

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LAS REDES: TITULARES, LÍMITES Y SU EJERCICIO EN EL MUNDO ONLINE*

Working Paper IE Law School

AJ8-260

21-12-2020

Cátedra José María Cervelló

Francisco Valiente Martínez

Profesor de Derecho Constitucional y de Técnicas de Argumentación y Debate
Universidad Pontificia Comillas - ICADE.

fvaliente@icade.comillas.edu

Resumen: El extraordinario crecimiento de Internet, junto con el uso generalizado de los dispositivos móviles, ha revolucionado el mundo de la comunicación. Los proveedores de estos servicios fueron protegidos desde un primer momento por la doctrina de los puertos seguros, que les excluía de toda responsabilidad sobre el contenido que los usuarios pudieran subir a la Red. Tras la aparición de las redes sociales, la cantidad de mensajes emitidos ha aumentado de forma exponencial y su difusión ha alcanzado niveles sin precedentes. En los últimos años, las empresas propietarias de las redes sociales están adoptando medidas para controlar los mensajes potencialmente ofensivos, lo que limita de facto la libertad de sus usuarios. Es necesario, por tanto, analizar la titularidad, límites y alcance de nuestra libertad de expresión con el fin de comprender esta nueva dimensión y garantizar en ella su justo ejercicio.

Conceptos clave: Internet, redes sociales, libertad de expresión, puerto seguro, autorregulación

Abstract: *The extraordinary growth of the Internet, along with the widespread use of mobile devices, has revolutionized the world of communication. From the very outset, Internet service providers were protected by the doctrine of safe harbours, which excluded them from any responsibility for the content that users could upload. After the emergence of social networks, the number of issued messages has increased exponentially and their dissemination reached unprecedented levels. In recent years, the companies that run social networks have been adopting measures to control potentially offensive messages, which limits the freedom of speech of the users. Therefore, it is necessary to analyze the ownership, limits and scope of our freedom of speech, in order to understand its new dimension and guarantee its fair exercise.*

Key words: *Internet, social networks, freedom of speech, safe harbour, self-regulation*

*Este trabajo fue el Accésit del XIV Premio Cervelló de Derecho de los Negocios (2020).

Copyright © 2020 by Francisco Valiente Martínez, profesor de Derecho Constitucional y de Argumentación y Debate ICADE.

Este working paper se distribuye con fines divulgativos y de discusión.

Prohibida su reproducción sin permiso del autor, a quien debe contactar en caso de solicitar copias.

Editado por el IE Law School, Madrid, España

Copyright ©2020 by Francisco Valiente Martínez.

This working paper is distributed for purposes of comment and discussion only.

It may not be reproduced without permission of the copyright holder.

Edited by IE Law School

1. Introducción

De entre las revoluciones tecnológicas que han marcado un antes y un después en el devenir del mundo en las últimas décadas, puede que la provocada por Internet y las nuevas tecnologías de la comunicación haya sido la más determinante en nuestro día a día. El remoto proyecto ARPANet¹, desarrollado en los años sesenta del siglo pasado como un sistema militar que tenía como objetivo enlazar dos ordenadores independientes a través de la red telefónica, ha crecido a una velocidad sin precedentes y alterado tan drásticamente nuestro comportamiento que casi cuesta recordar cómo vivíamos antes de su aparición.

El uso generalizado y gratuito de las páginas web² abrió la puerta a una cantidad ilimitada de información, inmediata, accesible y sin más costes que los necesarios para adquirir la imprescindible conexión a la Red. Pero ése fue sólo el primer paso. Poco después verían la luz las primeras plataformas colectivas donde se podía compartir audio, vídeo y texto e interactuar en tiempo real con usuarios repartidos por todo el mundo. El siguiente paso serían las grandes redes sociales, creadoras de todo un universo paralelo, digital, donde millones de personas vuelcan cada día información que antes era privada y reducida, buscando y provocando la reacción de otros usuarios.

De la mano de estas magníficas formas de comunicación creció una amplia gama de dispositivos que fueron multiplicando sus posibilidades de uso. Los ordenadores personales y los teléfonos móviles, que habían comenzado siendo productos exclusivos cuyo ámbito era generalmente profesional, se han convertido hoy en bienes asequibles para el público mayoritario, que los emplea desde edades muy tempranas y en prácticamente cualquier ámbito³. No sólo eso: en la actualidad, el propósito original de los teléfonos –es decir, las llamadas- queda prácticamente difuminado entre el mar de posibilidades que un móvil moderno nos ofrece.

Las ciencias sociales, la ingeniería o las ciencias de la educación han tratado esta ola de cambios desde diversas perspectivas, si bien, a los efectos de este estudio, su aspecto más interesante es el propio concepto de red social, que con tanta frecuencia se confunde

¹ El Proyecto ARPANet (Advanced Research Projects Agency Network) se centraba en el diseño de un sistema de comunicaciones estable entre dos o más dispositivos informáticos, de manera que sus usuarios podrían trabajar de forma colaborativa aunque se encontrasen a gran distancia. El primer enlace funcional se consiguió el 21 de noviembre de 1969 entre la Universidad de Los Ángeles y Stanford.

² La red informática mundial (world wide web), conocida por sus iniciales inglesas (www), es el sistema de distribución de contenidos por excelencia en el mundo online. Fue diseñado por el británico Tim Berners-Lee, investigador del CERN en Suiza, que pretendía crear un mecanismo sencillo para publicar contenidos en la Red y hacerlos accesibles desde cualquier lugar del mundo. El 6 de agosto de 1991, Berners-Lee publicó la primera página web (w3.org), donde explicaba cómo crear contenidos a través de un protocolo de hipertextos (el denominado hypertext transfer protocol, mundialmente conocido como http). Con este lenguaje, cada terminal sería capaz de reconocer e intercambiar todo tipo de contenidos. En 1993, con la aparición del navegador Mosaic, internautas de todo el globo comenzaron a acceder a este modelo de trabajo y a utilizarlo sistemáticamente, creando un sistema de códigos identificativos únicos para cada portal de Internet (el sistema uniform resource locator, es decir, la url). Berners-Lee renunció a la patente de sus diseños, garantizando así la gratuidad del sistema.

³ La denominada “Ley de Moore” es un estudio empírico elaborado por el cofundador de Intel, Gordon E. Moore, que ha resultado ser asombrosamente certero a la hora de predecir el incremento del potencial de los dispositivos informáticos. Aunque sus primeros análisis datan de 1965, fue diez años después, en 1975, cuando Moore estableció que la capacidad de los chips crecería de forma exponencial cada 24 meses al tiempo que su precio se reduciría a la mitad. Posteriormente, Moore completó este modelo al añadir que su punto de saturación se alcanzaría en la década de 2020.

erróneamente con la misma idea de Internet. Una red social es un portal de Internet que nos permite construir un perfil accesible a terceros dentro de una plataforma digital que ofrece distintos tipos de servicios para interconectar a las personas en función de sus intereses y pensamientos, pero también a través de la narración de su propia existencia. Ello ha hecho que junto a nuestra “vida real” se hayan abierto segmentos de realidad desconocidos hasta el momento, es decir, una vida virtual o digital, de manera que inevitablemente se entremezclan el mundo existente dentro y fuera de la Red (CONSTANTE, 2013, pp. 27 y 28).

Los datos hablan por sí solos. Al comenzar el año 2020, Facebook contaba con 2.449 millones de usuarios activos, YouTube con 2.000 millones, Whatsapp con 1.600 millones, Instagram con 1.000 millones, TikTok con 800 millones, LinkedIn con 663 millones y Twitter con 340 millones, por citar sólo algunas de las redes sociales más conocidas (KEMP, 2020). Si bien sabemos que, con frecuencia, un mismo usuario tiene perfiles en diversas redes, el volumen de actividad no deja de ser impresionante.

Es debido a este uso masivo y constante que el Tribunal Supremo de Estados Unidos ha definido las redes sociales como “la nueva plaza pública”, en la cual los ciudadanos se informan sobre la actualidad, buscan empleo, se expresan y escuchan expresarse a otros y exploran los vastos reinos del pensamiento y el conocimiento humanos, hasta el punto en que “un ciudadano con conexión a Internet puede convertirse en alguien cuya voz resuena más fuerte que la de cualquier orador desde una tribuna”⁴.

El desafío jurídico que este mundo virtual supone es mayúsculo. El impacto más evidente es que las normas nacionales son claramente insuficientes para regular una acción que no entiende de fronteras. Pero no es éste el único problema. Debemos afrontar por un lado los peligros del denominado “big data”; por otro, los ataques a la propiedad industrial e intelectual, que han alcanzado cotas inimaginables. También hay que garantizar los derechos de los consumidores tras el radical cambio que ha experimentado todo el sistema comercial de compraventa de bienes y servicios. Y defender nuestros derechos fundamentales, puestos en cuestión junto con la misma legitimidad del estado democrático (DE LA QUADRA-SALCEDO, 2018, pp. 25 y 26).

Ante estos retos, la libertad de expresión debiera tener un especial tratamiento, toda vez que es uno de los derechos más afectados. Para su correcto análisis debemos comenzar por una recapitulación de la legislación que actualmente se aplica en la prestación de los servicios digitales y, posteriormente, analizar cuáles son los actores fundamentales al ejercer dichas libertades, así como las amenazas y las restricciones –unas legítimas, otras ilegítimas y otras más que cuestionables- que se están produciendo.

2. Las normas que regulan Internet y sus límites

2.1. Los proveedores de servicios de Internet y los puertos seguros

La gran novedad de Internet respecto a cualquier otro medio de comunicación es que los usuarios no son meros receptores de información –como ocurre por ejemplo con la radio, la prensa escrita o la televisión-, sino también creadores y divulgadores de contenidos. De hecho, las redes sociales son el gran canalizador de este caudal informativo y, si bien muchas veces permiten una interacción entre el creador de un mensaje y quienes lo visualizan, en no pocas

⁴ Packingham v. North Carolina, 582 U.S. ___ 2017.

ocasiones el mensaje escapa al control de su autor. Este proceso ocurre millones de veces al día a lo largo y ancho del mundo. Y, de entre las múltiples figuras que forman parte del sistema, debemos entender bien qué son los intermediarios y el concepto de “puerto seguro”.

La Red, entendida como un medio de comunicación universal, no opera al amparo de una regulación específica ni tiene un único responsable. En realidad, cada vez que nos conectamos interactuamos con un sistema de proveedores que, cual cadena de varios eslabones, configuran Internet tal y como lo conocemos. En este sentido, hay cinco tipos esenciales de proveedores, conocidos como Internet Service Providers (en adelante, ISP):

- i. De acceso, que suministran el hardware necesario (routers, cables, wi-fi...).
- ii. De tránsito o *mere conduit*, que permiten la interacción entre nuestro terminal y quien aloje la información solicitada. Por lo general, los proveedores de acceso y tránsito suelen ser los mismos (en el caso español, son las grandes operadoras como Telefónica, Vodafone, Orange o Euskaltel).
- iii. De alojamiento, que cuentan con servidores donde se alojan los contenidos que, normalmente mediante páginas web, están disponibles para los usuarios de Internet (a ello se dedican empresas como Hostgator, GoDaddy, Sered...)
- iv. De servicios en línea, que permiten la realización de actividades como el acceso al correo electrónico, redes sociales, blogs... (aquí entrarían Facebook, Twitter, Instagram, YouTube, TikTok, Tinder y un largo etcétera).
- v. De búsqueda y enlaces, que ofrecen al usuario un listado de portales donde encontrar la información que hayan solicitado (siendo Google el más común, pero no el único, pues existen también Yahoo, Bing, Yandex...).

