD - No general obligation to monitor

This principle recognised in the E-Commerce Directive serves as a check valve for public authorities concerning the configuration of the obligations imposed on ISPs. Moreover, it is an insurmountable limit that does not allow for exceptions. This has been

interpreted by the CJEU in various rulings in which it has proceeded to assess the specific circumstances of the obligation imposed on the ISP and the implications of its materialisation.

From a freedom of information perspective, the less that can be done to intervene and disrupt the free flow of speech, the more positive it is for freedom of expression. Supervisory orders issued by administrative authorities, within the framework of the functions provided for by law, may not place an undue burden on ISP. The ISP must cooperate with the authorities in the fight against unlawful conduct on the Internet. But this should not mean shifting all responsibility for managing such controls onto the ISP.

FOURTH Regime of exclusion of liability of intermediary service providers

As in many other scenarios, it is always easier to hold ISPs accountable for wrongdoing on the Internet than to attack the factors that give rise to such actions. To ensure the growth of the companies that emerged from Web 2.0, it was identified as necessary to protect the work of ISPs from possible liability for illegal content hosted on their platforms. The aim was to avoid the creation of dissuasive effects that would lead the ISP to limit the use that the service recipients made of the platforms or to close them down.

The E-Commerce Directive introduced the exclusion of liability for intermediary services. This means that any ISP that merely performs a technical function in the provision of its services and lacks knowledge of the existence of illegal content on its platform cannot be held liable for any damage that such content may cause.

The concept of actual knowledge is key in the application of this liability regime. The jurisprudential doctrine in this regard has made it clear that the interpretation to be given to this legal provision must be broad. Thus, the ISP may have actual knowledge either through notification by a competent authority or through circumstances that allow it to infer that the content is manifestly unlawful. These circumstances may range from the results of moderation carried out on the platform or communication sent by the person affected by the illegal content. In any case, there is currently no clear regulation in this regard. This is particularly detrimental to legal certainty and freedom of information. This situation, which has always been strongly criticised by the doctrine, has been considered in the regulation of the DSA, which will amend the E-Commerce Directive. Thus, the

DSA provides for minimum content in the notices sent by the recipients of the service denouncing unlawful content. This legal provision makes it clear that any notice that meets the requirements of the DSA will be sufficient for the ISP to have effective knowledge of the unlawfulness of content. Thus, in the absence of diligence in acting after receipt of such a notice, it will not be able to benefit from the exclusion of liability, without this implying a direct assessment of its liability. This is positive to avoid a chilling effect on the freedom of information. To protect freedom of expression on the Internet, such regimes need to be strengthened. Only then can the ISP focus on carrying out its technical functions.

Even though the DSA's liability exclusion regime remains essentially the same as that regulated in the E-Commerce Directive, it will be important to actively monitor the evolution of this provision after it enters into force.

FIFTH - Guarantees for users

The DSA brings major innovations, mainly in terms of the recognition of rights and guarantees for users. In the evolution of intermediary services and thanks to self-regulation, the ISP has implemented numerous mechanisms for content moderation. This has led to the closure of profiles, unilateral deletion of content, restriction of content hosting, among others. Faced with these situations, users today do not have effective guarantees in the face of this type of procedure. Despite the progress made by ISPs on these issues, the opacity of ISPs in the face of this type of activity continues to be considerable, with the consequent impact this has on freedom of expression.

Considering the DSA, the ISP must inform the user of the grounds on which it bases its decision, allow the user to lodge complaints, provide for steps before the withdrawal process, and so on. This will benefit the user's informational freedoms linked to due process. In this context, the measures to be introduced by the DSA are expected to restore the balance between the user and the ISP.

SIXTH - The use of tags in the moderation of content on the platforms

Among the multiple labels created by ISPs for their moderation processes on social networks, some involve a deeper reflection on the part of the ISP when deciding whether to maintain, limit its visibility or expansion, or remove content. The problem with these

types of mechanisms is that there is no transparency regarding the origin of the flagging of content as illegal. Sometimes social networks make it clear that much of the content identified is the result of automated controls. In any case, some studies indicate that the figure for the removal of content on social networks because of complaints from users themselves is even higher. This information is extremely relevant not only for greater transparency but also to know, for example, what type of groups are behind the complaint.

We understand that there is a real risk in the use of certain tags that, in addition to placing a "veil" over the content, limit the functionalities and prevent it from being debated further. This can undoubtedly affect freedom of information and distort the debate that is generated on social networks.

II. PROPOSALS

The search for solutions to keep the Internet free of illegal content without affecting freedom of expression or holding ISP responsible for this situation remains a legal problem under constant consideration. It is therefore possible to formulate some proposals that may also bring new perspectives to the discussion.

FIRST - Neutral report as a mechanism for excluding ISP liability

The constitutional doctrine of the neutral report was created to protect the traditional media from liability for third-party content published in the press. The main purpose of this doctrine was to ensure that the media was not discouraged from being found liable for such content so that it would continue to offer these spaces to its readers.

The doctrine of the neutral report, with the above-mentioned qualifications, could be a protection mechanism for ISPs and at the same time a guarantee for the defence of freedom of expression on the Internet. It is presented as a real alternative for those intermediary service providers who, faced with a notification against content hosted on their platform, wish to keep the content accessible to the public to promote freedom of expression.

This could avoid discouraging intermediary service providers not only from offering space for the publication of such communications or statements but also from maintaining certain content protected by freedom of expression.

In the doctrine of neutral reporting, the media should fulfil the technical function of a mere transcriber. This idea can be transferred to ISPs.

Regarding the obligation to review the objective truth of the fact of the third party's statements, it could be proposed that ISP should have the option of availing itself of this benefit within a certain period from the time it becomes aware, by any of the means established in the applicable regulations, of the existence of the content indicated and its scope. Within this period, the ISP must verify that the statements refer to facts or circumstances of public relevance or relevance to freedom of expression and therefore to public life. In addition, it must be required that there are no rational indications of the obvious falsehood of the transcribed data, to prevent the content from unduly serving as a cover for mere suppositions or rumours that are unjustified for any minimally attentive subject.

As far as the author of the statements is concerned, the ISP should verify that the statements have been made by a specific person so that, if necessary, this can be provided promptly in court or to the competent administrative authority.

The intermediary service provider should clearly state and inform those involved and other users of the platform that it will maintain the content published in the interest of freedom of expression.

The application of neutral reporting to intermediary service providers will be to avoid attributing any liability to ISPs. So that if a judicial authority determines that the conflicting content is not protected by the freedom of information, ISPs will not be held liable for damages. As a result, the *chilling effect* of ISPs being held liable for allegedly unlawful content can be diluted.

SECOND - Co-regulatory mechanisms

We believe that the most appropriate way to promote the growth of the functionalities of digital platforms together with the eradication of illegal content hosted on the network is co-regulation, as well as adequate treatment of harmful content.

