

LIBERTADES COMUNICATIVAS Y CENSURA EN EL ENTORNO TECNOLÓGICO GLOBAL^{1,2}

Communicative freedoms and censorship in the global technological environment

POR: DR. GERMÁN M. TERUEL LOZANO

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional
Universidad de Murcia (España)*

RESUMEN: El objeto de este trabajo es, por un lado, releer la libertad de expresión en la Edad Digital como «*ius communicationis*»: un derecho a comunicar que incluye todo el proceso comunicativo, sean las dimensiones activa como la pasiva y los derechos de difundir, buscar, recibir y acceder a la información; y, por otro lado, se propone «traducir» las garantías a la libertad de expresión (en particular la prohibición de censura previa) a los nuevos medios de control (públicos y privados) en Internet.

PALABRAS CLAVE: libertad de expresión, censura, Internet.

ABSTRACT: The object of this paper is, on one hand, to rethink the freedom of expression in the Digital Age as a «*ius communicationis*»: a right to communicate which includes the whole communicative process, both active and passive dimension and the rights to spread, seek, receive and access information; and, on the other hand, It would «translate» the guarantees of freedom of expression (in particular prohibition of a previous censorship) to the new means of control (both private and public ones) in Internet.

KEYWORDS: Freedom of speech, censorship, the Internet.

SUMARIO: I.- INTERNET Y LA COMUNICACIÓN EN LA SOCIEDAD GLOBAL. II.- LA REDEFINICIÓN DE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN Y DE INFORMACIÓN COMO «*IUS COMMUNICATIONIS*». III.- UNA PROBLEMÁTICA CONCRETA: LA PROHIBICIÓN DE CENSURA EN EL MUNDO DIGITAL. 1.- LA

¹ Este trabajo forma parte del número 12 de la REJP. Dicho número ha sido coordinado por el Prof. Dr. Francisco Bombillar Sáenz. El Consejo de redacción de la Revista aceptó la coordinación del número indicado así como el contenido del mismo en la sesión que celebró el 21 de diciembre de 2015. El contenido de la versión final de los trabajos incluidos en este número se recibió el 24 de abril de 2017. Tras analizar el contenido de cada una de las contribuciones que lo conforman, los miembros del Consejo de redacción de la Revista dieron el visto bueno al contenido de este número en una sesión extraordinaria celebrada el 16 de mayo de 2017.

² En este trabajo recojo una actualización de mi estudio: “Libertad de expresión y censura en Internet”, *Estudios de Deusto*, vol. 62/2, 2014, pp. 41-72.

IMPORTANCIA DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONAL EN EL CONTROL DE CONTENIDOS EN LA RED. 2.- NUEVAS FORMAS DE «CENSURA» EN INTERNET Y LA REDEFINICIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. A) *Lectura del fundamento de la prohibición de censura como garantía a la libertad de expresión en la Era digital.* B) *La proyección de las garantías a la libertad de expresión sobre las nuevas formas de censura.* a) Las autorizaciones para el acceso a Internet como formas de «censura previa». b) Contenidos ilícitos y la legitimidad del bloqueo del acceso a una información «determinada» en Internet y el cierre de «concretas» páginas web. c) La ilegitimidad de la imposición pública de sistemas «generales» de filtrado y bloqueo de Internet. Principios para la adecuada regulación pública de los sistemas de filtrado en tutela de los jóvenes y menores frente a contenidos nocivos. d) Riesgos para el pluralismo en la Red: el «dominio empresarial» y la «censura privada». IV.- CONCLUSIONES.

I.- INTERNET Y LA COMUNICACIÓN EN LA SOCIEDAD GLOBAL

Internet y las tecnologías de la información y la comunicación han dado lugar al nacimiento de una nueva «*urbs*», la ciudad virtual. «*The world is not a global village but a global city, a virtual cosmopolis*», como ha advertido el profesor Timothy Garton Ash³. Se abre la puerta a una nueva era en la historia de la humanidad, la Era digital.

En este nuevo escenario global, marcado por un entorno tecnológico digital, Internet, definido como «*a never-ending worldwide conversation*»⁴, es el *ágora pública* del siglo XXI⁵, un espacio para la libertad de expresión en su sentido más amplio: «*Internet et les réseaux numériques, c'est avant tout un nouvel espace d'expression humaine, un espace international qui transcende les frontières, un espace décentralisé qu'aucun opérateur ni aucun État ne maîtrise entièrement, un espace hétérogène où chacun peut agir, s'exprimer et travailler, un espace épris de liberté*»⁶.