Un proceso típico sería el siguiente: Un ciudadano, obviamente sujeto a la legislación vigente en su país, se conecta a Internet tras haber contratado con un proveedor de acceso y tránsito. Para acceder a una información que le interesa emplea un buscador, probablemente uno activo a nivel mundial, que le ofrecerá un listado de portales que, aunque el usuario no lo sepa, suelen estar alojados en diferentes países. Dichos portales, a su vez, contienen una información que puede haber sido elaborada por una persona que habite en cualquier otro lugar. Este sencillo ejemplo pone de manifiesto la dificultad de perseguir posibles infracciones legales por la enorme dificultad para aplicar el principio de *lex loci*. Además, la consecución de resultados se complica no sólo por la poca homogeneidad penal, sino también por la falta de mecanismos de colaboración policial y judicial internacionales que sean eficaces en estos ámbitos (LARA GÁLVEZ y VERA, 2013, pp. 3 a 6).

Debemos tener en cuenta que el legislador, al elaborar la normativa que había de regular Internet, afrontaba un formidable reto: fomentar el crecimiento y libre desarrollo de estas magníficas formas de comunicación sin que ello fuese en desmedro de la protección de nuestros derechos. Ante la práctica imposibilidad de lograr ambas metas, se apostó por dar una protección preferente a los proveedores de servicios. Así nació la llamada “doctrina de los puertos seguros” (*safe harbours*), según la cual, los distintos ISP no son responsables de las infracciones cometidas por los usuarios salvo que hayan originado ellos mismos la transmisión del contenido ilícito, lo hayan modificado o hayan seleccionado al destinatario (XALABARDER, 2006, pp. 2 a 7).

Sin embargo, como explicaremos a continuación, la regulación de Internet sigue siendo un tema conflictivo, con modificaciones de diversa índole muy sustanciales y cuya comprensión reclama un análisis diferenciado y profundo.

2.2. La regulación de Internet en Estados Unidos

Estados Unidos aprobó en 1996 la Ley de Telecomunicaciones, que definía a Internet como una red informática internacional de datos⁵; a los servicios informáticos interactivos como los sistemas o aplicaciones que permiten el acceso a la Red mediante un dispositivo⁶ y a los proveedores de contenidos digitales como toda persona o entidad que sea responsable, total o parcialmente, de la creación o el desarrollo de la información que se pueda encontrar online⁷.

Para garantizar el crecimiento de Internet y fomentar su uso, la Sección 230 de la *Communications Decency Act* (en adelante, CDA) especificó que ningún intermediario que aloje o redistribuya un contenido creado por un tercero sería sancionado si dicho contenido tiene algún aspecto ilícito. Sin embargo, se aprobó también un límite a esta máxima: no habría protección para quien difundiese contenidos obscenos o indecentes que pudieran afectar al público infantil.

De inmediato, los proveedores de Internet plantearon que un control así les exigía una poco menos que imposible supervisión de cada archivo. El Tribunal Supremo, en una histórica sentencia, resolvió que “no es exagerado concluir que el contenido en Internet es tan diverso como el pensamiento humano” y que su propia naturaleza como red global no permite establecer restricciones de acceso. Ello vulneraría la Primera Enmienda, pues, “con el fin de impedir que los menores accedan a un contenido dañino, la CDA suprime efectivamente una gran cantidad de contenidos al que los adultos tienen el derecho constitucional de acceder”. El Tribunal añadió que, dado que el acceso a cualquier contenido exige una serie de acciones positivas por parte del usuario (elegir un buscador, teclear unas palabras clave, registrarse en algún portal, hacer “click”...) y existen además otras aplicaciones de control parental que garantizan una protección mínima, responsabilizar a las ISP de la difusión de estos contenidos u obligarlas a identificarlos entre los miles de portales existentes era inconstitucional. La conclusión de la Corte fue, por tanto, que Internet debe ser un espacio de libre intercambio y pleno acceso⁸.

Así quedó consagrado el principio fundamental de la Red, también denominado “las veintiséis palabras que crearon Internet” (KOSSEFF, 2019, p. 8): “*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*”⁹.

Este sistema se complementaba con el principio “notice and take down” (notificación y baja), según el cual, cuando se notifica a un ISP que está difundiendo algún contenido ilícito,

⁵ The term “Internet” means the international computer network of both Federal and non-Federal interoperable packet switched data networks.

⁶ The term “interactive computer service” means any information service, system, or access software provider that provides or enables computer access by multiple users to a computer server, including specifically a service or system that provides access to the Internet and such systems operated or services offered by libraries or educational institutions.

⁷ The term “information content provider” means any person or entity that is responsible, in whole or in part, for the creation or development of information provided through the Internet or any other interactive computer service.

⁸ *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).

⁹ El núcleo del debate sobre la tramitación de las normas que regularían la incipiente industria de Internet tuvo especial relevancia en el Senado de Estados Unidos. Los senadores Chris Cox (republicano) y Ron Wyden (demócrata) trabajaron conjuntamente para presentar un texto legislativo que se fundamentase en tres pilares. El primero fue que la normativa debía aprobarse por ambos partidos para perdurar en el tiempo; el segundo, que debía promover la innovación y el crecimiento tecnológico; el tercero, que debían ser las empresas y los usuarios quienes determinasen las reglas de la Red y no el Gobierno.

debe retirarlo de inmediato o perderá la protección del puerto seguro. Dicha notificación es vinculante y se fundamenta en la buena fe del notificador, hasta el punto que éste no tiene por qué ser una instancia oficial, sino incluso un particular. Ello genera bastantes críticas a este sistema, máxime porque el emisor de la notificación no tiene que acreditar garantía alguna (ARCEO, 2018, pp. 20 y 21). Si el portal afectado desea seguir compartiendo el contenido, dispone de un plazo para responder a la notificación, pero le corresponde la carga de la prueba para demostrar que tenía derecho a realizar la difusión cuestionada.

En el año 2015, la Federal Communications Commission¹⁰ aprobó la *Open Internet Order*, una norma que declaraba a Internet bien de interés público. Para ello establecía que las ISP de acceso y tránsito debían ser consideradas proveedoras de información y, por lo tanto, las empresas prestadoras de estos servicios no podían realizar diferenciaciones en función del contenido o su formato. Con esta medida se aspiraba a mantener Internet tal y como se había creado, es decir, garantizando la igualdad de trato a todo lo que haya online, independientemente del emisor o del receptor. Una forma de actuar que fue denominada “neutralidad en la red”.

Pero buena parte de las empresas proveedoras de servicios no estuvieron de acuerdo con esta disposición y han planteado un modelo diferente, alegando que, si la Red depende de su actividad, debieran tener mecanismos para categorizar los contenidos y, si procede, tarificarlos de forma distinta. Recientemente han conseguido su propósito pues, en 2017, la FCC aprobó una nueva normativa que ponía en marcha algunos de estos criterios, lo que ha dejado el debate abierto y la regulación de Internet nuevamente en el aire (LOZADA y KRITZ, 2019, p. 3).

2.3. La regulación de Internet en Europa

El Consejo de Europa publicó el 28 de mayo de 2004 la “Declaración sobre la libertad de comunicación en Internet” que, si bien es un documento sin peso normativo propio, sirvió de pauta para legislaciones posteriores y orientó al Tribunal de Estrasburgo en su labor. Su primer principio dice así: “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”. A esta premisa cabe hacer un comentario: no habrá más restricciones, cierto, pero tampoco menos. Lo cual no es cuestión baladí, toda vez que, como ya se ha dicho, no existe homogeneidad normativa internacional.

Por su parte, la Unión Europea reguló Internet mediante la Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico. Sus artículos 13 y 14 establecen que los prestadores de servicios cuya acción sea de mero soporte y difusión de la información online no podrán ser considerados responsables de los contenidos existentes y, a su vez, el artículo 15 prohíbe que los Estados miembros impongan una obligación general de supervisión previa. Posteriormente vio la luz la Directiva 2002/22/CE, relativa al servicio universal y de los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicación electrónica. Ambas normas garantizaron una base común para el tráfico en la Red: el trato igualitario a todo contenido online, sin que hubiese discriminación, restricciones o interferencias. Premisa que fue considerada la plasmación europea de la neutralidad de la red (RODRÍGUEZ PRIETO, 2017, pp. 225 y 226).

¹⁰ La FCC es una agencia independiente del gobierno, fundada en 1934, cuyo objetivo es regular las comunicaciones por radio, televisión, cable, inalámbricas y vía satélite. Tiene jurisdicción sobre barreras de acceso, libre competencia, responsabilidad de los medios, seguridad pública y seguridad nacional en todo lo que sea relativo a estas materias.

Además, en 2010, la Unión Europea creó el Organismo Europeo de Reguladores de Comunicaciones Electrónicas (Body of European Regulators for Electronic Communications, BEREC), al que se dio autoridad para emitir dictámenes y recomendaciones, aunque no fueran vinculantes. En 2018 fue reformado y se le asignaron las siguientes competencias: promover la conectividad y las redes de muy alta capacidad, promover la competencia en el sector de las comunicaciones y servicios electrónicos y contribuir al desarrollo de este mercado tanto a nivel interno como transeuropeo. Emite para ello directrices que, sin embargo, siguen sin tener carácter vinculante.

Como se ve, todas estas iniciativas son de clara inspiración estadounidense, pero la normativa europea (y también la española) marcó cierta distancia, sobre todo por recoger expresamente que Internet no debía convertirse en un medio en el que alojar contenidos ilícitos y que, si bien los prestadores de servicios no eran responsables, sí existía un deber de colaboración para ayudar a las autoridades competentes cuando fuera necesario.

El debate sobre mantener o no la neutralidad de la Red también tuvo lugar a este lado del Atlántico y los resultados fueron similares a los habidos en Estados Unidos: en octubre de 2015, el Parlamento Europeo aprobó una propuesta que permitía a las empresas proveedoras de servicios de Internet alterar sus precios en función de lo que los usuarios consumían. Así nació el llamado “zero rating”, es decir, unos contratos de prestación de servicios que permiten el consumo gratuito de determinadas aplicaciones (como las redes sociales o el correo electrónico) a cambio de cobrar más por otros consumos (como la televisión digital o el depósito de contenidos en la nube). La idea era cambiar “neutralidad” por “imparcialidad”, entendiendo que las operadoras no interferirían en el contenido específico salvo para tarificarlo. Pero ello ha supuesto que, de facto, se distorsione el mercado de servicios digitales y que, en cierto modo, cada operadora pueda conocer lo que consume -o no consume, o deja de consumir...- cada uno de sus clientes en función de lo que pagan (DANS, 2019).