The co-regulatory model is the one that allows public authorities not to intervene aggressively in the information freedoms of platforms and users. It also makes it possible to respect the freedom of information and freedom of enterprise of the former. All this is

within the framework of the effectiveness of fundamental rights between private individuals.

This is considering that co-regulatory work requires the more active participation of public entities. This will ensure that companies in the sector will continue to be actively involved in generating solutions. However, these solutions should not only follow their business interests but also pursue public interest objectives and the protection of users' rights through their conditions and rules.

Moreover, this work should not seek to bring all platforms together as a single body. The services provided by the major platforms have commonalities, but they are increasingly specialised services. These differences in service provision and operation are key to the development of regulatory bodies. Therefore, we believe that co-regulatory work should also consider the particularities of each platform and regulate accordingly.

THIRD - Strengthen the user safeguards introduced by the DSA.

Without prejudice to the guarantees for users provided for in the DSA, some aspects have been identified that could contribute to its improvement. Thus, regarding the "*Statement of reasons*" regulated in Article 15.1, we believe that the user's right to be heard before being informed of the decision to remove or disable access to content, within a certain period, should be recognised. Thus, the user will be able to contribute, if he/she so wishes, to the reflective exercise that ISP carries out before it decides to remove or disable the content. After this period has elapsed without the user submitting any comments on the matter, ISP may continue with its procedure. We believe that this could be effective and could provide a context for the ISP that, if appropriate, would dissuade it from removing or disabling the content, thereby protecting the user's freedom of expression and that of the online community.

Another improvement that could be made to the DSA is the implementation of a consultation procedure that would allow the ISP to consult with the competent authorities in the Member States on content that is not illegal but may cast a shadow of doubt on whether it should remain on the platform to protect freedom of expression. The decision issued by the authority would be binding on the ISP. This would avoid ISP 's first option of removing dubious content being to moderate it using labels as a better alternative.

BIBLIOGRAFÍA

I. MONOGRAFÍA

ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1994.

BECERRA, J. Y COLABORADORES, *La responsabilidad del Estado por la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)*, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015.

BECERRA, J. Y COLABORADORES, *Derecho y big data*, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2018.

BENEDEK, W. and KETTEMAN, M. C., *Freedom of expression and the Internet*, Council of Europe, Strasbourg, 2013.

CATALÀ IBAS, A. H., “*Libertat de expresió e informació. La jurisprudència del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional. Hacia un derecho europeo de los derechos humanos*”, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2001.

COTINO HUESO, L., *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

DARNACULLETA I GARDELLA, M.M., *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.

FUMERO, A.; ROCA, G., *Web 2.0*, Fundación Orange, Madrid, 2007.

LÓPEZ GARCÍA, G., *Modelos de comunicación en Internet*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MUÑOZ MACHADO, S., *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000.

PASCUAL, P., *La libertad de expresión, un bien escaso*, Universidad Politécnica de Madrid, Madrid, 1993.

PEGUERA POCH, M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Editorial Comares, Granada, 2007 VAN DIJK, P. AND OTHERS, *Theory and practice of the European convention on human rights*, Intersentia, Cambridge, 2006

SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Delimitación de las libertades informativas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

WACKS, R., *Privacy and media freedom*, Oxford University Press, Cambridge, 2013.

Bibliografija

II. ARTÍCULOS CIENTÍFICOS

ABA-CATOIRA A., “Los desórdenes informativos en un sistema de comunicación democrático”, *Revista de Derecho Público*, UNED, número 109, septiembre-diciembre, 2020.

ACEDO PENCO, Á., “La responsabilidad civil extracontractual por atentados contra la dignidad divulgada mediante los servicios de la sociedad de la información en los ordenamientos comunitario y español”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. 4, 2006, pp. 106 y 115.

AGHAEI, S., y otros, "Evolution of the world wide web: from web 1.0 to web 4.0", *International Journal of Web & Semantic Technology (IJWesT)*, Vol.3, número.1, 2012.

AMMORI, M., “The “New” New York: Free speech lawyering in the age of Google and Twitter”, *Harvard Law Review*, vol 127, número 8, 2014.

ASBO-BAISTROCCHI, P., “Liability of intermediary service providers in the EU Directive on Electronic Commerce”, *Santa Clara High Technology Law Journal*, vol. 19, núm. 1, 2002, p. 112.

ARROYO AMAYUELAS, E., “La responsabilidad de los intermediarios en Internet ¿Puertos seguros a prueba de futuro?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, número 1, marzo, 2020.

BALKIN, J. M.:

- “Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society”, *New York University Law Review*, vol. 79, número 1, 2004.
- “The future of free expression in a digital age”, *Pepperdine law review*, vol. 13, issue 2, 2009.
- “Free speech in the algorithmic society: big data, private governance, and new school speech regulation”, *UCDL Rev.*, vol. 51, 2017

BARATA, J.:

- *The Digital Service Act and its impact on the right to Freedom of Expression: Special focus on risk mitigation obligations*. Plataforma por la Libertad de Información, disponible en <https://libertadinformacion.cc/wp-content/uploads/2021/06/DSA-AND-ITS-IMPACT-ON-FREEDOM-OF-EXPRESSION-JOAN-BARATA-PDLI.pdf> (consultado el día 23 de diciembre de 2021), p. 5
- *Cómo entender la libertad de expresión en Internet. Las claves sobre la nueva Ley europea de Servicios Digitales (DSA)*, Webinar organizado por la Plataforma en Defensa de la Libertad de Información, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=iLR6BMUtAj8>, consultado el día 10 de enero 2022.
- *The Digital Service Act and its impact on the right to Freedom of Expression: Special focus on risk mitigation obligations*. Plataforma por la Libertad de Información, p. 9,

disponible en <https://libertadinformacion.cc/wp-content/uploads/2021/06/DSA-AND-ITS-IMPACT-ON-FREEDOM-OF-EXPRESSION-JOAN-BARATA-PDLI.pdf>, consultado el día 23 de diciembre de 2021.

BEBIC, D. y VALAREVIC, M. “New problems, old solutions? A critical look on the report of the high-level expert group on fake news and on-line disinformation”, *Media Studies*, 9 (17), 2018.

BELLI, L. y ZINGALES, N. “Online Platforms’ Roles and Responsibilities: A Call for Action”, *Platform regulations. How Platforms are regulated and how they regulate us. Official Outcome of the UN IGF Dynamic Coalition on Platform Responsibility*, United Nations Internet Governance Forum, Ginebra, 2017.