Y la clave de esta «ciudad digital» va a ser, precisamente, la comunicación, que salva impedimentos espaciales o temporales, y que dibuja un nuevo *modelo comunicativo* para la sociedad⁷: *multidireccional*, en el que la información fluye y todos son emisores y receptores; totalmente *horizontal*, donde cualquier ciudadano puede participar sin que

³ GARTON ASH, T., *Free speech. Ten principles for a connected world*. Yale University Press, Londres, 2016, p. 1.

⁴ Así definió Internet el Juez Stewart Dalzell en el año 1996 en la sentencia del Tribunal Federal del Distrito de Pensilvania de 11 de junio de 1996, caso ACLU v. Janet Reno, 96-963; posteriormente confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano caso ACLU v. J. Reno, 96-511, 26 June 1997, en una de las más relevantes decisiones judiciales, en la que, por primera vez, afirmaba judicialmente la importancia de la Red como un espacio para la libertad de expresión al conocer de la constitucionalidad de la *Communications Decency Act* (1996).

⁵ SENADO ESPAÑOL, «Informe especial comisión redes informáticas», 9/12/1999, <http://www.senado.es/pdf/legis6/senado/bocg/I0812.PDF>.

⁶ CONSEIL D'ÉTAT, Rapport Internet et les reseaux numeriques, 9/06/1998.

⁷ Sobre los cambios en el modelo comunicativo *vid.* NEGROPONTE, N., *El mundo digital, in toto*; y, para una visión panorámica, LÓPEZ GARCÍA, G., *Modelos de comunicación en internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, and ÍD., «Comunicación en red y mutaciones de la esfera pública», *Zer. Revista de estudios de comunicación*, n. 20, 2006, pp. 231-249: http://www.ehu.es/zer/zer20/zer20_15_lopez.pdf.

existan barreras de acceso; y un modelo *disperso y descentralizado*, en el que no hay un centro de control. La comunicación se presenta ahora como un proceso *interactivo*. Se han confundido las figuras de emisor y receptor de la información⁸. El centro de la comunicación pasa ahora a ser el público. Ya no se trata de un «club» burgués en el que el espacio público estaba dominado por unos pocos ilustrados; ni de un modelo de comunicación de masas en el que los medios de comunicación filtraban y transmitían un flujo de información acabado, en un modelo jerarquizado, unidireccional y concentrado en el que los medios eran los emisores de la información mientras que los ciudadanos quedaban postergados al mero papel de receptores o de consumidores de información⁹. En estos modelos comunicativos, como afirmara Liebling, «*[f]reedom of press is guaranteed only to those who own one*»¹⁰. Sin embargo, con Internet, al menos potencialmente, se viene a romper esta premisa, de manera que el nuevo modelo comunicativo que a partir del mismo nace presenta un profundo *carácter democratizador*¹¹. Surge un nuevo modelo de opinión pública que ofrece la oportunidad de construir una democracia mucho más participativa. Qué duda cabe de que el individuo cuenta ahora con mayores posibilidades de participación en el debate público, en ese «*marketplace of ideas*».

Sin embargo, el cambio tecnológico no garantiza por sí mismo la plena efectividad de la libertad ni garantiza un auténtico pluralismo democrático. Ofrece oportunidades, pero no deja de entrañar riesgos y retos en relación con las nuevas formas de tutela y ejercicio de los derechos de los ciudadanos y muy en particular de las libertades de expresión y de información. De ahí que dediquemos algunas reflexiones en este trabajo a la necesaria redefinición de las libertades comunicativas y a la concreta problemática de la garantía constitucional frente a la censura en el mundo digital.

II.- LA REDEFINICIÓN DE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN Y DE INFORMACIÓN COMO «*IUS COMMUNICATIONIS*»

La revolución tecnológica que ha dado lugar a la Era digital exige, como se ha señalado, reinterpretar nuestros derechos y libertades fundamentales a la luz de la nueva realidad social y, entre ellos, las libertades de expresión y de información qué duda cabe que se encuentran entre las más afectadas en un mundo que asume la comunicación como clave de bóveda. Así las cosas, puede concluirse con Lessig que precisamente Internet ha ayudado a mostrar el auténtico significado de la libertad de expresión¹². Y es que, como expresa J. M. Balkin: «*Internet and digital technologies help us look at freedom*

⁸ Vid. FERNÁNDEZ ESTEBAN, M^a. L., *Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales*, Mc GrawHill, Madrid, 1998, pp. 88 y ss.

⁹ Un modelo en el que «*Heterodox messages do penetrate the net of corporate control just as they penetrate church and state control*» (CURRY JANSEN, S., *Censorship. The knot that binds power and knowledge*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1988, p. 163).