Sin embargo, la homogeneidad en la gestión de Internet entre Estados Unidos y Europa ha saltado por los aires en lo relativo a la protección de datos de carácter personal, y han sido los tribunales quienes han consolidado esta brecha. Tras el conocido caso Facebook Ireland v. Schrems¹¹, se puso de manifiesto que una norma de derecho comunitario, incluso si se trata de

¹¹ En el año 2000 se aprobó el Acuerdo de Puerto Seguro, que no debe confundirse con la doctrina de irresponsabilidad de los intermediarios antes comentada. Este acuerdo marco permitía el libre intercambio de datos entre la Unión Europea y Estados Unidos al entender que ambos firmantes les daban una protección equivalente. Maximilian Schrems, un joven estudiante de Derecho austriaco residente en Irlanda, denunció ante el Comisario Irlandés de Protección de Datos que esto no era así ya que, siendo usuario de Facebook Irlanda, sus datos eran tratados por la matriz de Facebook en Estados Unidos, donde se aplica un régimen de garantías menor. El caso acabó ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que sentenció que, efectivamente, la protección garantizada por el Acuerdo de Puerto Seguro no era suficiente (STJUE de 6 de octubre de 2015, Facebook Ireland v. Schrems, C-362/14).

Como consecuencia de la anulación de este primer acuerdo, el 6 de febrero de 2016 fue aprobado un segundo acuerdo marco entre la Unión Europea y Estados Unidos, estableciendo lo que se vino a llamar “Escudo de Privacidad”. Éste obligaba a las empresas estadounidenses a fijar nuevos mecanismos de protección para los datos de los ciudadanos europeos y creaba la figura de un Mediador, al cual los posibles afectados podían acudir para defender sus intereses. La Decisión 2016/1250 de la Comisión consideró que este nuevo modelo daba protección suficiente.

Pero Schrems no estuvo de acuerdo: a su criterio, seguían sin subsanarse las deficiencias en la protección de datos personales de los ciudadanos europeos, por lo que la batalla legal continuó. En julio de 2020, el TJUE acabó dándole nuevamente la razón y anuló la Decisión 2016/1250, sentenciando que la Unión Europea, a tenor de las leyes vigentes en Estados Unidos, no puede garantizar que allí se opere con “un nivel de protección

un acuerdo con otro país, puede ser invalidada si se acredita que bajo su amparo se cometen vulneraciones de derechos fundamentales. El resultado es que el TJUE reconoce a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea una relevancia incuestionable a la hora de analizar la regulación de la Red (PUERTO y SFERRAZZA-TAIBI, 2018, 223), de manera que parece coherente afirmar que los derechos fundamentales de los usuarios gozan de protección también frente a la actuación de los ISP. Cuestión que, como se verá, no es cosa menor.

En España, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, fue la herramienta empleada para transponer la norma comunitaria. Recogía lo ya expuesto sobre los proveedores de servicios de Internet y su responsabilidad, particularmente en materia de protección de datos. Más adelante, Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información, exigió que se facilitase a todos los clientes información clara y gratuita sobre las condiciones del servicio y, en particular, sobre la protección de sus derechos. Junto a estas exigencias normativas, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, resulta también aplicable, dado que es innegable que incluso las primeras redes sociales, que permitían muchas menos actividades que las actuales, ya eran empresas prestadoras de un servicio (ROIG, 2009, p. 45). Y, naturalmente, es perentorio citar la reciente Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, cuyo Título X reconoce el carácter iusfundamental de muchos de ellos.

La mayor parte de la regulación vigente y de los conflictos resueltos por los tribunales internacionales se centran en la gestión de datos de carácter personal y la protección de la intimidad. Sin embargo, la hemeroteca nos demuestra con frecuencia que los conflictos se producen cuando alguien, en el ejercicio de su libertad de expresión, difunde contenidos polémicos y quizás vulneradores de los derechos de otros, lo que abre la puerta a un análisis pormenorizado de esta cuestión.

3. La titularidad de la libertad de expresión en el mundo online

3.1. La titularidad de los derechos fundamentales en el mundo virtual

Titular de un derecho fundamental es toda aquella persona facultada para beneficiarse de los efectos del reconocimiento de tal derecho en una constitución, es decir, quien tiene la facultad de decidir qué hacer sobre un determinado asunto, pues pertenece a su ámbito de libertad. En lo relativo a la libertad de expresión no caben muchas dudas: todos somos titulares de este derecho.

Esta premisa nos lleva a un aspecto nuclear a la hora de delimitar el alcance de la libertad de expresión en las redes sociales. Es evidente que los usuarios ejercen sistemáticamente este derecho y que ello genera constantes disputas entre cibernautas. Pero el conflicto adquiere dimensiones más complejas cuando la posible colisión se produce contra las políticas de uso de las propias redes. Tras cada una de ellas hay al menos una persona jurídica propietaria del portal, personas jurídicas titulares de determinados derechos fundamentales, por lo que el conflicto entre la red social y sus usuarios adquiere alcance constitucional.

sustancialmente equivalente al garantizado por la Carta” (STJUE de 16 de julio de 2020, Facebook Ireland v. Schrems, C-311/18).

Es cierto que, originariamente, los derechos fundamentales se diseñaron pensando en los seres humanos, pero hay poderosos motivos para reconocérselos también a las personas jurídicas. El primero de ellos sería que algunos de los valores inherentes a la dignidad humana son perfectamente aplicables también a las personas jurídicas. Otro argumento es el carácter institucional de los derechos fundamentales, que se traduce en que éstos no son meros mecanismos para defender intereses particulares, sino que cuentan con una dimensión axiológica. El carácter instrumental de las personas jurídicas también refuerza esta idea, toda vez que las empresas, fundaciones o asociaciones –y no digamos ya los sindicatos o los partidos políticos– son, con frecuencia, el mecanismo empleado por los individuos para desarrollar actividades vinculadas al ejercicio de sus derechos fundamentales (DÍEZ-PICAZO, 2013, pp. 129 y 130).

En este sentido, el Convenio Europeo de Derechos Humanos recoge en su artículo 34 que el Tribunal podrá conocer una demanda presentada por cualquier persona física, organización gubernamental o grupo de particulares, lo que de facto significa que les reconoce como titulares. No en vano, la jurisprudencia ya ha resuelto que las personas jurídicas tienen derecho a recurrir ante el TEDH cuando entiendan vulnerado algún derecho del Convenio que pueda atribuírsele como propio¹². Nuestro Tribunal Constitucional ha seguido un camino similar. Inicialmente rechazaba la titularidad de los derechos fundamentales de las personas jurídicas alegando que cuanto ocurriese en ellas y con ellas podría tener carácter penal, civil, laboral, mercantil o administrativo, pero no iusfundamental (STC 107/1988, de 3 de julio). Sin embargo, poco después reconoció que determinados colectivos humanos sin personalidad jurídica podían ver vulnerados sus derechos fundamentales si una acción dirigida contra el grupo era susceptible de ser tratada como un ataque a todos y cada uno de sus integrantes (STC 214/1991, de 11 de noviembre, el conocido caso de Violeta Friedman). Más adelante, reconoció a las personas jurídicas como titulares de derechos fundamentales, argumentando que tras ellas hay hombres y mujeres particulares, de forma que resulta imposible rechazar la conexión entre ambas personalidades y capacidades (STC 139/1995, de 26 de septiembre). Sólo las personas jurídico-públicas se han visto privadas de tal reconocimiento (STS de 15 de junio de 2006) porque, si bien es lógico reconocer la titularidad de los derechos fundamentales a las personas jurídicas en sentido amplio (empresas, asociaciones, partidos políticos, fundaciones, sindicatos...), no puede aplicarse este criterio a instituciones que, al fin y al cabo, representan los poderes del Estado y no tienen carácter personalista (GONZÁLEZ RIVAS, 2018, pp. 65 y 66). En este sentido, hay concordancia entre nuestros tribunales y la interpretación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace del 34 del CEDH¹³.

Además, desde temprana jurisprudencia, nuestro Tribunal Constitucional ha dejado claro que la titularidad de los derechos fundamentales no significa que éstos sólo puedan ejercerse “en relación con los poderes públicos, dado que en un Estado social de Derecho como el que consagra el art. 1 de la Constitución no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social” (STC 18/1984, de 7 de febrero). Esta eficacia horizontal de los derechos (*Drittwirkung der Grundrechte*) depende de principios objetivos que sirven de fundamento al orden político y social y, al fin y al cabo, lo que permite es la defensa frente a cualquier intromisión injustificada, aunque no venga causada por los poderes públicos (STC 114/1995, de 6 de julio).

¹² Asunto Comingersoll S.A. v. Portugal, STEDH de 6 de abril de 2000.

¹³ Asunto Comunidad del País Vasco v. España, ATEDH de 3 de febrero de 2004.

El modelo estadounidense presenta en este aspecto diferencias sustanciales respecto a la normativa y jurisprudencia europeas. Tradicionalmente, se ha considerado que la Primera Enmienda protege la libertad de expresión de los ciudadanos configurándola como un derecho negativo, es decir, como una barrera frente a posibles intromisiones del poder público y sólo del poder público (ROSENFELD, 2003, p. 1530).

En lo referido a la titularidad de los derechos fundamentales de las personas jurídicas, desde sus orígenes, el Tribunal Supremo estadounidense definió a éstas como “un ser artificial, invisible, intangible y que existe sólo en virtud de la ley”¹⁴. Criterio aún vigente tras casi doscientos años, pues en 2010 se sentenció que las personas jurídicas “no tienen conciencia, creencias, sentimientos, pensamientos ni deseos”. Sin embargo, en esta misma sentencia¹⁵ se estableció también que la libertad de expresión y el discurso político son cruciales en la vida democrática de un país, de suerte que debe verse protegido aun cuando proceda de algún tipo de corporación. La consecuencia es que la jurisprudencia y la doctrina estadounidense identifican tres categorías de mensajes característicos de las personas jurídicas: el discurso comercial o publicitario, para dar a conocer sus productos y servicios; el discurso corporativo, para dar a conocer su opinión sobre asuntos de interés público; y el discurso político, cuando contribuyen o sustentan los gastos propios de algún candidato electoral (FERGUSON, 2009).

Además, la Corte Suprema también ha reconocido que la Primera Enmienda puede proteger la actividad de iglesias y otras organizaciones religiosas sin ánimo de lucro, en tanto en cuanto “existen para fomentar los intereses de las personas que se profesan una misma fe”¹⁶, e incluso amplió su protección a determinadas corporaciones privadas cuando pueda objetarse al cumplimiento de la ley un imperativo religioso o moral.¹⁷

La primera conclusión que se extrae de lo aquí expuesto es que la Primera Enmienda protege el derecho de los ciudadanos a la libre expresión frente a actos de los poderes públicos (interpretación que ya es de por sí amplia, pues la literalidad de la norma dice “del Congreso”). Pero, sin embargo, es prácticamente inviable que un ciudadano pueda solicitar protección constitucional si se da el caso de que los administradores de las redes sociales categoricen o borren sus mensajes, pues no ha habido intervención de poder público alguno ni existen leyes que restrinjan la capacidad de estas plataformas para regular su contenido (MORRIS, 2020).

En segundo lugar, lo que se pone de manifiesto es que los ISP, como proveedores de servicios de Internet, pueden limitar -aunque casi sería mejor decir autolimitar- la libertad de información y de expresión de los usuarios en sus plataformas por cualquier motivo, es decir, por decisiones tomadas en el ámbito de su libertad de empresa, por razones de moralidad, por normativa interna o por lo que fuere, sin que ello signifique autocensura, ni mucho menos, censura (O'CALLAGHAN, 1996, pp. 1559 y 1560).