BOIX PALOP, A.:

- “Libertad de expresión y pluralismo en la red (I)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, número 65, 2002
- “La Construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales”, *Revista de Estudios Políticos*, 173, julio-septiembre, 2016.
- “La LSSI y las diversas concepciones sobre la extraterritorialidad de las limitaciones a la libre expresión derivadas de la cláusula de orden público”, *Revista de Derecho*, número 2, 2003, pp. 1-21, disponible en <https://www.uv.es/revdret/num2/aboix.htm> consultado el 7 de enero de 2021.

CAMPOS FREIRE, F. “Las redes sociales trastocan los modelos de los medios de comunicación tradicionales”, *Revista Latina de Comunicación Social*, 63, 2008, disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/819/81912006023.pdf>, consultado el día 15 de marzo de 2020.

CASTELLANOS CLARAMUNT, J. “Las imbricaciones políticas entre la participación ciudadana e internet”, *Revista de Derecho Político*, número 106, septiembre-diciembre 2019.

CLAUSSEN, V., “Fighting hate speech and fake news. The Network Enforcement Act (NetzDG) in Germany in the context of European legislation”, *Rivista Di Diritto Dei Media*, vol. 3, 2018.

CORMODE, G.; KRISHNAMURTHY, B., “Key Differences between Web1.0 and Web2.0”, *Journal First Monday*, vol. 13, número 6, 2008.

CORREDOIRA Y ALFONSO, L. Y SÁNCHEZ FERRIZ, R., “La compleja configuración de un derecho-libertad polédrico, el derecho a la información. Referencias históricas”, *Revista de Derecho Público*, número 99, mayo-agosto, 2017.

COTINO HUESO, L.:

- “Quién, como y qué regular (o no regular) frente a la desinformación”, p. 11, disponible en www.cotino.es, consultado el día 11 de noviembre de 2021.

- “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.
- “Democracia electrónica y libertades en la red”, versión actualizada a mayo de 2012, disponible en http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,1531 consultado el día 23 de marzo de 2021.
- “Online-offline. Las garantías para el acceso a Internet y para la desconexión, bloqueo, filtrado y otras restricciones de la red y sus contenidos” *Revista de Derecho Político*, UNED, N 108, mayo-agosto, 2020.
- “La STJUE del caso Google vs AGPD de 2014. Algunos “olvidos” y otras tendencias negativas respecto de las libertades informativas en Internet”, Ponencia realizada en el “*Seminario de la Facultat de Dret: Google, el derecho al olvido y la responsabilidad de prestadores e intermediarios*” 24 de junio de 2014.
- “Responsabilidad de intermediarios y prestadores de servicios de Internet en Europa y Estados y su importancia para la Libertad de expresión” *Revista de Derecho Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, número 17, enero-junio 2017.
- “Retos, amenazas, tendencias y “olvidos” de la libertad de expresión e información de los usuarios, prestadores de servicios e intermediarios de Internet”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 76/77.
- “La (IN)constitucionalidad de la “intervención”, “mordaza” o “apagón” de las telecomunicaciones e Internet por el Gobierno en virtud del Real Decreto-Ley 14/2019”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 54, 2020.
- “Encaje constitucional de la responsabilidad en la “web 2.0””, Ponencia en Mesa 4 “Responsabilidad en la web 2.0, aspectos generales y penales en *Seminario IDT sobre derecho y web 2.0*, Universidad Autónoma de Barcelona, 18 de septiembre de 2009, p. 3, disponible en http://documentostics.com/component/%20option,com_docman/task,doc_view/gid,1478/Itemid,3/ consultado el día 5 de febrero de 2020.

CHEN, E. M., “Global Internet freedom: Can censorship and freedom coexist?” *Journal Art, Tech & Intellectual Property*, 229, 2003.

DE GREGORIO, G. “Democratising online content moderation: A constitutional framework”, *Computer Law & Security Review*, vol. 36, 2020

DE MIGUEL ASENSIO, P., “Responsabilidad por el alojamiento o almacenamiento de información”, *Derecho Privado de Internet*, Editorial Aranzadi, 2011.

FAESEN, L. Y OTROS, *Red Lines & Baselines. Toward a European Multistakeholder Approach to Counter Disinformation*, The Hague Centre for Strategic Studies, octubre 2021, disponible en <https://hcss.nl/report/red-lines-baselines/>, consultado el día 13 de enero de 2022.

FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L., “Limitaciones constitucionales e inconstitucionales a la libertad de expresión en Internet (1)”, *Revista española de derecho constitucional*, año 18, número 53, Mayo-Agosto, 1998.

FERNÁNDEZ ESTEBAN, M^a. L., “Limitaciones constitucionales e inconstitucionales a la libertad de expresión en Internet (Comentario a la Sentencia 96-511 del Tribunal Supremo Norteamericano de 26 de junio de 1997 que declara la inconstitucionalidad de la Ley de Decencia en las Telecomunicaciones del Congreso de los Estados Unidos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N^o. 53, 1998

FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L., “La regulación de la libertad de expresión en Internet en EE. UU. Y la UE”, *Revista de Estudio Políticos (Nueva Época)*, número 103, enero-marzo, 1999.

GARCÍA MORALES, M. J., “La prohibición de la censura en la era digital”, *Teoría y realidad constitucional*, número 31, 2013.

GEORGE, C.; SCERRI, J., “Web 2.0 and User-Generated Content: legal challenges in the new frontier”, *Journal of Information Law & Technology*, 2007.

GILLESPIE, T., *Custodians of the Internet. Platforms, content moderation and the hidden decisions that shape social media*, Yale University Press, 2018

GONZÁLEZ DE LA GARZA, L. M., “La crisis de la democracia representativa. Nuevas relaciones políticas entre democracia, populismo virtual, poderes privados y tecnocracia en la era de la propaganda cognitiva virtual, el microtargeting y el Big Data”, *Revista de Derecho Político*, número 103, septiembre-diciembre 2018.

GRIMMELMANN, J., “The virtues of moderation”, *Yale JL & Tech.*, vol. 17, 2015.

HE, D. “Governing Hate Content Online: How the Rechtsstaat Shaped the Policy Discourse on the NetzDG in Germany”, *International Journal of Communication*, vol. 14, 2020.

HELDT, A.P. “Reading between the lines and the numbers: an analysis of the first NetzDG reports”, *Internet Policy Review*, vol. 8, número 2, 2019.

JHAVER, S., *et al.* “Online harassment and content moderation: The case of blocklists”, *ACM Transactions on Computer-Human Interaction (TOCHI)*, vol. 25, número 2, 2018.

KARAGINIS J. y SCHOFIELD, “Notice and Takedown in Everyday Practice”, *UC Berkeley Public Law Research Paper*, No. 2755628, 2017.

KÜSTER, I., HERNÁNDEZ, A., “De la web 2.0 a la web 3.0: antecedentes y consecuencias de la actitud e intención de uso de las redes sociales en la web semántica” *Universia Business Review*, número 37, 2013.