¹⁰ Cita tomada de BOWMAN, S./WILLIS, C., *We Media. How audiences are shaping the future of news and information*, The Media Center at the American Press Institute, 2003, p. 47: www.hypergene.net/wemedia/, que a su vez la referencia de SIMPSON, J. B., *Simpson's Contemporary Quotations*, Houghton Mifflin Company, 1988.

¹¹ Vid. ACLU v. J. Reno, 96-511, 26/06/1997.

¹² LESSIG, L., *El Código y otras leyes del ciberespacio*, Taurus, Madrid, 2001, p. 309.

*of speech from a different perspective. That is not because digital technologies fundamentally change what freedom of speech is. Rather, it is because digital technologies change the social conditions in which people speak, and by changing the social conditions of speech, they bring to light features of freedom of speech that have always existed in the background but now become foregrounded»*¹³. Una nueva perspectiva que creo que afectará a la definición general de las libertades comunicativas y no sólo a su proyección en su ejercicio a través de Internet¹⁴.

No es algo nuevo, y lo cierto es que las libertades de expresión y de información, su contenido, fundamentación y límites, han estado en continua evolución, íntimamente vinculadas con el modelo de Estado, pero también con la realidad social y con los distintos medios que, según el momento histórico, han servido de cauce preferente para la comunicación social -desde los primeros libelos a la prensa escrita, llegando a los medios de comunicación de masas y ahora a Internet-.

De esta guisa, en la Era digital considero que las libertades de expresión y de información deben avanzar hacia su reconocimiento como un auténtico *ius communicationis*¹⁵, un derecho a la comunicación en el que se dé tutela a todo el proceso comunicativo entendido en su más amplia extensión. Se ha de incluir la libertad de expresarse en su vertiente activa, pero también la dimensión pasiva y los derechos a recibir y acceder a las comunicaciones, entendidas éstas en su sentido más amplio: informaciones, opiniones, valoraciones e incluso y la transmisión de todo tipo de datos (fotos, vídeos, música...). Porque, en la sociedad digital, podemos entender que precisamente es el mero hecho de la comunicación el que justifica la especial protección constitucional que ofrece esta libertad fundamental.

Un derecho que, además, encontraría su anclaje en los textos internacionales de derechos humanos, particularmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su art. 19 reconoce este derecho de comunicación que trasciende otras visiones más estrictas de la libertad de expresión: *«este derecho incluye el de no ser molestado a cause de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión»*¹⁶.

¹³ BALKIN, J. M., «Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society», *New York University Law Review*, n. 79-1, April, 2004, p. 2: <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/telecom/digitalspeechanddemocraticculture.pdf>.

¹⁴ LESSIG, L., *El Código...*, *op. cit.*, p. 309.

¹⁵ Sobre la caracterización del *ius communicationis*, véase CORREDOIRA Y ALFONSO, L., «Lectura de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en el paradigma de la nueva “Sociedad de la información”». Estudio específico del artículo 19.», en COTINO HUESO (Coord.), *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 58-73; BEL MALLÉN/CORREDOIRA Y ALFONSO, *Derecho de la información*, Ariel, Barcelona, 2003; PERUGINELLI, G./RAGONA, M. (ed.), *Law via the Internet. Free access, quality of information, effectiveness of rights*, European Press Academic Publishing, Florence, 2009.

¹⁶ En términos muy parecidos también reconocen tanto la libertad de comunicar como la de recibir informaciones e ideas, véanse el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (art. 19); el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 10); la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 11); la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 13); y la Carta Africana de derechos humanos y de los pueblos (art. 9).

Son facetas que se han ido forjando a lo largo de la evolución de esta libertad pero que ahora parecen adquirir particular vigor en la sociedad virtual y muy en especialmente en su ejercicio a través de Internet, ya que en el actual modelo de comunicación, como se ha visto, se da una relación interactiva en la que no se puede plantear el modelo tradicional de emisores-receptores de información, sino que todos los usuarios se convierten, en palabras de Cotino Hueso, en «prosumidor»¹⁷.

De esta manera, en relación a la delimitación interna de las libertades de expresión y de información entendidas como un *ius communicationis*, atendiendo a su contenido objetivo, esta concepción amplia se compadece mal con aquellas visiones de las libertades que proponen la fijación de límites internos como puede ser la doctrina de las materias privilegiadas, según la cual sólo ciertos contenidos de relevancia para formar la opinión pública merecen quedar amparados por esta libertad¹⁸. Como se ha dicho, en un orden basado en la comunicación, cualquier información o pensamiento será, al menos *prima facie*, meritorio de tutela con independencia de su valor para la sociedad¹⁹.