La consecuencia es que, si las redes sociales pertenecen a corporaciones empresariales, las políticas de uso de las mismas acaban por constituir su forma de intervenir en el debate público, lo que equivale a una manifestación de su derecho a la libertad de expresión. Y por ello estas

¹⁴ Trustees of Dartmouth College v. Woodward, 17 U.S. (4 Wheat.) 518 (1819).

¹⁵ Citizens United v. Federal Election Commission, 558 U.S. 310 (2010).

¹⁶ Corporation of Presiding Bishop of Church of Jesus Christ of Latter-day Saints v. Amos, 483 U.S. 327 (1986).

¹⁷ Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc., 573 682 (2014). El Tribunal Supremo sentenció que el derecho a la libertad religiosa permitía a las corporaciones privadas negarse a practicar tratamientos anticonceptivos aunque la ley las obligase a ello. Sin embargo, en su voto particular, la Juez Ruth Bader Ginsburg planteó que tal reconocimiento abriría la puerta para que estas corporaciones se negaran al cumplimiento de cualquier ley (salvo leyes fiscales) acreditando únicamente algún tipo de afectación a fe o su moral.

empresas son amos y señores para decidir qué mensajes quedan vedados en sus plataformas (BARATA, 2020). Disponen, pues, de un poder omnímodo que les permite crear e imponer las normas que regirán las conductas de sus usuarios, sin posibilidad de recurso judicial en caso de disconformidad. De hecho, podría ocurrir al revés: si los poderes públicos tratasen de restringir la libertad de acción y decisión de las redes sociales, es muy probable que cometiesen una infracción de la Primera Enmienda (FAYOS, 1996, p. 408). Todo lo cual ha hecho que los dueños de las redes sociales quienes tengan la última palabra en lo relativo a las políticas de moderación de contenidos (ARANDA y BELDA, 2018, pp. 7 y ss.).

3.2. *Ius communicationis*: El resurgir de una concepción humanista de la comunicación humana.

Tal vez la más precisa y concreta conceptualización de lo que significa el derecho a la libertad de expresión sea la doctrina del libre mercado de las ideas, pergeñada por el juez Oliver Wendell Holmes Jr. hace algo más de un siglo.¹⁸ Su premisa es muy simple: la mejor política en materia de libertad de expresión es la ausencia de política. A su criterio, en una sociedad sin restricciones a esta libertad, frente a cada opinión polémica surgiría una crítica y serían los ciudadanos quienes, al contrastarlas con los hechos, diferenciarían por sí mismos la verdad de la mentira, el acierto del error.

El *free marketplace of ideas* ha guiado durante décadas la interpretación de la Primera Enmienda a la Constitución de Estados Unidos y dado a la libertad de expresión un valor prevalente. En Europa también se reconoce su trascendencia para una sociedad libre, pero ante el hecho de que los abusos en el ejercicio de la libertad de expresión pueden suponer un daño a la dignidad humana, bien al que se otorga la máxima protección, las legislaciones nacionales han ido fijando algunos límites. Ello llevó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a establecer un criterio para analizar su validez y en el conocido asunto Handyside se sentenció que los límites a la libertad de expresión sólo serán aceptables cuando cumplan tres requisitos: estar recogidos en la ley, perseguir un interés constitucionalmente legítimo y resultar necesarios para una sociedad democrática¹⁹.

Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que la libertad de expresión tiene por objeto la transmisión de pensamientos, ideas y opiniones, incluyendo, por supuesto, tanto las creencias y juicios de valor como la crítica a las conductas de otros. Sin libertad de expresión no hay estado democrático posible y “quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la CE consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y, por último, falseado el principio de legitimidad democrática” (OSORIO, 1993, p. 160). Aunque no es un derecho absoluto, toda limitación a esta libertad debe ser ponderada con exquisito rigor, “evitando introducir un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático” (en este sentido, pueden consultarse las SSTC 6/81, de 16 de marzo; 12/82, de 31 de marzo; 30/82, de 1 de junio; 6/88, de 21 de enero; o, por todas, la reciente STC 18/2020, de 10 de febrero).

Desde otra perspectiva, la libertad de información es crucial para poder formar nuestras ideas y opiniones con un criterio razonable. Dada su relevancia, recibe un trato diferenciado respecto a las meras expresiones, trato que se justifica por su carácter veraz. Dicho de otro

¹⁸ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), voto particular del Juez Oliver Wendell Holmes Jr.

¹⁹ *Asunto Handyside v. Reino Unido*, STEDH de 7 de diciembre de 1973.

modo: sólo mediante la difusión de informaciones veraces (esto es, ciertas o al menos diligentemente contrastadas) podrá contribuirse a forjar una sana opinión pública (SSTC 107/88, de 25 de junio, y 223/92, de 14 de diciembre).

En la construcción de dicha opinión pública, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sentenciado la especial relevancia de la transparencia en la acción de los poderes públicos. Por ello, los Estados no podrán restringir el acceso a la información relativa a su funcionamiento siempre que el solicitante requiera una información de marcado interés público, su finalidad sea abrir un debate social sobre dicha cuestión, tenga cualificación para abrir dicho debate (por ejemplo, si es un periodista o una ONG de reconocido impacto social) y si tal información está disponible. Cumplidas esas condiciones, el Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce que el acceso a la información pública es un derecho protegido (COTINO, 2017, pp. 288 a 290).

Llegados a este punto, cabe preguntarse si el alcance de la libertad de expresión y el derecho a la información son suficientes para abarcar la realidad de un mundo cada vez más interconectado. Como ya se ha comentado, el derecho a la libertad de expresión ha sido uno de los más expuestos a las nuevas tecnologías. No en vano, se ha comparado su aparición a la invención de la imprenta, pues ambos avances permitieron la producción y circulación masiva de opiniones e informaciones a un nivel que no podía ser imaginado antes (PHUDEPATH, 2016, p. 17). Tanto es así que, a mi modo de ver, afrontamos una nueva realidad que ni la libertad de expresión, ni la libertad de información, ni el acceso a las informaciones públicas consiguen abarcar plenamente. Un mundo globalizado, con un tráfico de información cuyo volumen no tiene precedentes y que además se emite en tiempo real. Un mundo en el que, en ocasiones, las acciones individuales alcanzan un efecto imprevisible. Es razonable, por tanto, plantear el reconocimiento de un nuevo derecho, que podría denominarse *ius communicationis*²⁰.

Este concepto, recuperado de los pensadores de la Escuela de Salamanca, tendría una dimensión ajustada a las características de la sociedad actual. Es decir, partiría de los principios de universalidad, igualdad, accesibilidad, libertad de expresión y libertad de navegación en la Red (ALBERT, 2018, p. 28). Pero debiera además tener carácter fundamental, con el fin de garantizar la máxima tutela a todo el proceso comunicativo, incluyendo no sólo la acción de expresarse, sino también las acciones de dicho proceso tradicionalmente consideradas pasivas o tendentes a la recepción de información (TERUEL LOZANO, 2017, pp. 77 y 78).

Este novedoso derecho encontraría otra justificación en el necesario abandono de la creencia de que en el proceso comunicativo hay esencialmente sujetos activos -emisores del mensaje- y sujetos pasivos -receptores del mismo-. Esta frontera queda diluida si tenemos en cuenta que, aunque ciertamente todo mensaje tiene un creador o emisor original, no es menos cierto que, en la Red, el fenómeno clave es la difusión que realizan otros usuarios -el famoso “retuit” sería buen ejemplo de ello-. Y no sólo eso: son cada vez más los ciudadanos que no se limitan a recibir la información, sino que la buscan, la contrastan, la comentan y la critican. Con

²⁰ La idea de un derecho a la comunicación, *ius communicationis*, ya fue enunciada por Francisco de Vitoria, o.p., (1483 – 1586), quien, al estudiar la necesidad de evangelizar las nuevas tierras que iban incorporándose al imperio español, llegó a afirmar que “la sabiduría escondida y el tesoro no visto, ¿qué utilidad reportan?”. El gran pensador dominico argumentaba además que sólo a través de la comunicación podría crearse una sociedad robusta y duradera entre culturas tan distintas.

Leídas hoy, sus reflexiones sobre la necesidad humana de comunicar no sólo resultan lógicas, sino también útiles. Cuando Vitoria habla de *ius societatis et communicationis* está hablando de una misma cosa, pues comunidad y comunicación no pueden vivir la una sin la otra (DESANTES-GUANter, 1989, p. 192).

justicia, todos podríamos ser considerados sujetos activos, en un grado u otro, de este *ius communicationis*.

La posible censura de los contenidos en Internet estaría íntimamente vinculada a la anulación de este derecho. Existen dos tipos de censura de contenidos online. Una censura explícita, llevada a cabo por regímenes autoritarios que, según su grado de intensidad, consiste en: a) impedir el acceso a Internet; b) expedir permisos específicos para poder acceder; c) realizar una monitorización de determinados contenidos y de los usuarios que accedan a los mismos y d) el bloqueo selectivo de algunos portales. Pero también hay una pseudocensura o censura implícita, que se produce incluso en los países con sistemas políticos libres y democráticos. Por ejemplo, aduciendo a la persecución de delitos online, se emplean aplicaciones que en función de determinadas palabras clave generan “listas negras” de sitios web, lo que, junto con el empleo de aplicaciones de rastreo, permite identificar a quien accede a dichos portales. No hay duda de que el uso desproporcionado de estas herramientas supone una vulneración del derecho a la intimidad (RUBIO, 2004, pp. 598 y 599). Pero más preocupante me resulta la creación de un organismo dependiente del Gobierno al que se atribuyen, bajo el pretexto de luchar contra la desinformación, facultades de control de contenidos digitales.²¹

En todo caso, las auténticas fronteras para este *Ius Communicationis* van más allá de la censura propiamente dicha. Junto a las barreras que impongan los poderes públicos, podemos encontrar otro tipo de barreras no menos significativas. Por un lado, hay barreras económicas y culturales, pues es innegable que no todas las personas pueden tener un dispositivo con acceso a la red. Pero podemos encontrar también barreras creadas por los propios intermediarios de servicios, en tanto en cuanto no respeten la neutralidad de la red o establezcan mecanismos de control de contenidos. Y, relacionado con ello, encontramos también barreras propias del mercado, toda vez que se ha llegado a una concentración empresarial tan patente que ha hecho de los gigantes de la comunicación los gestores de facto del mundo digital (ESCOBAR, 2007, p. 121).

El *Ius Communicationis* sería la plasmación de un derecho natural, común y mundial, cuya materialización requeriría consenso internacional (FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, 2017, p. 40). Pese a los obstáculos evidentes, la posibilidad que nos ofrece la tecnología para que seamos, al fin, una auténtica aldea global, no puede desperdiciarse. No se trata sólo de que tengamos derecho a acceder a toda la información pública. No se trata sólo de que podamos saber en tiempo real qué hechos de relevancia ocurren en cualquier lugar del planeta. Es algo más: Francisco de Vitoria creía que sólo mediante la palabra y los intercambios de experiencias, conocimientos y afectos podrían los hombres conseguir su perfección como personas. Interactuar con habitantes de cualquier parte del planeta ya no es una aspiración sino una opción, una posibilidad multilateralmente enriquecedora para aprender, comprender y convivir mejor. Conviene aprovecharla al máximo.