LARRONDO, M. E. y GRANDI, N. M., “Artificial Intelligence, algorithms and freedom of expression”, *Universitas*, 2021.

LÓPEZ ORTEGA, J.J., “Libertad de expresión y responsabilidad por los contenidos en Internet”, *Cuadernos de derechos judicial, Internet y derecho penal*, número 10, 2001.

MARTÍNEZ-ROJAS, A., “El deber de diligencia de los prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, número 26, 2011.

MCLAREN, S., “Is There a First Amendment Right to Tweet?”, *JSTOR*, 21 marzo 2021, disponible en <https://daily.jstor.org/is-there-a-first-amendment-right-to-tweet/> consultado el día 15 de mayo de 2021.

MILOSAVLJEVIĆ, M., y MICOVA, S. B., “Banning, blocking and boosting: Twitter’s solo-regulation of expression”, *Media Studies*, vol. 7, número 13, 2016.

MORAL, F.; CANTO, J.; GÓMEZ-JACINTO, L., “Internet y desindividuación. Nuevas perspectivas sobre la desindividuación en la red: el modelo de identidad social de los fenómenos de desindividuación (SIDE)”, *Revista de Psicología Social*, Vol 19, número 1, 2004.

MOURON, P., “Le renforcement des moyens de lutte contre les discours de haine diffusés en ligne”, *Revue européenne des médias et du numérique*, número 44, 2017.

PALMA ORTIGOSA, A., “El derecho al olvido de los datos relativos a procesos judiciales penales. La obligación de estructurar la lista de resultados de forma actualizada por parte del gestor de un motor de búsqueda”, disponible en <https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/74983/139267.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, consultado el día 7 de enero de 2022.

PEGUERA POCH, M., “Sólo sé que no sé nada (efectivamente): la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI” *Revista de Internet, Derecho y Política*, número 5, 2007.

PRESNO LINERA, M. A., “La libertad de expresión según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de la Facultad de Derecho de México* Tomo LXX, Número 276, Enero-Abril 2020.

PRÖLLOCHS, N., “Community-Based Fact-Checking on Twitter's Birdwatch Platform”, *arXiv preprint arXiv:2104.07175*, 2021, disponible en <https://arxiv.org/abs/2104.07175>, consultado el día 15 de diciembre 2021.

PUERTO MENDOZA, A., “Libertad de expresión, moderación de contenidos y neutralidad política de las plataformas en EE. UU. La orden ejecutiva para la prevención de la censura en Internet”, *Revista de privacidad y derecho digital*, Año VI, número 21, Enero-Marzo, 2021.

ROLLNERT LIERN, G.:

- “Incitación al terrorismo y libertad de expresión: el marco internacional de una relación problemática”, *Revista de Derecho Político*, número 91, septiembre-diciembre 2014.
- “El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115, enero-abril 2019

Bibliografía

- “Redes sociales y discurso del odio: perspectiva internacional”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, número 31, octubre, 2020.

ROWBOTTOM, J.:

- “To rant, vent and converse: protecting low level digital speech”, *The Cambridge Law Journal*, vol. 71, parte 2, Julio, 2012.
- “In the shadow of the Big Media: Freedom of Expression, Participation and the production of knowledge Online”, *Public Law*, número 3, 2014.

SÍTHIGH, D.M., “The fragmentation of intermediary liability in the UK”, *Journal of Intellectual Property Law Practice*, vol. 8, número 7, 2013.

SOLOZABAL ECHAVARRIA, J. J. “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, número 32, mayo-agosto 1991.

SPINDLER, G., “¿Compartir contenidos en línea o no? Un análisis del artículo 17 de la Directiva sobre propiedad intelectual en el mercado único digital”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, número 1, 2020.

STEIN, L., “Speech without rights: The status of public space on the Internet”, *The Communication Review*, vol. 11, número 1, 2008.

STONE, G. R., “Restrictions of speech because of its content: The peculiar case of subject-matter restrictions”, *46 University of Chicago Law Review* 81, 1978.

TERUEL LOZANO, G.:

- “Apuntes generales sobre la libertad de expresión en Internet”, *Anales de Derecho*, N° 28, 2011.
- “Libertad de expresión y discurso de odio en países democráticos”, *Defensor*, febrero, 2017.

VEDASCHI, A. Y LUBELLO, V., “Data retention and its implications for the fundamental right to privacy”, *Tilburg Law Review*, 20.1, 2015.

VAMIALIS, A., “Online defamation: confronting anonymity”, *International Journal of Law and Information Technology*, volume 21, Issue 1, 2013.

VILLARVERDE MENÉNDEZ, I., “La responsabilidad jurídica de los Directores y Editores de un periódico por la autoría de las cartas al director”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, vol. IV, número 8, 1998.

XALABARDER PLANTADA, R., “La responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, número 2, 2006.

III. CAPÍTULOS DE LIBRO

APARICIO BARANIGA, I., “Responsabilidad por los contenidos ilícitos y nocivos en Internet”, *XVII Encuentro sobre Informática y derecho 2002-2003*, Universidad Pontificia Comillas, 2003.

BUSTOS GISBERT, R., “The right to freedom of expression in a democratic society (art. 10 ECHR)”, *Europe of rights: A compendium on the European Convention of Human Rights*, GARCÍA ROCA, F. J. y SANTAOLAYA MACHETTI, P., (ed. lit.), Martinus Nijhoff Publishers, España, 2012.

CLEMENTE MEORO, M.E.; CAVANILLAS MÚGICA, S., *Responsabilidad civil y contratos en Internet. Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Editorial Comares, Granada, 2003.

CONDE BUESO, I.; DÍEZ LÓPEZ I., “Artículo 16: Responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos”, *La nueva ley de Internet (Comentarios a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)*, La Ley, Madrid, 2003.

CORREDOIRA, L.:

- “Agenda de reformas internacionales en materia de control o censura de contenidos”, *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.
- “Communication Rights in an Internet-Based Society. Why Is the Principle of Universality So Important?”, *The Handbook of Communication Righst, Law, and Ethics*, CORREDORIA, L., BEL MALLÉN, I., Y CETINA PRESUEL, R., Wiley Blackwell, USA, 2021

COTINO HUESO, L.:

- “Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los “blogs””, *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías: Con motivo del XX aniversario de la Facultad de Derecho de Burgos*, Universidad de Burgos, 2005.
- “La necesaria actualización de los derechos fundamentales como derechos digitales ante el desarrollo de Internet y las nuevas tecnologías”, *España constitucional (1978-2018). Trayectoria y perspectivas III*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 2351
- “Nuestros jueces y tribunales ante internet y la libertad de expresión: el estado de la cuestión”, *Libertad en internet: la red y las libertades de expresión e información*, COTINO HUESO, L. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- “Libertades informativas y responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet”, *La protección jurisdiccional de los derechos. Actas del XI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

COTINO HUESO, L./DE LA TORRE FORCADELL, S., “El caso de los contenidos nazis en Yahoo ante la jurisdicción francesa: un nuevo ejemplo de la problemática de los derechos

fundamentales y la territorialidad en internet”, *Actas del XV Seminario de Derecho e informática*, Aranzadi, Madrid, 2002.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “Servicios y mercados digitales: modernización del régimen de responsabilidad y nuevas obligaciones de los intermediarios”, *La Ley Unión Europea*, número 88, enero 2021.