De igual modo, en la Era digital deben superarse aquellas concepciones que originariamente habían entendido que la libertad de expresión salvaguarda únicamente el pensamiento «original», el «*proprio pensiero*» como vendría afirmado por la Constitución italiana²⁰. Ahora debemos abogar por la redefinición de la libertad incluyendo el derecho de publicar, distribuir, interactuar con otros e intercambiar ideas, de apropiarse de los materiales culturales y de combinarlos y compartir los resultados, de producir cultura. En definitiva, «*freedom is bricolage*», como afirma Balkin²¹. La nueva concepción de la libertad de expresión no puede basarse en unos valores mercantilistas, sino que ha de sostenerse sobre una nueva visión de la «cultura democrática». La libertad de comunicación que se descubre a partir de los nuevos desarrollos tecnológicos «*is thus both individual and cultural. It is the ability to participate in an ongoing system of culture creation through the various methods and*

¹⁷ COTINO HUESO, L., «Algunas Claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los “blogs”»), en *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías*, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005, p. 59.

¹⁸ Por ejemplo, en la doctrina italiana FOIS, S., *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milan, 1957.

¹⁹ A mi juicio la tutela *prima facie* de las expresiones debe extenderse a cualquier contenido expresivo de ideas o informaciones, incluso a aquellos claramente ofensivos, sin perjuicio de que en un juicio sucesivo puedan excluirse de protección y se justifique su restricción. Es por ello que no comparto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que excluye de plano del ámbito de protección del convenio a ciertos contenidos como son los discursos negacionistas del Holocausto, racistas o xenófobos, homófobos o islamofóbicos (vid. SSTEDH 23/10/2012, V. A. Molnar v./ Romania; Decisiones TEDH 20/10/2007, P. Ivanov v./ Russia; 16/11/2004, M. A. Norwood v./ United Kindom; 24/06/2003, Roger Garaudy v./France; and 1/02/2000, Schimanek v./ Austria).

²⁰ El art. 21 de la Constitución italiana reconoce que «*Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione*», de lo que un sector doctrinal ha excluido del ámbito interno de la libertad aquellas expresiones falsas o incluso el pensamiento «*non originale*» (vid. ESPOSITO, C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milan, 1958, pp. 36; PACE, A./MANETTI, M., *La libertà di manifestazione del proprio pensiero. Art. 21. Commentario della Costituzione*, Zanichelli editore, Bologna, 2006, pp. 88).

²¹ BALKIN, J. M., «Digital speech and democratic culture...», *op. cit.*, pp. 43-44.

technologies of expression that exist at any particular point in time»²². Ello no quiere decir que se desprotejan los derechos de propiedad intelectual y será necesario definir legislativamente de la manera más precisa posible los límites a la libertad en el punto de colisión con estos derechos²³. De hecho, como se afrontará posteriormente al referirnos a las garantías de las libertades comunicativas, han sido notables los conflictos que ha planteado la reciente regulación en tutela de la propiedad intelectual pretendiendo, en ocasiones de forma excesivamente incisiva, el establecimiento de medios de control y vigilancia de la libertad de comunicación con serio menoscabo de sus garantías²⁴. En sentido contrario, han surgido nuevas fórmulas de derechos de propiedad que, garantizando el reconocimiento del autor, facilitan dar un uso libre a las obras en sintonía con los parámetros de esta nueva cultura abierta y colectiva, y amparan con ello esta nueva forma de entender la libertad de comunicación (y de creación)²⁵.

Todavía desde la perspectiva de la delimitación interna de estas libertades comunicativas hay cuestiones que siguen resultando problemáticas, como es la tutela *publicidad*²⁶ o, en relación con la difusión de informaciones o hechos, considero que la *veracidad* no puede ser tratada como un límite interno, sino como un canon a considerar para enjuiciar si se ha realizado un ejercicio abusivo de estas libertades en caso de colisión con otros bienes o valores constitucionales.

No son las únicas fronteras que necesitaran redefinición. Así las cosas, la concepción de la libertad de expresión como una libertad de comunicación en sentido amplio provoca intensas colisiones con otros derechos o bienes constitucionales. Particularmente debe destacarse cómo la libertad de comunicación puede afectar también al derecho a la intimidad y a aquellos otros derechos derivados del mismo, como son el derecho a la

²² Ibidem, p. 5.

²³ Como reconoce la Recomendación del Comité de Ministros (CM/Rec(2014)6) «*on a Guide to human rights for Internet users*», 16/04/2014: «*you are free to create, re-use and distribute content respecting the right to protection of intellectual property, including copyright*».