3.3. Los límites genéricos a la libertad de expresión

²¹ La Orden Ministerial 1030/2020, de 30 de octubre, por la que se publica el procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional abre esta vía. Si bien la desinformación puede ser un problema social, la creación de estos mecanismos no puede considerarse sino inquietante y será necesario ver su evolución en los próximos meses.

El inmenso campo de posibilidades que abren las comunicaciones electrónicas puede ser empleado también, qué duda cabe, para la comisión de ilícitos. La universalización de las redes sociales nos muestra una serie de pautas comunes a este respecto: por un lado, la posibilidad de actuar de forma anónima o mediante perfiles falsos genera una relativa sensación de impunidad en muchos usuarios, que se comportan en la Red con más hostilidad que fuera de ella; por otra parte, el anonimato también se da en el acceso a cualquier contenido, de manera que los usuarios se atreven a buscar información que no buscarían, por ejemplo, en una librería tradicional (MORETÓN, 2012, pp. 12 y 13). Además, desde que es posible la traducción de contenidos a cualquier idioma de forma inmediata, esta clásica barrera tampoco es ya un obstáculo.

Internet ha multiplicado las posibilidades de difusión de cualquier mensaje, lícito o no, pero, en lo sustancial, los límites generales a la libertad de expresión no cambian por el hecho de que cambie el canal de distribución de los contenidos. No parece necesaria una actuación activa, *ex ante*, que ordene el fenómeno. Ni tampoco encontraría justificación jurídica la aplicación de estándares distintos a los tradicionalmente definidos (BOIX, 2016, pp. 61 a 65). ¿Cuáles son estos estándares o límites genéricos? Nuestra Constitución ya recoge un límite en el artículo 20.4, cuando señala que el ejercicio de la libertad de expresión debe respetar los denominados derechos de la personalidad, esto es, el honor, la intimidad y la propia imagen, y que se debe proteger a la juventud y la infancia. Ello se traduce en varios límites prácticos que requieren ser comentados.

La primera conclusión es que no existe un “derecho al insulto”, entendido éste como expresiones que resultan vejatorias y humillantes no sólo por su literalidad, sino también en el contexto en el que se manifiestan, incluyendo las sensibilidades religiosas y el ámbito laboral y profesional. Sin embargo, el grado de difusión del insulto no es un elemento imprescindible para valorar si éste existe o no, por más que sea necesario para medir el daño causado (SSTC 6/2000, de 7 de enero; 110/2000, de 5 de mayo; 9/2007, de 15 de enero; o, en el ámbito europeo, por todas, el asunto E.S. v. Austria²²).

Derivado de esta doctrina han nacido las posteriores restricciones a la difusión del discurso del odio, es decir, limitadoras de expresiones vejatorias que menoscaban la dignidad de los integrantes de algún colectivo en riesgo de exclusión. Pero la loable protección que los poderes públicos aspiran a ofrecer a estos colectivos está tomando senderos preocupantes, particularmente en Europa, con un manifiesto abuso del Derecho Penal (en España, a través del artículo 510 CP) y una serie de sanciones y restricciones que difícilmente pueden considerarse proporcionales y que, desde luego, pueden acabar mermando el legítimo uso de la libertad de expresión (VALIENTE, 2019, p. 305).

Existe también un límite más genérico e impreciso que consiste en la protección del orden público y la seguridad nacional, límite de legitimidad reconocida tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Dado su carácter de concepto jurídico indeterminado resulta difícil definir qué es el orden público, aunque puede entenderse como “aquella situación y estado de legalidad normal en que las autoridades ejercen las atribuciones que les son dadas y los ciudadanos las respetan y obedecen sin oponer resistencia alguna” (MONTALVO, 2010, p. 220). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sentenciado que este límite resulta aplicable a la libertad de expresión²³.

²² Asunto E.S. v. Austria, STEDH de 25 de octubre de 2018.

²³ Asunto Barford v. Dinamarca, STEDH de 22 de febrero de 1989.

La vinculación del uso de las redes sociales con posibles alteraciones del orden público - justificadas o no- ya ha quedado patente. Grandes movimientos sociales de carácter internacional, desde las (mal) llamadas “primaveras árabes” o el 15-M, hasta el más reciente *#blacklivesmatter*, pasando por el *#metoo* o *#prayforAmazonia* fueron posibles gracias no sólo a Internet, sino específicamente gracias a las redes sociales. Cada poco tiempo comprobamos cómo en ellas nace y crece algún tipo de reacción colectiva y, aunque no es menos cierto que estas reacciones ya ocurrían antes de su aparición -pongamos por ejemplo las manifestaciones que vivimos en España tras el asesinato de Miguel Ángel Blanco en 1997-, es un hecho incontestable que las nuevas tecnologías han aumentado su número, frecuencia y temática.

Sin embargo, a mi modo de ver, la correcta concepción del *ius communicationis* permitiría afrontar el problema desde un punto de vista pragmático. Si existen mensajes potencialmente peligrosos, el mejor proceso para minimizar su impacto no es sólo reducir su oferta –para lo cual suele emplearse la vía penal-, sino también su demanda. ¿Qué es más eficaz para combatir un mensaje? ¿Prohibirlo –y confiar ingenuamente en que no pase a la clandestinidad- o refutarlo con argumentos y lógica? Muy probablemente lo segundo. A este procedimiento se le denomina “construcción de contranarrativas” (CANO, 2016, pp. 22 y 23). Construyendo contranarrativas, ante cada mensaje ofensivo o peligroso, los poderes públicos y los propios internautas podrían reaccionar denunciando su falsedad e insensibilidad, refutando sus preceptos y defendiendo la justicia y la solidaridad. Serían –seríamos- actores en defensa de bienes jurídicos esenciales. Dicho de otro modo: se trata de combatir los abusos en la comunicación con más y mejor comunicación.

4. La regulación de la libertad de expresión en (y de) las redes sociales

4.1 Introducción: Una aproximación al funcionamiento y la utilidad de las redes sociales

Como ya se ha comentado, las redes sociales son aplicaciones online que permiten a sus usuarios crear un perfil propio a través del cual volcar todo tipo de información, normalmente personal, conocer las actividades que realizan otras personas a través del acceso a sus perfiles y, en la misma medida, participar en distintos y grupos de opinión o de intereses comunes que pueden ser de lo más variopinto.

Hay una gran diversidad de redes sociales y cada año surgen más. Todas tienen características y fines propios, pero podemos extraer una serie de elementos comunes: en primer lugar, aspiran a interconectar a sus usuarios; en segundo lugar, permiten superar las barreras físicas y de distancia que tradicionalmente han limitado la comunicación interpersonal; en tercer lugar, generan una comunicación viral, ya que los contactos de un perfil pueden acceder a los contactos de otros usuarios, generando una auténtica telaraña de interconexiones; en cuarto lugar, exigen depositar una gran cantidad de datos personales no sólo para crear cada cuenta, sino también durante su uso cotidiano; en quinto lugar, es muy difícil impedir el empleo de dichos datos, consentido o no, por parte de terceros; en sexto lugar, pueden afectar a personas que no están dadas de alta en la plataforma (esto ocurre, por ejemplo cuando un usuario las nombra o sube fotografías donde salgan); y en séptimo lugar, al solicitar la baja, no todos los datos se borran de forma automática y permanente (BELTRÁN, 2014, pp. 64 a 67).

En este proceso lo que ocurre no es sólo que otros usuarios acceden a dicha información, sino que la propia red social construye metadatos y realiza proyecciones a partir del comportamiento de los titulares de sus perfiles, extrayendo conclusiones de cuanto éstos hacen,

dicen y publican, de los grupos en los que participan, de los “me gusta” que hayan dado o de los enlaces a los que hayan accedido (TABATABAEI, ABRO y KLEIN, 2017, pp. 142 a 146).

Es decir, que además de las dificultades para encontrar una legislación universal que regule la navegación por Internet, en el caso de las redes sociales hemos de contar con dificultades específicas, pues el usuario no se limita a acceder a una información suministrada por otros, sino que su actuación es una constante creadora de contenidos (YERGALIYEVA y ERDZHANOV, 2016, p. 51). El éxito de las redes sociales se debe precisamente a que permiten a sus usuarios forjar sus propias redes de contactos y compartir con éstos, al menos a priori, sólo la información deseada. Es decir, crean un universo casi paralelo donde el *ius communicationis* alcanza su máxima expansión, pues no es sino el suministro y el acceso constante de datos lo que maximiza la experiencia de formar parte de estas plataformas.

Si a todo ello sumamos que los jóvenes ven las redes sociales como una forma de gestionar sus amistades, escapar del control paterno, explorar nuevas identidades o investigar sobre todo tipo de dudas, es innegable que estamos ante otra cuestión de calado constitucional: la protección de la juventud y la infancia. (JÖCKEL y WILHELM, 2018, pp. 55 y 56).

4.2 Las políticas de uso de las redes sociales

El estudio comparativo de las políticas de uso de las redes sociales ilustra cómo la mayor parte de ellas se arrojan plenos poderes para moderar la actuación de sus usuarios. Para evidenciar este hecho, compararemos cuatro de las más conocidas: Facebook/Instagram, YouTube, TikTok y Twitter/Periscope.

Facebook, la red social por excelencia, está disponible para cualquier persona desde que cumple catorce años de edad, pero añade dos restricciones adicionales, pues no pueden darse de alta los condenados por delitos sexuales ni los inhabilitados previamente por haber incumplido sus políticas uso. Instagram es una red social perteneciente a Facebook que, por ende, aplica sus mismas reglas, aunque su contenido se centra más en material audiovisual creado por los propios usuarios (generalmente fotos y vídeos cortos). En particular, resultan de interés estos dos aspectos:

Eliminación de contenidos²⁴: *Contamos con equipos especializados y desarrollamos sistemas técnicos avanzados para detectar si nuestros productos se usan de forma inapropiada o si alguien muestra una conducta perjudicial para los demás [...] Si tenemos constancia de contenidos o conductas de este tipo, aplicaremos las medidas correspondientes, tales como ofrecer ayuda, eliminar el contenido, bloquear el acceso a ciertas funcionalidades, inhabilitar una cuenta o ponernos en contacto con las autoridades pertinentes.*

Cancelación de cuentas: *Si determinamos que has infringido nuestras condiciones o políticas, especialmente nuestras Normas comunitarias, de manera notoria o grave, o en reiteradas ocasiones, es posible que suspendamos o inhabilitemos definitivamente tu cuenta. También es posible que lo hagamos si infringes reiteradamente los derechos de*

²⁴ Las condiciones para poder utilizar los servicios de Facebook son públicas y pueden encontrarse en la web <https://www.facebook.com/legal/terms>.

propiedad intelectual de otras personas o si nos vemos obligados a ello por motivos legales.

YouTube es desde hace años el portal más empleado para compartir vídeos de todo tipo. Creada en 2005, un año después fue comprada por Google. Excluye todo contenido expresamente sexual y exige tener catorce años para poder crear un perfil (o trece, si se aporta la autorización de los padres o tutores). Pero su gran particularidad es que cualquier persona, registrada o no, puede acceder al material colgado en la plataforma, sin necesidad de darse de alta. Debido a ello, YouTube cataloga algunos contenidos como específicos para mayores de edad y, por otro lado, permite un control parental en cada cuenta, con el fin de restringir el acceso de los menores a determinados vídeos. Además, resultan de interés estos dos aspectos de su política de uso:

Retirada del Contenido por parte de YouTube²⁵: Si tenemos motivos razonables para creer que tu contenido incumple lo estipulado en este Contrato o que puede generar un daño a YouTube, a nuestros usuarios o a terceros, podremos retirar o inhabilitar dicho Contenido, ya sea en parte o en su totalidad.