DE MIGUEL MOLINA, M., Y OLTRA GUTIÉRREZ, J. “La autorregulación europea de las redes sociales: análisis de las políticas de uso de la imagen de menores en España”, *Libertad de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, COTINO HUESO, L., (editor), PUV, Valencia, 2010.

DE MIGUEL MOLINA, M., GUTIÉRREZ, Y OTROS, “Códigos de conducta y TIC: principios básicos mediante el estudio y comparación de diversas asociaciones y empresas” *Revista de la contratación electrónica*, 71, 2006.

DOMENECH PASCUAL, G., “La policía administrativa de la libertad de expresión (y su disconformidad con la Constitución)”, *Estudios de casos líderes europeos y nacionales. Vol. XIV. La libertad de expresión en el siglo XXI. Cuestiones actuales y problemáticas*, Ríos Vega, L. E. y Spigno, I., Tirant lo blanch, Ciudad de México, 2021.

REDISH, M. H., “The value of free speech”, *Freedom of speech*, volumen I, Ashgate Dartmouh, New York, 2000.

ROIG BATALLA, A. “Anonimato y los límites a la libertad en Internet”, *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2011

STONE, G. R., “Privacy, the First Amendment, and the Internet”, *The offensive Internet*, LEVMORE, S., NUSSBAUM, M. C., Harvard University Press, Cambridge, 2010

SCHULZ, W., “Regulating intermediaries to protect privacy online – the case of the German NetzDG”, *Personality and Data Protection Rights on the Internet*, ALBERS, M. Y SARLET, I. (editors), Springer, Suiza, 2022.

IV. NORMATIVA

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.

Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Constitución española de 1978.

Carta Europea de Derechos Fundamentales de 2000.

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de protección de datos

Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

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.

Directiva 2010/13/CE, en su versión modificada por la Directiva (UE) 2018/1808, sobre los prestadores de plataformas de intercambio de videos, el Reglamento (UE) 2019/1150, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea

Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información.

Directiva (UE) 2019/2161, Reglamento (UE) 2016/679, Recomendación de la Comisión, de 1 de marzo de 2018, sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos en línea

Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE.

Ley de Decencia en las Telecomunicaciones. Sección 230 *Protection for private blocking and screening of offensive material*.

La Ley 34/2000, de 11 de julio, de servicios de la Sociedad de la información y de comercio electrónico.

Loi N° 2020-766

Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG), (BGBl. I S. 3352)

Bibliografía

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE.

Resolución al Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, sobre la Ley de servicios digitales y las cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales.

V. JURISPRUDENCIA

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Handyside contra Reino Unido, asunto 5493/72, de 7 de diciembre de 1976.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Lingens contra Austria, asunto 9815/82, de 8 julio 1986.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Vereinigung demokratischer soldaten österreichs y Gubi contra Austria, asunto 15153/89, de 19 de diciembre de 1994.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, Sürek y Özdenur contra Turquía, asuntos 23927/94 y 24277/94, de 8 de julio de 1999

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (Sección Cuarta), Appleby y otros contra Reino Unido, asunto 44306/98, 24 de septiembre de 2003.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª), *Erbakan vs Turquía*, asunto 59405/00, de 6 de octubre de 2006

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª), K.U. c. Finlandia, , asunto 2872/02, de 02 de marzo de 2009.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Cuarta), K. U. contra Finlandia, asunto 2871/02, de 2 de marzo de 2009

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sala Cuarta) Times Newspapers Ltd. c. el Reino Unido (Nº 1 y Nº 2) asunto 3002/03 – 23676/03, de 10 de marzo 2009.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 10ª), Affaire Dink contra Turquía, asuntos 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 y 7124/09, de 14 de septiembre de 2010.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Quinta), Comité editorial de Pravoye Delo y Shtekel contra Ucrania, asunto 33014/05, de 5 de mayo de 2011.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 3ª), asunto número C-70/10, de 24 de noviembre de 2011

Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos (Gran Sala), *Movimiento Raeliano Suizo contra Suiza*, asunto 16354/06, de 13 de julio de 2012

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Segunda), Ahmet Yuldirim contra Turquía, asunto 3111/10, de 18 de marzo de 2013

Conclusiones del Abogado General Sr. Nilo Jääskinen presentadas el 25 de junio de 2013. Asunto C-131/12 Google Spain, S.L., Google Inc. contra la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González

Bibliografía

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Cuarta), *Węgrzynowski y Smolczewski contra Polonia*, de 16 de julio de 2013

Research Division – Internet: case-law of the European Court of Human Rights, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de Junio de 2015

Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 16 de junio de 2015, caso *Delfi AS contra Estonia*, voto particular jueces *Sajó y Tsotsoria*.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Segunda), *Kalda contra Estonia*, asunto 17429/10, de 19 de enero de 2016.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Segunda), *Cengiz y otros contra Turquía*, asuntos 48226/10 y 14027/11, de 1 de marzo de 2016.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª), *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete e Index contra Hungría*, asunto 22947/13, de 2 de mayo de 2016

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (Gran Sala) *Delfi AS contra Estonia*, asunto C-64569/09, de 16 de junio de 2016.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Cuarta), *Jankovskis contra Lituania*, asunto 21575/08, de 17 de enero de 2017.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª), *Rolf Anders Daniel Pihl contra Suecia*, asunto 74742/14, de 7 de febrero de 2017

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª), *Smajić contra Bosnia and Herzegovina*, asunto 48657/16, de 8 de febrero de 2018

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª), *Magyar Jeti ZRT vs Hungría*, asunto 11257/16, de 4 de marzo de 2019

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (Sección Tercera) *Bulgakov contra Rusia*, asunto C-20159/15, de 23 de junio de 2020

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (Sección Tercera) *Of OOO Flavus y otros contra Rusia*, asunto C-12468/15, de 23 de junio de 2020

Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights, Freedom of expression, updated 30 Abril 2021, párrafo 608, disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_10_ENG.pdf consultado el día 23 de mayo de 2021.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-101/01, caso *Lindqvist*, de 6 de noviembre de 2003.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, *Google France SARL, Google Inc. contra Louis Vuitton Malletier, S.A. Google France SARL contra Viaticum, S.A. Luteciel SARL y Google France SARL contra CNRRH*, asuntos acumulados C-236/08 y C-238/08, de 23 de marzo de 2010.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, *L'Oréal, S.A., Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & CIE, L'Oréal (UK) Ltd vs eBay International AG, eBay Europe SARL, eBay (UK) Ltd, Stephen Potts, Tracy Ratchford, Marie Ormsby, James Clarke, Joanna Clarke, Glen Fox, Rukhsana Bi*, asunto C-324/09 de 12 de julio de 2011.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, *Scarlet Extended, S.A. contra Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, asunto C-70/10 de 24 de noviembre de 2011.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) vs Netlog*, asunto C-360/10 de 16 de febrero de 2012.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 3ª), asunto número C-314/11, de 27 de marzo de 2014.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, *E.G.P. vs Facebook Ireland Limited*, asunto C-18/18, de 3 de octubre de 2019.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, *Frank Peterson contra Google LLC, YouTube Inc., YouTube LLC, Google Germany GmbH*, asuntos acumulados C-682/18 y C-683/18, de 22 de junio de 2021

Tribunal Constitucional

Sentencia del Tribunal Constitucional, número 6/1981, de 16 de marzo de 1981.

Sentencia del Tribunal Constitucional, número 25/1981, de 14 de Julio de 1981.

Sentencia del Tribunal Constitucional, número 12/1982, de 31 de marzo

Sentencias del Tribunal Constitucional número 62/1982, de 15 de octubre

Sentencia del Tribunal Constitucional número 52/1983, de 17 de junio

Sentencia del Tribunal Constitucional, número 13/1985, de 31 de enero

Sentencia del Tribunal Constitucional número 104/1986, de 17 de julio

Sentencia Tribunal Constitucional número 159/1986, de 16 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional número 6/1988, de 21 de enero

Sentencia del Tribunal Constitucional número 107/1988, de 8 de junio

Bibliografía

- Sentencia del Tribunal Constitucional, número 232/1993, de 12 de julio.
- Sentencia Tribunal Constitucional número 336/1993, de 15 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, número 41/1994, de 15 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional número 176/1995, de 11 de diciembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, número 52/1996, de 26 de marzo.
- Sentencia Tribunal Constitucional número 3/1997, de 13 de enero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, número 134/1999, de 15 de julio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, número 187/1999, de 25 de octubre
- Sentencia del Tribunal Constitucional, número 76/2002, de 8 de abril.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, número 54/2004, de 15 de abril.
- Sentencia del Tribunal Constitucional número 86/2017, de 4 de julio.

Tribunal Supremo de Justicia

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), número 7684/2009, de 9 de diciembre
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), número 773/2009, de 9 de diciembre
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), número 72/2011, de 10 de febrero.
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), número 742/2012, de 4 de diciembre.
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), número 805/2013, de 7 de enero
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), número 128/2013, de 26 de febrero
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), en la sentencia número 144/2013, de 4 de marzo.
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), número 668/2018, de 23 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Nº 235/2020, de 2 de junio.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), número 226/2021, de 27 de abril.

Audiencia Provincial y Juzgados

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10), sentencia número 511/2008 de 16 de julio.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1ª), sentencia número 5388/2009 de 9 de julio.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13) número 420/2009, de 22 de septiembre.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21) número 181/2010 de 13 de abril.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3ª) sentencia número 126/2011 de 17 de junio.

Sentencia Juzgado Primer Instancia N° 18 de Valencia, número 244/2010, de 27 de octubre.

Sentencia la número 289/2010 del Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid, de 20 de septiembre.

Tribunales de Estados Unidos

Sentencia del U.S. District Court for the Southern District of New York, asunto *Cubby Inc. v. Compuserve Inc.*, octubre 9 de 1991.

Sentencia del U.S. New York Supreme Court, asunto *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.*, 1995.

Sentencia de la *District Court, E.D. Pennsylvania* en la *Civil Act N° 96-963, 96-1458*, en el caso *ACLU v. Janet Reno v. United States Department of Justice*, de 11 de junio de 1996.

Tribunal de Apelación de Estados Unidos, Noveno del Circuito, caso Prager University contra Google LLC, FKA Google Inc., YouTube, LLC, de 26 de febrero de 2020, Opinión del Juez McKeown

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 3ª), asunto número C-360/10, de 16 de febrero de 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo *New York Times Co v Sullivan*, 9 de marzo de 1964.

Bibliografía

Corte Constitucional de Colombia

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T040/13, de 28 de enero de 2013.

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T277/15, de 5 de diciembre de 2015.

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-229/20, de 7 de julio de 2020.

Consejo Consticucional francés

Conseil constitutionnel français Décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020.

VI INFORMES Y DECLARACIONES y RECOMENDACIONES

Documento para consulta pública, Carta de derecho digitales, disponible en https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/participacion_publica/audiencia/ficheros/SEDIACartaDerechosDigitales.pdf consultado el 28 de julio de 2021.

CDIH. Informe Anual 1999. Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo II (D. Libertad de Expresión e Internet), disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%201999.pdf> consultado el día 23 noviembre 2020.

Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de la ONU, A/66/290, de fecha 10 de agosto de 2011, apartados 78 y 79 disponible en <https://undocs.org/es/A/66/290> consultado 23 de marzo 2021.

Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de la ONU, A/HRC/47/25, “La desinformación y la libertad de opinión y de expresión” de fecha 13 de abril de 2021, disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/47/25> consultado el día 15 de junio de 2021

Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet, adoptada el 1 de junio de 2011 por el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la libertad de Opinión y Expresión, el Representante para la Libertad de Medios de Comunicación de la OSCE, la Relatora Especial de la OEA para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de expresión y Acceso a la Información de la CADHP disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&IID=2> consultado 23 de marzo 2021.

Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, de 16 de julio de 2012, Resolución A/HRC/RES/20/8, de la promoción, protección y disfrute de los Derechos Humanos en Internet, disponible en <https://undocs.org/A/HRC/RES/20/8> consultado el día 23 de marzo de 2021.

Resolución A/HRC/32/L.20 del 27 de junio de 2016 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU disponible en <https://undocs.org/A/HRC/32/L.20> consultado el día 23 de marzo de 2021.

Declaración del Comité de Ministros sobre la protección de la libertad de expresión y la libertad de reunión y asociación en relación con las plataformas de Internet y los proveedores de servicios en línea de titularidad privada (Adoptada por el Comité de Ministros el 7 de diciembre de 2011 en la 1129ª reunión de los Delegados de los Ministros).

Council of Europe (28 May 2003), Council of Ministers’ Declaration on freedom of communication on the Internet.

Recommendation CM/Rec(2007) 16 of Committee of Ministers to Member States on measures to promote the public service value of Internet, adopted by the Committee of Ministers on 7 November 2007 of the 1010th meeting of Ministers’ Deputies.