²⁴ En España puede servir el ejemplo de la aprobación de la Disposición Final Segunda del Proyecto de Ley de Economía Sostenible, que permite el cierre por una comisión administrativa de páginas web que vulneren los derechos a la propiedad intelectual; o en Francia la Loi n. 2009-669, du 12/06/2009 (HADOPI), sobre la que el *Conseil Constitutionnel* declaró inconstitucional que pudiera ordenarse la desconexión de Internet por un órgano administrativo sin un proceso judicial.

²⁵ Un ejemplo es el sistema «*copyleft*». Incluso, ha surgido un «Pirata Party» que ha hecho de esta nueva cultura su ideario político y el cual llegó a alcanzar representación en el Parlamento Europeo.

²⁶ El TEDH ha establecido que la publicidad sí que deberá quedar amparada: «*The Court would first point out that Article 10 (art. 10) guarantees freedom of expression to "everyone". No distinction is made in it according to whether the type of aim pursued is profit-making or not (see, mutatis mutandis, the Autronic AG v. Switzerland judgment of 22 May 1990, Series A no. 178, p. 23, para. 47) and a difference in treatment in this sphere might fall foul of Article 14 (art. 14). (...) Article 10 (art. 10) does not apply solely to certain types of information or ideas or forms of expression (see the Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany judgment of 20 November 1989, Series A no. 165, p. 17, para. 26), in particular those of a political nature; it also encompasses artistic expression (see the Müller and Others v. Switzerland judgment of 24 May 1988, Series A no. 133, p. 19, para. 27), information of a commercial nature (see the Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann judgment previously cited, ibid.) - as the Commission rightly pointed out - and even light music and commercials transmitted by cable (see the Groppera Radio AG and Others v. Switzerland judgment of 28 March 1990, Series A no. 173, p. 22, paras. 54-55)*» (STEDH 24/02/1994, Casado Coca v./ España, § 35).

protección de datos o el más reciente «derecho al olvido»²⁷. A este respecto se exige una atenta valoración de aquellas reglas o criterios que, en un «*definitional balancing*», definan la colisión entre estos derechos (cuya positivación a mi juicio corresponde en esencia al legislador²⁸). En cualquier caso, se trata de una regulación de la libertad justificada en una limitación externa, es decir, fundada en la protección de otros bienes constitucionales y que exige como presupuesto reconocer que el contenido expresivo que colisiona con otro bien está *prima facie* amparado por la libertad de comunicación.

Por otro lado, en relación en concreto con el uso de Internet y de las Nuevas Tecnologías, se proclama un (nuevo) *derecho de acceso a la sociedad de la información y a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TICs)*, incluso como derecho fundamental inherente al propio reconocimiento de la libertad de expresión y de información²⁹, necesario para participar en democracia: “*Access to the Internet is an important means for you to exercise your rights and freedoms and to participate in democracy*”, declara una Recomendación del Consejo de Europa³⁰. Se trataría de un derecho que se podría asentar en el derecho general a «*gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones*» reconocido en el art. 15.1.b) del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Este derecho, todavía con unos perfiles difusos, presenta una doble dimensión, por un lado, como un *derecho de acceso a la tecnología en sí misma*, reconociendo éstas como un «servicio universal» al que todos los ciudadanos han de poder acceder y del que podrían derivarse obligaciones

²⁷ Sobre la protección de los datos personales y el derecho al olvido debe considerarse en particular la Propuesta de Reglamento de Protección de Datos de la Unión Europea (COM (2012) 11) y la cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la UE por la Audiencia Nacional española en relación a la posibilidad de extender la regulación de protección de datos a la actividad que realizan los buscadores de Internet como Google aplicando también una suerte de «derecho al olvido» (Google Spain and Google, C-131/12) y que ha sido resuelta en la sentencia de 13 de mayo de 2014. El TJUE ha concluido en esta sentencia, entre otros extremos, que «en la medida en que la supresión de vínculos de la lista de resultados podría, en función de la información de que se trate, tener repercusiones en el interés legítimo de los internautas potencialmente interesados en tener acceso a la información en cuestión, es preciso buscar, en situaciones como las del litigio principal, un justo equilibrio, en particular entre este interés y los derechos fundamentales de la persona afectada con arreglo a los artículos 7 y 8 de la Carta. Aunque, ciertamente, los derechos de esa persona protegidos por dichos artículos prevalecen igualmente, con carácter general, sobre el mencionado interés de los internautas, no obstante este equilibrio puede depender, en supuestos específicos, de la naturaleza de la información de que se trate y del carácter sensible para la vida privada de la persona afectada y del interés del público en disponer de esta información, que puede variar, en particular, en función del papel que esta persona desempeñe en la vida pública» (§ 81). Sobre el «derecho al olvido», *vid.* SIMÓN CASTELLANO, P., *El régimen constitucional del Derecho al olvido digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; PIZZETTI, F., *Il caso del diritto all'oblio*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013; or various charters in TERUEL LOZANO, G. T. *et alii*, *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Internet y Nuevas Tecnologías*, Aranzadi, Navarra, 2013.