Y en su blog corporativo añade que²⁶: damos otro paso en nuestra política contra la incitación al odio al prohibir específicamente los videos que alegan que un colectivo es superior para justificar la discriminación, la segregación o la exclusión en función de cualidades como la edad, el género, la raza, la casta, la religión, la orientación sexual o la condición de veterano. Esto incluiría, por ejemplo, videos que promueven o glorifican la ideología nazi, que es intrínsecamente discriminatoria. Finalmente, eliminaremos el contenido que niega que ocurrieron eventos violentos bien documentados, como el Holocausto o el tiroteo en la escuela Sandy Hook.

TikTok es una aplicación de origen chino, país en el que es conocida como *Douyin*, término que se traduciría por “sonido vibrante”. Permite a sus usuarios crear y compartir vídeos cortos, normalmente con contenido musical. Ha sido la última gran red social en aparecer, pues fue creada en 2016, lo que demuestra que su crecimiento en estos años ha sido extraordinario. Permite registrarse a cualquier persona de al menos trece años de edad. De su contenido cabe destacar:

Rescisión de los servicios²⁷: Nos reservamos el derecho a suspender temporal o permanentemente o a rescindir su cuenta de usuario o a restringir o imponer límites a su acceso a alguna parte o a la totalidad de los servicios, con o sin notificación previa, en cualquier momento, por cualquier motivo o sin motivo.

²⁵ Los términos y condiciones de uso de YouTube son públicos y pueden encontrarse en la web <https://www.YouTube.com/static?template=terms&hl=es&gl=ES>.

²⁶ El blog que recoge la política corporativa de YouTube es de libre acceso y su enlace es: <https://blog.YouTube/news-and-events/our-ongoing-work-to-tackle-hate>.

²⁷ Las condiciones para poder utilizar los servicios de TikTok son públicas y pueden encontrarse en la web <https://www.tiktok.com/legal/terms-of-use?lang=es>.

Twitter, la red de mensajes cortos por excelencia, permite el uso de sus servicios a partir de los trece años de edad. Periscope es una aplicación propiedad de Twitter cuyo propósito es la retransmisión de vídeos cortos en directo; puede usarse a partir de los dieciséis años. De entre sus políticas de uso cabe destacar:

Cancelación y retirada de contenidos²⁸: *Podremos suspender o cesar a su cuenta, o bien dejar de suministrarle todos o parte de los Servicios, en cualquier momento y por cualquier motivo, o sin motivo.*

Descripción general²⁹: *Está prohibido promocionar, con la intención de engañar, contenido multimedia falso o alterado que pueda dar lugar a daños graves. Asimismo, es posible que etiquetemos los Tweets que incluyen contenido multimedia falso y alterado para ayudar a los usuarios a comprender su autenticidad y para ofrecer más contexto.*

De la lectura de estas condiciones, podemos extraer algunas conclusiones muy interesantes sobre el funcionamiento de las redes sociales y las restricciones vigentes a la libertad de expresión.

En primer lugar, es evidente que operan a través de condiciones generales de contratación. Cuando un usuario crea un perfil celebra un contrato con la red social en el que asume un compromiso de aceptación de las políticas y condiciones de forma expresa e inequívoca –las haya leído o no-. Ninguna red social admite un consentimiento parcial (RODRÍGUEZ ARROYO, 2020). Todo ello dificulta reclamar un cambio en alguna de estas condiciones, si bien el caso *Schrems* puso de manifiesto que, al menos en el ámbito europeo, la Corte da prevalencia a los derechos fundamentales.

En segundo lugar, admiten usuarios menores de edad. La legislación actual en materia de menores se guía por el principio de la interpretación menos restrictiva, es decir, facilitar el ejercicio de sus derechos y libertades en aquellos ámbitos en que su edad y madurez lo permitan. De acuerdo con la Dirección General de Registros y del Notariado, “debe tenerse en cuenta que no existe una norma que, de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse como excepcionales todas las hipótesis en que se autorizase a aquél para obrar por sí; y no cabe derivar esa incapacidad ni del artículo 322 del Código Civil, en el que se establece el límite de edad a partir del cual se es capaz para todos los actos de la vida civil, ni tampoco de la representación legal que corresponde a los padres o tutores”³⁰.

No obstante, a nadie escapan los riesgos que para los menores de edad supone el uso de redes sociales, tanto a nivel de adicción como a nivel de exposición y vulnerabilidad. La patria potestad tiene como propósito salvaguardar el interés del menor y esto significa que, aunque las redes sociales permitan su uso a partir de una edad, hablamos de una garantía mínima de exclusión. Cumplida ésta, son los guardadores del menor quienes tienen la última palabra sobre si éste puede o no usarlas (MORILLAS, 2018, p. 95). Además, la jurisprudencia ya ha analizado los límites del derecho a la intimidad de los menores en relación con el deber de los

²⁸ Los términos y condiciones de uso de Twitter son públicos y pueden encontrarse en la web: <https://twitter.com/es/tos>.

²⁹ La política de Twitter relativa a los contenidos multimedia falsos y alterados es pública y puede encontrarse en la web <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/manipulated-media>.

³⁰ Resolución de 3 de marzo de 1989 de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

padres/tutores para velar por su seguridad, dejando claro que “no puede el ordenamiento obligar a velar por los hijos menores y al mismo tiempo desposeer a los padres de toda capacidad de controlar.”³¹.

En tercer lugar, todas las redes sociales se reservan el derecho de cancelar cuentas o borrar contenidos conforme a su propio criterio. Ello se debe a que en su mayoría son empresas estadounidenses que toman como referencia este marco normativo que, como hemos visto, les otorga amplias facultades para controlar lo que ocurre en ellas (una especie de “en Facebook manda Facebook”). Pero, si nos centramos en el caso europeo, cabría hacer otra consideración: en el conocido caso Delfi,³² el TEDH emitió una sentencia que parece un claro golpe a la doctrina de los puertos seguros y puede haber abierto un camino sinuoso, ya que ratificó la condena a un portal de noticias motivada por los comentarios que publicaban sus lectores. Esta decisión podría servir para construir una analogía con los comentarios que hacen los usuarios en las redes sociales. Sin embargo, a mi modo de ver, hay que tener en cuenta que esta sentencia parte de una equiparación muy concreta: un portal de noticias digital se parece más a un periódico convencional que a una red social, y ello justifica todo el razonamiento del caso.

Lo cierto es que entre los medios de comunicación clásicos y las redes sociales hay al menos dos diferencias esenciales. La primera consiste en que, aunque en éstos existan figuras como las “cartas al director”, es precisamente el medio quien decide cuáles se publican, mientras que en las redes sociales ocurre al revés: el usuario decide dónde y cuándo publicar su comentario. La segunda diferencia obedece a la inmediatez de la publicación, ya que con frecuencia los comentarios en redes aparecen de forma automática, luego el control, caso de existir, tendría que ser a posteriori, bien *motu proprio* o bien por solicitud de otros usuarios (ARROYO, 2020, pp. 820 a 822). A este particular cabe añadir una reflexión más, toda vez que la mayor parte de los portales de noticias digitales tienen un filtro que impide publicar mensajes con algún término ofensivo previamente parametrizado.

Sea como fuere, el análisis de las políticas de contenidos pone el foco en la difícil gestión de la libertad de expresión dentro de los ISP y abre un debate sobre una serie de conflictos que ponen en solfa algunas de las premisas que hasta hace poco se consideraban inamovibles en el mundo online. Conflictos que cada red social está gestionando de forma diferente, aprovechando su amplio margen de autorregulación. Conflictos que requieren, una vez más, un análisis pormenorizado.

4.3. Los frentes abiertos de la comunicación en el mundo digital

Una recapitulación de lo expuesto hasta el momento nos permite identificar con nitidez los retos que afrontan los proveedores, reguladores y usuarios del mundo virtual: ¿Debe mantenerse la doctrina de los puertos seguros? ¿Se da una protección suficiente a nuestros derechos fundamentales? ¿Hasta dónde debe alcanzar su poder autorregulador? ¿Es factible encontrar un estándar internacional de protección?

Al analizar la responsabilidad de los proveedores de servicios, se plantean argumentos que cuestionan la responsabilidad de los puertos seguros más allá de lo reflejado en el caso Delfi.

³¹ STS 864/2015, de 10 de diciembre.

³² El portal de noticias Delfi fue condenado por las autoridades estonias por permitir que sus lectores publicasen en los comentarios de sus artículos todo tipo de mensajes, algunos de carácter claramente ofensivo. Se entendió que Delfi tenía un deber de moderación por ser el editor del portal y, por tanto, al no actuar con diligencia para borrar este tipo de contenidos, era responsable de su difusión.

Dado que su objetivo inicial –asegurar el crecimiento de Internet- está más que consolidado, ¿es el momento de dar un paso más y velar por un mayor control de los contenidos?

Esta tesis va en sintonía con los actuales movimientos para combatir el discurso del odio y toda forma de discriminación. Pero si bien es innegable que las redes sociales están actuando para controlar estos contenidos, cabe preguntarse por qué lo hacen. Desde el prisma estadounidense, ya ha quedado patente que no es por una exigencia normativa, lo cual no significa que no haya otras presiones.³³ Dicho de otro modo: no hay control legal, pero sí hay un control político y un deber social de diligencia que llevaron a que el propio Mark Zuckerberg reconociese que “no teníamos una visión suficientemente amplia de cuál es nuestra responsabilidad y eso fue un gran error. Mi error. Lo siento”³⁴.

Al decidir moderar sus contenidos, Facebook ha tomado una decisión arriesgada: en mayo de 2020 nombró un “comité de sabios” compuesto por juristas, periodistas, políticos, profesores... que se ha constituido como un organismo independiente responsable de esta misión. Facebook se compromete a ejecutar sus decisiones pero, si bien Zuckerberg se ha referido en alguna ocasión a este organismo como “el Tribunal Supremo de Facebook”, tal equiparación no resulta particularmente afortunada, pues no deja de ser un organismo privado que está sujeto únicamente a sus propias reglas. Aunque su propósito sea loable, está por ver cómo se comporta este organismo pues, bajo la pretensión de evitar conductas perniciosas, corremos el riesgo de que este afán protector coarte las libertades de expresión e información.

Si atendemos al ejemplo de YouTube, red que ya ha sufrido la pérdida de anunciantes descontentos por algunos de sus contenidos, el resultado es extraordinario por su volumen: entre julio y septiembre de 2018 eliminó 7,8 millones de vídeos, 1,6 millones de canales y 224 millones de comentarios³⁵. Por mucho cuidado que se haya puesto en la selección de los contenidos borrados, es innegable que se han destruido opiniones y expresiones particulares³⁶.

³³ Como ejemplo, recordemos que la Liga Antidifamación (ADL) y la Asociación de Defensa de los Derechos de los Aforestadounidenses (NAACP) pidieron a las empresas que se anuncian en Facebook que realizasen un boicot durante el pasado mes de julio, como medio de presión para que llevasen a cabo un mayor control de los grupos que inciten al odio o la violencia.