Bibliografía

Recommendation CM/Rec (2011) 7 of the Committee of Ministers to member states on a new notion of media, adoptada por el Comité de Ministros el 21 de septiembre de 2011 en la 1121 reunión de Ministros.

Declaración Conjunta sobre Internet y sobre Medidas Anti-Terroristas de fecha 21 de diciembre de 2005.

Recomendación CM/Rec(2016)5 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre Libertad en Internet. Apéndice a la Recomendación, 2.1.5

Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, Asamblea General Naciones Unidas, 16 de mayo de 2011

Contenidos ilícitos y nocivos en Internet, de 16 de octubre de 1996, pág. 17, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1996:0487:FIN:ES:PDF> consultado el día 25 de marzo de 2021.

Recomendación 97/3, “El anonimato de Internet” adoptada por el Grupo de Trabajo del artículo 29 de la Directiva, el 3 de diciembre de 1.997

Consejo de Europa. 2003. Declaración sobre la libertad de comunicación en Internet. Adoptada por el Comité de Ministros el 28 de mayo de 2003 en la 84ª reunión de los Delegados de los Ministros

Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, Budapest, 23 de noviembre de 2001

Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la Libertad de opinión y expresión, Frank La Rue (A/HRC/17/27) de Mayo 16 de 2011

Recomendación CM/Rec(2014)6 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre una Guía de derechos humanos para los usuarios de Internet, adoptada por el Comité de Ministros el 16 de abril de 2014 en la 1197ª reunión de los Delegados de los Ministros.

Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la Libertad de opinión y expresión, Frank La Rue (A/HRC/23/40). 17 de abril de 2013. Consejo de Derechos Humanos.

Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la Libertad de opinión y expresión, David Kaye, D., A/HRC/29/32, de 22 de mayo de 2015

Unión Europea. Directrices de derechos humanos de la UE sobre la libertad de expresión en línea y fuera de línea, 12 de mayo de 2014

Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión

Restricciones indirectas de la Libertad de Expresión, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión,

Libertad de expresión e Internet, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA

Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Vol. II del año 2016, Capítulo III “*Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente*”

Recommendation N° R (97) 20 of the Committee of Ministers to Member States on “*Hate Speech*” Council of Europe Committee of Ministers

Recomendación General N°15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y memorándum explicativo, adoptada el 8 de diciembre de 2015 por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) Consejo de Europa

Factsheet – Hate Speech, European Court of Human Rights, Septiembre 2020

Comparative Study on blocking, filtering and take-down of illegal Internet content, Consejo de Europa, enero 2017

Consejo de Europa. (2008). Recomendación CM/Rec(2008)6 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Recommendation CM/Rec(2008)6, of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet Filters, 26 marzo 2008, Appendix to Recommendation, Guidelines, “*I. Using and controlling Internet filters in order to fully exercise and enjoy the right to freedom of expression and information*”

Recommendation CM/Rec(2012)3 of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to search engines, 4 de abril de 2012

Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications”. Council of Europe Study, Marzo 2018

Responsability and AI, “*A study of the implications of advanced digital technologies (including AI systems) for the concept of responsibility within a human rights framework*”, Consejo de Europa, Septiembre de 2019

Código de Conducta sobre la Desinformación, ratificado por las grandes compañías tecnológicas

Código de conducta sobre la lucha contra la incitación ilegal al odio en línea

Directrices 8/2020 sobre la focalización de los usuarios de medios sociales, adoptada en 13 de abril 2021, disponible en https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-82020-targeting-social-media-users_es consultado el 7 de enero de 2022.

Recommendation CM/Rec (2011)7 of the Committee of Ministers to member states on a new notion of media, adopted by the Committee of Ministers on 21 September 2011 at the 1121st meeting of the Ministers’ Deputies.

Bibliografía

Dictamen 1/2008 sobre cuestiones de protección de datos relacionadas con motores de búsqueda, emitido el 4 de abril de 2008, en http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2008/wp148_es.pdf

European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Principles for a fundamental rights-complaint use of digital technologies in electoral processes, Opinión número 974/2019, Strasbourg, Diciembre, 2020..

Primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2000/31/CE en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52003DC0702:Es:HTML>.

Principios rectores sobre las empresas y Derechos Humanos, disponible en https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf, consultado 23 de diciembre de 2021.

Moderating online content: fighting harm or silencing dissent?, disponible en <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/Online-content-regulation.aspx>, consultado el día 23 de diciembre de 2021.

<http://www.ciudadano2cero.com/facebook-que-es-como-funciona/> consultado el día 23 de diciembre de 2021.

<https://www.bbc.com/news/world-europe-37721193> consultado el día 23 de diciembre de 2021

<https://www.thestar.com/business/2016/09/09/norwegians-blast-facebook-after-it-censors-napalm-girl-photo.html> consultado el día 23 de diciembre de 2021

<https://www.facebook.com/josofsky/posts/10157347245570231?pnref=story> consultado el día 23 de diciembre de 2021.

Facebook Q1 2021 Quarterly Update on the Oversight Board, p. 13, disponible en: <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2021/07/Facebook-Q1-2021-Quarterly-Update-on-the-Oversight-Board.pdf> consultado el día 23 de diciembre de 2021.

https://www.facebook.com/communitystandards/objectionable_content consultado el día 23 de diciembre de 2021.

Asunto 2020-004-IG-UA-4, Facebook Q1 2021 Quarterly Update on the Oversight Board, p. 13, disponible en <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2021/07/Facebook-Q1-2021-Quarterly-Update-on-the-Oversight-Board.pdf> consultado el día 15 de diciembre de 2021.

Asunto 2020-004-IG-UA-5, p. 15, disponible en: <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2021/07/Facebook-Q1-2021-Quarterly-Update-on-the-Oversight-Board.pdf> consultado el día 23 de diciembre de 2021.

Asunto 2020-004-IG-UA-6, disponible en <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2021/07/Facebook-Q1-2021-Quarterly-Update-on-the-Oversight-Board.pdf> consultado el día 15 de junio de 2021.

Asunto Nazi Quote (2020-005-FB-UA), disponible en <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2021/07/Facebook-Q1-2021-Quarterly-Update-on-the-Oversight-Board.pdf> consultado el día 15 de junio de 2021.

Asunto 4: Hydroxychloroquine, Azithromycin, and COVID-19 (2020-006-FB-FBR), disponible en: <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2021/07/Facebook-Q1-2021-Quarterly-Update-on-the-Oversight-Board.pdf> consultado el día 15 de junio de 2021.

Aviso nivel de *Tweet*, disponible en <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/enforcement-options> consultado el día 23 de diciembre de 2021.