²⁸ *Vid.* ROLLA, G., «El difícil equilibrio entre el derecho a la información y la tutela de la dignidad y de la vida privada», *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, n. 2, 2002, pp. 161 y ss.

²⁹ *Cfr.* Resolución de la Asamblea General de la ONU sobre «access to information technologies» (AG/RES. 1421 (XXVI-O/96)), de la Conferencia General de la UNESCO sobre «Recommendation concerning the Promotion and Use of Multilingualism and Universal Access to Cyberspace», 15/10/2003; y The European Charter of Rights of Citizens in the Knowledge Society.

³⁰ Recommendation CM/Rec(2014)6 of the Committee of Ministers to member States on a Guide to human rights for Internet users.

prestacionales por el Estado³¹: “*The Internet, as a medium by which the right to freedom of expression can be exercised, can only serve its purpose if States assume their commitment to develop effective policies to attain universal access to the Internet.*”³². Pero, por otro, como un *derecho al acceso a la información de la Red*, relacionado así con la libertad de recibir información, pero que supera ésta para enlazar también con el derecho a la cultura³³. En palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: «*The right to Internet access is considered to be inherent in the right to access information and communication protected by national Constitutions, and encompasses the right for each individual to participate in the information society and the obligation for States to guarantee access to the Internet for their citizens.*»³⁴. O, de forma más reciente, ha reiterado la importancia de Internet para poder acceder a la información y a las noticias: «*in the light of its accessibility and its capacity to store and communicate vast amounts of information, the Internet plays an important role in enhancing the public’s access to news and facilitating the dissemination of information in general*»³⁵. Y es que, hoy por hoy, quien está fuera de la Red queda al margen del mundo.

De manera que este derecho el acceso a Internet trasciende su pura dimensión tecnológica y se convierte en un *príus* para el ejercicio otros derechos fundamentales, especialmente las libertades comunicativas, a través de este medio de comunicación. En palabras de S. Rodotà: «*il diritto di accesso a Internet, tuttavia inteso non solo come diritto a essere tecnicamente connessi alla rete, bensì come espressione di un diverso modo d'essere della persona del mondo, dunque come effetto di una nuova distribuzione del potere sociale [...]. Il diritto di accesso, infatti, si presenta ormai come sintesi tra una situazione strumentale e l'indicazione di una serie tendenzialmente aperta di poteri che la persona può esercitare in rete*»³⁶.

³¹ Entre otras, cfr. A nivel internacional el UN Human Rights Council’s Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression stated the following in his report of 16 May 2011 to the Human Rights Council (A/HRC/17/27) y la Recommendation CM/Rec(2014)6 of the Committee of Ministers to member States on a Guide to human rights for Internet users. A nivel nacional, cfr. SENADO ESPAÑOL, «Informe especial comisión redes informáticas», 9/12/1999, <http://www.senado.es/pdf/legis6/senado/bocg/I0812.PDF>.

³² UN Human Rights Council’s Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression stated the following in his report of 16 May 2011 to the Human Rights Council (A/HRC/17/27)

³³ Vid. TORRES DÍAZ, María Concepción, “El derecho de acceso a internet como derecho fundamental: análisis constitucional desde una perspectiva crítica”, en Loreto Corredoira y Alfonso, Loreto y Cotino Hueso, Lorenzo (dir.), *Libertad de expresión e información en Internet: amenazas y protección de los derechos personales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, Madrid; PERUGINELLI, G./RAGONA, M. (ed.), *Law via the Internet. Free access, quality of information, effectiveness of rights*, European Press Academic Publishing, Florence, 2009; y CORREDOIRA Y ALFONSO, L., «Internet II», en BEL MALLÉN/CORREDOIRA Y ALFONSO, *Derecho de la información*, Ariel, Barcelona, 2003, pp. 561.

³⁴ STEDH (2ª sección) 18/12/2012, Yildirim v. Turkey § 31. Vid. The Joint declaration on freedom of expression and the Internet (UN, OSCE, OAS, ACHPR), 1/06/2011: «*Giving effect to the right to freedom of expression imposes an obligation on States to promote universal access to the Internet.*» (§6.a); y The European Charter of Rights of Citizens in the Knowledge Society que reclama el «*rights to access*», «*rights to education and training*», «*rights to online information*» y «*rights to online participation*».