³⁴ El 10 de abril de 2018, Mark Zuckerberg prestó declaración ante el Congreso de los Estados Unidos para explicar la posible responsabilidad de Facebook ante la difusión de noticias falsas que circulaban por su red social y que podrían haber influido –y volver nuevamente a influir- en el resultado de distintos procesos electorales.

³⁵ Informe trimestral de actividad de YouTube (julio-septiembre de 2018).

³⁶ El 5 de junio de 2019 YouTube anunció la eliminación de la película “El Triunfo de la Voluntad” (1934), de la directora alemana Leni Riefenstahl (1902 – 2003), por ser de contenido “intrínsecamente discriminatorio”. No cabe duda de que esta obra tenía un fin propagandístico del nazismo, pero no es menos cierto que supuso un hito en la historia del cine y que tiene un innegable valor histórico. ¿Realmente ayuda a combatir esta ideología la supresión de un contenido así?

Esta polémica es similar a la que se produjo cuando la cadena HBO anunció la retirada de la película “Lo que el viento se llevó” (1939) por idealizar un contexto histórico en el que la esclavitud resultaba aceptable y donde se presentaba a los esclavos negros o como leales sirvientes devotos de sus amos blancos o como ineptos. Ante el aluvión de críticas, HBO recuperó la película, pero añadió una profunda contextualización de la misma para concienciar sobre los horrores de la esclavitud.

Un criterio similar ha adoptado The Walt Disney Company en su portal Disney+, donde advierte que en clásicos como “Dumbo” (1941), “Peter Pan” (1953), “La dama y el vagabundo” (1955) “El libro de la selva” (1967) o “Los aristogatos” (1970) pueden encontrarse representaciones culturales obsoletas basadas en estereotipos equivocados. Con todo, cabe indicar que aquí la polémica jurídica es menor, toda vez que Disney es propietaria de estas obras y es libre de reeditarlas o comentarlas como crea conveniente.

Ello llevó a la ONG Artículo 19³⁷ a presentar una serie de recomendaciones que YouTube podría aplicar para evitar restricciones excesivas. Algunas de ellas son especificar qué se considera contenido sexual explícito, aportar ejemplos concretos sobre qué organizaciones se consideran terroristas, aclarar qué se entiende por contenido ofensivo o abusivo y detallar cómo funciona el algoritmo de detección de todos estos materiales.

Twitter ha optado por un modelo que puede resultar incluso más polémico: la calificación de sus contenidos. Por iniciativa propia, los gestores de Twitter se reservan el derecho a colocar una etiqueta que, a modo de advertencia, avisa a los lectores de que están ante un comentario considerado “falso o dañino”, sea quien sea el autor del mismo. Como ya hiciera con YouTube, la ONG Artículo 19 publicó una serie de recomendaciones a Twitter: reorganizar y codificar sus normas de uso, hasta ahora diseminadas; alinear sus políticas contra el discurso del odio e incitación al terrorismo con estándares internacionales en lugar de hacer una interpretación propia; explicar con más detalle qué se entiende por amenazas, acoso y abuso, así como reflejar su grado de gravedad; comprometerse a no eliminar ningún contenido que sea simplemente polémico y, también, detallar como funciona su algoritmo de detección de tales de mensajes.

La polémica sobre la moderación de contenidos llegó a cotas sensacionales cuando en mayo de 2020 Twitter calificó como “falso o dañino” un tuit del mismísimo Donald Trump relativo a un uso fraudulento del voto por correo. Fue como abrir la caja de Pandora: apenas una semana después, el Presidente Trump firmó una orden ejecutiva³⁸ en la que expresaba su preocupación ante el hecho de que Twitter, Facebook, Instagram y YouTube dispongan de “un poder inmenso, sin precedentes, que usan para censurar, restringir, editar, dar forma, ocultar o alterar” información clave para la opinión pública. En concreto, acusaba a Twitter de realizar activismo político, tomar decisiones editoriales y perjudicar abiertamente las ideologías conservadoras, por lo que instaba a la FCC a revisar la Sección 230 con el fin de asegurar la libertad de expresión de los usuarios a través de una nueva regulación que castigue a las redes sociales cuando la vulneren.

El resultado electoral de las elecciones presidenciales en Estados Unidos puede resultar crucial para el futuro de la Sección 230, pues desde el Partido Demócrata también se está defendiendo la necesidad de su reforma, aunque en un sentido muy diferente. El propio Joseph Biden ha planteado que la inmunidad que disfrutaban los ISP requiere una revisión y que es necesario abrir un debate sobre su responsabilidad por los contenidos publicados.

Ambas propuestas de reforma son materialmente incompatibles, pero pueden encontrar una dificultad jurídica común, pues si cualquiera de estos proyectos sale adelante podemos acabar ante un caso *Twitter v. United States* (PRESNO, 2020). No en vano, la doctrina de puertos seguros está muy consolidada y el Tribunal Supremo podría ver contraria a la Primera Enmienda cualquier regulación que permita a los poderes públicos interferir en el libre funcionamiento de las redes sociales. Sea como fuere, vale la pena profundizar en esta reflexión. Si, como ya se comentó, el Tribunal Supremo ha sentenciado que las redes sociales son “la nueva plaza pública”, ¿no es un tanto incongruente que el acceso a dicha plaza esté regulado por un oligopolio de gigantes empresariales? Es indudable que estas empresas tienen intereses propios, legítimos sin duda, pero propios, y los ciudadanos no pueden apoyarse en la Primera

³⁷ Artículo 19 es una organización no gubernamental fundada en 1987 con sede en Londres que tiene como propósito defender la libertad de expresión y el derecho a la información a nivel mundial. Toma su nombre del artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, relativo a estas materias.

³⁸ Orden Ejecutiva del 28 de mayo de 2020, de prevención de la censura online.

Enmienda para actuar contra resoluciones que mermen su libertad de expresión. De ahí la sibilina y astuta cuestión planteada por Trump: ¿quién vigila al vigilante?

En el seno de la Unión Europea, la responsabilidad de las redes sociales por sus contenidos está consolidándose y ya hay incluso pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo³⁹. El TJUE ha resuelto que, habida cuenta de que un comentario ilícito o difamatorio puede divulgarse de forma inmediata y causar un gran daño, es legítimo que un tribunal competente exija el bloqueo y eliminación de dicho contenido y de todo el que sea idéntico. Es decir, si bien no cabe exigir judicialmente que las redes sociales realicen una supervisión general o constante, sí hay obligación de poner fin tanto a una infracción como a la difusión de la misma que realicen los usuarios no creadores del mensaje original.

Esta sentencia parece confirmar las leyes aprobadas en Alemania y Francia sobre la responsabilidad de las redes sociales a la hora de no borrar contenidos ilícitos. Bajo la premisa de que “la libertad de expresión acaba donde empieza el Código Penal”, en el año 2017 el Gobierno Federal Alemán aprobó una ley que permite a la Fiscalía analizar las denuncias que los usuarios hagan en las redes sociales sobre contenidos ilícitos que no sean atendidas; si un Tribunal los declara contenido ilegal, deben ser eliminados en veinticuatro horas. Si no se actúa con celeridad o la red en cuestión no dispone de medios suficientes de rastreo y eliminación, las multas pueden ser millonarias. Una norma similar fue aprobada en Francia en mayo de 2020, con multas que pueden alcanzar hasta el cuatro por ciento de los beneficios anuales de la compañía afectada.

Los defensores de estas normas argumentan que el Derecho debe brindar protección jurídico-constitucional a los millones de usuarios de las redes sociales y que, del mismo modo que los medios de comunicación clásicos no habrían de huir de un régimen de responsabilidad especial en el ámbito administrativo o civil, tampoco deben estar exentos de responsabilidad los prestadores de servicios e intermediarios, toda vez que el proceso puede realizarse con todas las garantías y hay, además, medios técnicos para que puedan cumplir la ley (por todos, COTINO, 2013, pp. 224).

Así, podemos concluir, por un lado, que no hay homogeneidad jurídico-normativa a ambos lados del Atlántico y, por otro, que la Unión Europea parece dispuesta a conceder cierto margen de apreciación nacional a sus Estados miembros. Ello alejaría la idea de un *ius communicationis*, al menos a nivel formal. Pero puede que la heterogeneidad jurídica sea corregida por los hechos: los estándares que se están fijando en las políticas de uso de las redes sociales superan ampliamente a las exigencias de la Unión Europea en lo referido a los límites a la libertad de expresión, todo ello con independencia de la posible reforma de la Sección 230 que pueda presentar el Partido Demócrata y asumiendo que la propuesta del Presidente Trump no va ya a tener mucho recorrido.

Además, cabe insistir en el papel que los colectivos profesionales pueden desempeñar a la hora de crear un patrón internacional de comportamiento en el mundo online. Uno de los actores fundamentales es Acces Now, una organización no gubernamental que aglutina a gran cantidad de asociaciones, científicos, profesores, juristas y empresarios, entre otros, que colaboran para desarrollar los derechos humanos en el ámbito digital. En 2015 publicaron los “Principios de Manila” sobre la responsabilidad de los intermediarios⁴⁰ y establecieron “una iniciativa global

³⁹ STJUE de 3 de octubre de 2019, *Eva Glawischnig-Piesczek v. Facebook Ireland Limited*, C-18/18.

⁴⁰ Este documento, presentado como una Guía de Buenas Prácticas Que Delimitan la Responsabilidad de los Intermediarios de Contenidos en la Promoción de la Libertad de Expresión e Innovación, puede consultarse en https://www.eff.org/files/2015/06/23/manila_principles_1.0_es.pdf.

de la sociedad civil” que se centra en seis premisas: Primero, la protección de los intermediarios frente al contenido publicado por terceros es necesaria. Segundo, la restricción de contenidos no debe requerirse sin una orden judicial. Tercero, las solicitudes de restricción deben ser claras, inequívocas y con las debidas garantías. Cuarto, las leyes que regulen estas restricciones deben respetar los test de necesidad y proporcionalidad. Quinto, las leyes y políticas de restricción de contenidos han de depender de un proceso con todas las garantías. Sexto, la transparencia es esencial tanto a nivel público como de los organismos privados.

De todo lo anterior cabe concluir que hay una clara tendencia hacia el control de los contenidos en el mundo online, impulsada tanto por diversos gobiernos e instancias judiciales como por los propios ISP. Si bien es cierto que la necesidad de perseguir los ilícitos que se cometen en y gracias a la Red es inaplazable, en el campo de la libertad de expresión existe un riesgo que no podemos dejar de lado. Con el loable fin de perseguir las conductas ilícitas, ¿puede que se acabe yendo demasiado lejos y se coarte el pensamiento discrepante? ¿Puede que, en definitiva, acabemos siendo menos libres?

5. Conclusiones

En un mundo donde las nuevas formas de comunicación tienen una influencia decisiva, reflexionar sobre el ejercicio y los límites de nuestros derechos es siempre saludable. Sin duda el crecimiento de Internet, encauzado a través de la doctrina de los puertos seguros, es un caso de éxito. Frente a las voces que empiezan a defender otro tipo de responsabilidad, conviene recordar que Internet, con sus sombras, ha permitido una interconexión sin precedentes entre la mayor parte de los ciudadanos del globo.

En este caudal de información ha habido vulneraciones de la protección de datos y de los derechos de autor, pero no es menos cierto que, particularmente en Europa, los tribunales han defendido la prevalencia de los derechos fundamentales y, por consiguiente, lo adecuado es ahondar en los mecanismos que garanticen esta protección.