<https://about.twitter.com/en/our-priorities/healthy-conversations/trust-and-safety-council> consultado el día 23 de diciembre de 2021.

<https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/public-interest> consultado el día 23 de diciembre de 2021

<https://www.lavanguardia.com/internacional/20200529/481442502599/twitter-mensaje-trump-minneapolis-glorificar-violencia.html> consultado el día 23 de diciembre de 2021

Principios de Manila sobre responsabilidad de los intermediarios, versión 1.0, 24 de marzo de 2015, disponible en https://www.eff.org/files/2015/06/23/manila_principles_1.0_es.pdf, consultado el día 24 de mayo de 2021.

VII.BLOGS WEBS NOTICIAS

PERRY BARLOW, J., *Declaración de Independencia del Ciberespacio*, 1996, disponible en <https://www.eff.org/es/cyberspace-independence> consultado el día 23 de marzo de 2021.

LESSIG, L., *Leyes del Ciberespacio*, 1998, disponible en https://cyber.harvard.edu/works/lessig/laws_cyberspace.pdf consultado el día 23 de marzo de 2021.

O'REILLY T., "What Is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software", disponible en <https://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html> consultado el día 23 de marzo de 2021.

O'REILLY, T., "web 2.0": *Compact Definition?*, disponible en <http://radar.oreilly.com/2005/10/web-20-compact-definition.html> consultado el día 23 de marzo de 2021

<http://www.bbc.com/news/technology-13257940> consultado el día 23 de diciembre de 2021

<http://edition.cnn.com/2011/TECH/social.media/05/02/osama.twitter.reports/> consultado el día 23 de diciembre de 2021

disponible en <http://techcrunch.com/2011/05/01/news-of-osama-bin-ladens-death-spreads-like-wildfire-on-twitter/> consultado el día 23 de diciembre de 2021

disponible en <http://primerasnoticias.com/2014/08/joven-de-gaza-improvisada-reportera-de-guerra-en-twitter/> consultado el día 23 de diciembre de 2021

REAGAN, G., "The Evolution of Facebook's Mission Statement", *New York Observer*, 2009, en <http://observer.com/2009/07/the-evolution-of-facebooks-mission-statement/> consultado el día 23 de diciembre de 2021.

<https://wikileaks.org/google-warrant/Letter-to-Google.pdf>, consultado el día 23 de diciembre de 2021. <http://www.elmundo.es/tecnologia/2015/01/27/54c7462de2704e3c7c8b456e.html>, consultado el día 23 de diciembre de 2021. <https://actualidad.rt.com/actualidad/164521-wikileaks-eeuu-construir-acusacion-assange> consultado el día 23 de diciembre de 2021.

Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, *The Economic and Social Role of Internet Intermediaries* (abril de 2010), disponible en <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/44949023.pdf>, consultado el día 23 de diciembre de 2021

Digital Economy Report 2019 "Value creation and capture: Implications for developing countries", *United Nations Conference on Trade and Development*, en [Digital Economy Report \(unctad.org\)](http://www.unctad.org/digital-economy-report) consultado el día 23 de diciembre de 2021

https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf consultado el día 6 de junio de 2021

The Global State of Democracy 2021. Building Resilience in a Pandemic Era, disponible en https://www.idea.int/gsod/sites/default/files/2021-11/the-global-state-of-democracy-2021_0.pdf consultado el día 3 de enero 2022.

Perspectivas de Internet Society (ISOC) sobre el bloque de contenido en Internet: Visión general, (disponible en <https://www.internetsociety.org/es/resources/doc/2017/internet-content-blocking/> consultado el día 23 de diciembre de 2021)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea (Sala 4ª), asunto número C-314/12, de 27 de marzo de 2014

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 3ª), asunto número C-70/10, de 24 de noviembre de 2011

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (Sección Tercera) Engels contra Rusia, asunto C-61919/16, de 23 de junio de 2020

American Civil Liberties Union, *Censorship in a box: why blocking software is wrong for public libraries*, (disponible en <https://www.aclu.org/report/censorship-box-why-blocking-software-wrong-public-libraries> consultado el día 23 de diciembre de 2021)

MENN J., Y VOLZ, D., “Exclusive: Google, Facebook quietly move toward automatic blocking of extremist videos”, Reuters, 25 de junio de 2016 (disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-internet-extremism-video-exclusive-idUSKCN0ZB00M> consultado el día 23 de diciembre de 2021)

<https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-preventing-online-censorship/> consultado el 15 de agosto de 2021.

<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/05/14/executive-order-on-the-revocation-of-certain-presidential-actions-and-technical-amendment/> consultado el 15 de agosto de 2021.

<https://elpais.com/tecnologia/2021-01-28/el-consejo-asesor-tumba-cuatro-decisiones-de-facebook-en-sus-cinco-primeras-sentencias.html>, consultado el 15 de mayo de 2021.

<http://www.rtve.es/alacarta/videos/premios-goya/anonymous-aplauden-alex-iglesia-corean-su-nombre-entrar-teatro-real/1016267/>, consultado el día 15 de marzo de 2021.

<http://www.20minutos.es/noticia/953476/0/ley/sinde/senado/>, consultado el día 15 de marzo de 2021.

http://cadenaser.com/ser/2011/01/25/ciencia/1295925865_850215.html, consultado el día 15 de marzo de 2021.

<http://www.internautas.org/html/6962.html>, , consultado el día 15 de marzo de 2021.

<https://www.youtube.com/intl/es/howyoutubeworks/policies/community-guidelines/> consultado el día 15 de diciembre de 2021.

<https://help.twitter.com/es/rules-and-policies#safety-and-cybercrime> consultado el día 15 de diciembre de 2021.

Bibliografía

<https://about.fb.com/news/2019/09/elections-and-political-speech/> consultado el día 15 de junio 2021.

Normas comunitarias, disponible en <https://www.facebook.com/communitystandards/> consultado el día 15 de junio de 2021.

Servicio de ayuda, disponible en: <https://www.facebook.com/help/2090856331203011> consultado el día 15 de junio de 2021.

<https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/twitter-rules> consultado el día 15 de junio de 2021.

“¿Qué puedes hacer y qué puedes compartir en Facebook?”, disponible en <https://www.facebook.com/legal/terms> consultado el día 15 de junio de 2021.

Aviso a nivel de Tweet, disponible en <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/enforcement-options> consultado el día 15 de junio de 2021.

<https://www.facebook.com/communitystandards/safety> consultado el día 15 de junio de 2021.

<https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/abusive-behavior> consultado el día 15 de junio de 2021.

<https://www.facebook.com/communitystandards/bullying> consultado el día 15 de junio de 2021.

<https://twitter.com/theblockbot?lang=es> consultado el día 15 de junio de 2021 y <https://www.theblockbot.com/> consultado el día 15 de junio de 2021