³⁵ Entre las más recientes, SSTEDH (4ª sección) 17/01/2017, Jankovskis v. Lithuania, § 54 y (2ª Sección) 19/01/2016, Kalda v. Estonia, § 44.

³⁶ RODOTÀ, S., *Il diritto di avere diritti*, Editori Laterza, Bari, 2012, p. 384.

En relación con ello, la neutralidad en la Red se ha convertido en un principio esencial para garantizar el pluralismo en el ciberespacio³⁷, a través de la consideración de Internet como un servicio público, según se ha visto³⁸.

Asimismo, en cuestiones más colaterales también sería conveniente replantear algunos aspectos en relación al reconocimiento de la libertad de comunicación a la luz de la nueva realidad social y del actual modelo comunicativo. Así, por ejemplo, la necesidad de estudiar cuál ha de ser *el alcance de la exigencia de veracidad en la Red o la importancia del medio y del modo de comunicación para el tratamiento jurídico*³⁹. Temas que quedan abiertos al debate y a la reflexión.

Especialmente los medios de comunicación se enfrentan a sustanciales cambios en su «ecosistema» y en su regulación que afectan también al ejercicio de las libertades comunicativas. En este sentido, la especial protección que tradicionalmente se atribuía al ejercicio de las libertades comunicativas por los periodistas se enfrenta a su proyección en el actual «periodismo participativo»⁴⁰, que tanta importancia ha adquirido. Y es que es difícil distinguir entre un estatus reconocido a la prensa formal, con unas particulares garantías, de la protección general a la libertad⁴¹.

Asimismo, en cuanto al modelo regulativo que se pueda proyectar para Internet en relación con la libertad de expresión, a diferencia de la regulación de la radiodifusión en el que se admitía constitucionalmente mayor injerencia de los poderes públicos dadas sus características especiales (escasez, penetración, problemas de concentración y necesidad de garantizar el pluralismo), las mismas no parecen concurrir en el caso de Internet, cuyo régimen más bien debiera identificarse con el más puramente liberal

³⁷ En este sentido, ha señalado RODOTÀ, S., *op. cit.*, p. 387 que: «il principio di neutralità della rete e la considerazione della conoscenza in rete come bene comune, al quale deve essere sempre possibile l'accesso. Per questo è necessario affermare una responsabilità pubblica nel garantire quella che deve ormai essere considerata una componente della cittadinanza, dunque una precondizione della stessa democrazia, E, in questo modo, si fa emergere anche l'inammissibilità di iniziative censorie».

³⁸ El reconocimiento de la neutralidad en la Red y la declaración como servicio universal de los servicios de comunicaciones electrónicas es la línea que ha mantenido la Unión Europea, consolidada en el Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento y del Consejo de 25 de noviembre de 2015. También ha sido la política mantenida por la Comisión Federal de Comunicaciones de Estados Unidos al considerar Internet como servicio público para garantizar la neutralidad en el mismo. Como ejemplo, la Declaración de Derechos en Internet aprobada por la Comisión parlamentaria italiana el 28 de julio de 2015 afirma el principio de la neutralidad en la Red en su artículo 4º con el siguiente tenor: «1. Every person has the right that the data he/she transmits and receives over the Internet be not subject to discrimination, restrictions or interference based upon the sender, recipient, type or content of the data, the device used, applications or, in general, the legitimate choices of individuals. / 2. The right to neutral access to the Internet in its entirety is a necessary condition for the effectiveness of the fundamental rights of the person.».

³⁹ Vid. COTINO HUESO (Coord.), *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

⁴⁰ Sobre este nuevo modelo de periodismo participativo, vid. BOWMAN, S./WILLIS, C., *We Media...*, *op. cit.*, *passim*; and COTINO HUESO, L., «Algunas Claves para el análisis constitucional...», *op. cit.*, pp. 66.

⁴¹ Por el contrario, el Tribunal Supremo italiano, por ejemplo, ha rechazado que los sitios webs puedan beneficiarse de la garantía constitucional prevista para el secuestro de la prensa (Cass. Sez. V, 10594, 5/11/2013, Dep. 5/03/2014). Vid. MELZI D'ERIS, C., «La Cassazione esclude l'estensione ai siti in Internet delle garanzie costituzionali previste per il sequestro di stampati», *Diritto Penale Contemporaneo*, 25/03/2014.

propio de la prensa⁴². Además, en un momento en el que uno de los pilares de las nuevas tecnologías es la «convergencia» de servicios, tales conclusiones permitirían acercarse al *principio de indiferencia del medio*, de manera que el medio a través del que se ejercite la libertad de expresión sea efectivamente un «factor neutro» en la regulación de la misma.