Si hablamos de los titulares del derecho a la libertad de expresión, hemos de concluir que lo somos todos, los ciudadanos y también las empresas que gestionan el contenido digital. Pero este derecho no es absoluto. Aunque está por ver el camino que seguirá en los próximos años Estados Unidos, en Europa la senda parece más clara: algunas de las normas que se están aprobando resultan criticables por coartar en exceso la libertad de expresión, pero la existencia de jurisdicciones supranacionales como TEDH y el TJUE son una garantía en la salvaguarda de nuestros derechos individuales, ya que no dejan tal responsabilidad en manos de entes privados como los ISP.

La doctrina del libre mercado de las ideas, en un entorno en el que las posibilidades tecnológicas son casi infinitas, podría materializarse en un auténtico *ius communicationis*, un derecho global a estar en contacto con los demás. Puede parecer que la regulación positiva de tal derecho sea irrealizable, pero por tratarse precisamente de un derecho natural, su plasmación se ha venido produciendo de facto en las últimas décadas y cada vez con más intensidad. Quizás la obligación de los juristas sea reconocerlo y no poner más puertas al campo. En el caso particular de las redes sociales, no puede dudarse de su trascendental papel en este proceso ni de que, por un motivo u otro, empiezan a asumir, quizás con demasiado rigor, esta responsabilidad como moderadores de contenidos.

Si hay que perfilar un criterio que nos ayude a afrontar estos retos en los próximos años, cabe recordar que nuestro Tribunal Constitucional, en su sentencia 176/1995, de 11 de

diciembre, sentenció que al resguardo de la libertad de expresión cabe cualquier idea, “por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución -se ha dicho- protege también a quienes la niegan”. También ocurre así en el mundo digital. No deberíamos olvidarlo.

Bibliografía

ALBERT MÁRQUEZ, J. J. (2018). El principio de neutralidad en Internet. Una aportación a la libertad de comunicación en Internet desde el pensamiento de Francisco de Vitoria. *Estudios de Deusto*, vol. 66/2, pp. 71 a 104.

ARANDA SERNA, F., & BELDA INIESTA, J. (2018). The delimitation of freedom of speech on the Internet: the confrontation of rights and digital censorship. *ADCAIJ: Advances In Distributed Computing And Artificial Intelligence Journal*, 7(1), pp. 5 a 12.

ARCEO, T. (2018). La libertad de expresión en Internet frente a los sistemas privados de remoción de contenidos. Distintas regulaciones. *Revista Erreius. Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio*, núm. 5 (mayo), pp. 1 a 34.

ARROYO AMAYUELAS (2020). La responsabilidad de los intermediarios en Internet. ¿Puertos seguros a prueba de futuro? *Cuadernos de derecho transaccional*, vol. 12, núm. 1, pp. 808 a 837.

BARATA I MIR, J. (2020). Trump contra Twitter: regulación de las plataformas y su impacto en la libertad de expresión. *Plataforma en Defensa de la Libertad de Información*. [Video]. Disponible en: <https://youtu.be/Cnp3O9k05EU> Fecha de consulta: 7 de septiembre de 2020.

BELTRÁN CASTELLANOS, J. M. (2014). Aproximación al régimen jurídico de las redes sociales. *Cuaderno electrónico de estudios jurídicos*, nº 2, pp. 61 a 90.

BOIX PALOP, A. (2016). La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales. *Revista de estudios políticos*, núm. 173, pp. 55 a 112.

CANO PAÑOS, M. A. (2016). Odio e incitación a la violencia en el contexto del terrorismo islamista.: Internet como elemento ambiental. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4.

CONSTANTE, A. (2013). ¿Qué son las redes sociales? En *Las redes sociales. Una manera de pensar el mundo*. Ediciones Sin Nombre, pp. 13 a 36.

COTINO HUESO, L. (2017). El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental. *Teoría y realidad constitucional*, núm. 40, pp. 279 a 316.

- (2013). Libertades informativas y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet. En: VV.AA. (dirs.), *La protección jurisdiccional de los derechos. Actas del XI Congreso de Constitucionalistas de España*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 171 a 223.

DANS, E. (2019). Violar la neutralidad de la red tiene un precio... y lo pagas tú. [Blog]. Disponible en: <https://www.enriquedans.com/2019/02/violar-la-neutralidad-de-la-red-tiene-un-precio-y-lo-pagas-tu.html>. Fecha de consulta: 1 de septiembre de 2020.

DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (2018). Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital. En: DE LA QUADRA SALCEDO, T. y PIÑAR MAÑAS, J. L. (dirs.), *Sociedad digital y derecho*. Boletín Oficial del Estado y Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. Madrid, pp. 21 a 86.

DESANTES-GUANter, J. M. (1989). Los mensajes simples en el "ius communicationis" de Francisco de Vitoria. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 20, pp. 191 a 209.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M. (2013). *Sistema de derechos fundamentales*. Cizur Menor: Thomson Reuters.

ESCOBAR ROCA, G. (2007). Reflexiones en torno a los principios de comunicación pública en el ciberespacio. En: COTINO HUESO, L. (coord.), *Libertad en internet: la red y las libertades de expresión e información*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 115 a 132.

FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E. (2017). El Totus Orbis y el Ius Gentium en Francisco de Vitoria: el equilibrio entre tradición e innovación. *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 35, pp. 19 a 43.

FAYOS GARDÓ, A. (1996). Reflexiones sobre la jurisprudencia norteamericana en materia de libertad de expresión: de Holmes a la sentencia del caso Internet. *Revista de administración pública*, núm. 141, pp. 395 a 428.

GONZÁLEZ RIVAS, J. J. (2018). El derecho al honor de las personas jurídicas ante los potenciales excesos de la libertad de expresión. *Anuario de Derecho Canónico*, núm. 6, pp. 59-79.

FERGUSON III, C. (2009) *Corporate Speech*. The First Amendment Encyclopedia. Middle Tennessee State University. Disponible en: <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/939/corporate-speech>. Fecha de consulta: 9 de septiembre de 2020.

JIMÉNEZ-BLANCO, G., MAYOR MENÉNDEZ, P., OSORIO ITURMENDI, L., y JIMÉNEZ-BLANCO, A. (1993). *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

KEMP, S. (2020). *Essential insights into how people around the world use the Internet, mobile devices social media and ecommerce*. We are Social. Hootsuite. Disponible en: <https://wearesocial.com/blog/2020/01/digital-2020-3-8-billion-people-use-social-media>. Fecha de consulta: 1 de septiembre de 2020.

KOSSEFF, J. (2019). *The Twenty-Six Words That Created the Internet*. Londres: Cornell University Press.

JÖCKEL, S. y WILHELM, C. (2019). Everything under control? The role of habit strength, deficient self-regulation and media literacy for the use of social network sites among children and adolescents. En: KÜNHE, R., BAUMGARTNER, S. E., KOCHS, T. y HOFER, M. (eds.), *Youth and Media. Current perspectives on Media Use and Effects*. Baden-Baden: Nomos, pp. 55 a 74.

LARA GÁLVEZ, J. C. y VERA, F. (2013). Responsabilidad de los prestadores de servicios de internet. *ONG Derechos Digitales, Policy Papers*, núm. 3, pp. 3 a 28.

LOZADA, H. R. y KRITZ, G. H. (2019). Net neutrality repeal and its effect on consumers. *International Journal of Business and Social Science*, núm. 1, pp. 1 a 5.

MONTALVO ALBIOL, J. C. (2010). Concepto de orden público en las democracias contemporáneas. *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 22, pp. 197 a 222.

MORETÓN TOQUERO, M. A. (2012). El “ciberodio”, la nueva cara del mensaje del odio: entre la cibercriminalidad y la libertad de expresión. *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 27, pp. 1 a 18.

MORILLAS FERNÁNDEZ, M. (2018). Derecho de familia y redes sociales. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 13, pp. 93 a 105.

MORRIS, J. (2020), citado por: PHILLIPS, A. No, Twitter is not violating Trump’s freedom of speech. *The Washington Post*, [online] Disponible en: <https://www.washingtonpost.com/politics/2020/05/29/no-twitter-did-not-violate-trumps-freedom-speech/> Fecha de consulta: 3 de septiembre de 2020.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1996). La autolimitación de la libertad de expresión. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm. 1, pp. 1559 a 1560.

PRESNO LINERA, M. A., 2020. ... En anteriores episodios de contiendas en Estados Unidos sobre la libertad de expresión y las redes sociales. [Blog] *El derecho y el revés*. Disponible en: <<https://presnolinera.wordpress.com/2020/06/09/en-anteriores-episodios-de-contiendas-en-estados-unidos-sobre-la-libertad-de-expresion-en-internet-y-las-redes-sociales/>> Fecha de consulta: 29 de julio de 2020.

PUDDEPHATT, A. (2016) Internet y libertad de expresión. *Cuadernos de Discusión de comunicación Información*, nº 6, pp. 1 a 30.

PUERTO, M. I. y SFERRAZZA-TAIBI, P. (2018). La sentencia Schrems del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: un paso firme en la defensa del derecho a la privacidad en el contexto de la vigilancia masiva transnacional. *Revista de Derecho del Estado*, núm. 40, pp. 209 a 236.

RODRÍGUEZ ARROYO, B., 2020. Las redes sociales: usuarios, términos y condiciones. [Blog] *Enrique Ortega Burgos. Fashion, Luxury and Retail*. Disponible en: <https://enriqueortegaburgos.com/las-redes-sociales-usuarios-terminos-y-condiciones/>. Fecha de consulta: 5 de septiembre de 2020.

RODRÍGUEZ PRIETO, R. (2017). De la «neutralidad» a la «imparcialidad» en la red. Un análisis crítico de la política de la UE sobre internet y algunas propuestas de mejora. *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 57, pp. 217 a 246.

ROIG, A. (2009). E-privacidad y redes sociales. IDP. *Revista de Internet, derecho y política*, núm. 9, pp. 42 a 52.

ROSENFELD, M. (2002). Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. *Cardozo Law Review*, núm. 24, pp. 1523 a 1552.

RUBIO MORAGA, Á. L. (2004). Censura en la Red: Restricciones a la libertad de expresión en Internet. En: SANZ ESTABLÉS, C., SOTELO GONZÁLEZ, J. y RUBIO MORAGA, Á. L. (coords.), *Prensa y periodismo especializado II*. Guadalajara: Prensa y editores del Henares, pp. 597 a 607.

TABATABAEI, S. A., ABRO, A. H., KLEIN, M. (2018). With a little help from my friends: A computational model for the role of social support in mood regulation. *Cognitive System Research*, núm. 47, pp. 133 a 146.

TERUEL LOZANO, G. (2017). Libertades comunicativas y censura en el entorno tecnológico global. *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, núm. 12, pp. 75 a 102.

VALIENTE MARTÍNEZ, F. (2019) *La democracia y el discurso del odio: límites constitucionales a la libertad de expresión*. Madrid: Dykinson.

XALABARDER PLANTADA, R. (2006). La responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios. *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 2, pp. 1 a 13.

YERGALIYEVA, A. K. y ERDZHANOV, T. K. (2016). Legal regulation in social network. *World Science*, núm. 15, vol. 3, pp. 50 a 52.