Por último, en relación al ejercicio de la libertad de expresión en el ciberespacio y muy concretamente a través del WWW, por más que se apueste por una amplia definición de esta libertad se hace necesario subrayar algunas peculiaridades en su delimitación. Y es que no creo que toda página web vaya a quedar *prima facie* protegida por la libertad de expresión, para lo cual entiendo necesario distinguir las webs en atención a la finalidad de la actividad a la que cada página web se dirige. En particular diferenciaría aquellas dedicadas a la *difusión o procesamiento de contenidos expresivos (informaciones, datos –música, vídeos...- u opiniones)*⁴³, potencialmente protegidas por la libertad de comunicación con independencia de sus contenidos o de si con las mismas se persigue una finalidad económica; de esas otras páginas webs que se dedican a la *prestación de servicios telemáticos*⁴⁴, que estarían excluidas de protección bajo el amparo de la libertad de comunicación, aunque sí que puedan beneficiarse de la tutela en base a otros derechos o libertades⁴⁵. Esta delimitación será importante a la hora de abordar la proyección de las garantías constitucionales sobre el WWW, al tiempo que parece inadecuado pretender un régimen jurídico omnicompreensivo que afectara a todas las páginas web por igual⁴⁶.

Por ello puede resultar interesante entrar ahora a valorar la concreta problemática de la censura en el mundo digital.

III.- UNA PROBLEMÁTICA CONCRETA: LA PROHIBICIÓN DE CENSURA EN EL MUNDO DIGITAL

⁴² Como se ha visto, así lo entendió el Tribunal Supremo norteamericano (ACLU v. J. Reno, 96-511, 26/06/1997) donde concluyó en primer lugar que *en Internet no se verifican las circunstancias que justifican una mayor regulación* y se debe aplicar un escrutinio estricto a las restricciones que se impongan a la expresión por este medio; y, en segundo término, *consideró necesario proteger la autonomía del nuevo medio dado su importante carácter democratizador*. En un sentido parcialmente diferente, el Tribunal Supremo no aplicó la «*public forum doctrine*» a Internet en relación con la Children's Internet Protection Act (American Library Association vs. United States, 594 US. 194 (2003)).

⁴³ En este grupo incluiríamos aquellas páginas que prestan servicios de «suministración de información por vía telemática» y también las páginas web de buscadores de información a través de Internet (aquellas web que prestan servicios de «provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet»).

⁴⁴ Aquí entrarían principalmente todas las páginas web dedicadas a actividades de «comercio electrónico», pero también esas otras que permiten diversos servicios telemáticos. Por ejemplo, en mi opinión nada se opone a que, como en el mundo físico, la Administración pudiera exigir el cierre de una web dedicada a la venta ilegal de fármacos.

⁴⁵ En tal sentido, en las páginas web dedicadas al comercio electrónico entraría en juego la libre iniciativa económica y otros derechos constitucionales, pero en principio no la libertad de expresión. Por ejemplo, a mi juicio nada impide que se pueda regular, igual que ocurre en el mundo físico, que la Administración pueda cerrar de manera preventiva una página web que se dedica a la venta de medicamentos ilegales.

⁴⁶ Un ejemplo es la Directiva de Comercio electrónico (2000/31/EC) la cual trasciende la regulación del comercio electrónico y mantiene una amplia vocación regulatoria de las actividades en Internet.

1.- LA IMPORTANCIA DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONAL EN EL CONTROL DE CONTENIDOS EN LA RED

La Red, que originariamente parecía expresión del paradigma del ideal de un espacio abierto a la anarquía⁴⁷, se está convirtiendo cada vez en un medio más controlado, incluso en un medio en el que el «poder» (público o privado) actúa de manera más incisiva sobre la libertad de los ciudadanos. Surgen nuevas fórmulas de control exorbitantes, se proclaman nuevos límites a las libertades, se pretende permitir penetrantes actuaciones administrativas y se tiende a una «comercialización» del ciberespacio⁴⁸. Esto afecta muy especialmente al ejercicio de las libertades de expresión y de información en Internet y a la proyección de sus garantías constitucionales sobre este medio. Ello no quiere decir que se asuma que Internet ha de quedar como un espacio libre de injerencias estatales, ausente de cualquier género de regulación⁴⁹. De hecho, comparto que tal filosofía produciría exactamente el efecto contrario, ya que la ausencia de una «ley» en Internet precisamente puede terminar redundando en una desprotección para los ciudadanos⁵⁰.

Pero lo cierto es que técnicamente, Internet, por más que se define como un espacio abierto y sin fronteras, permite controles incluso más incisivos que los que pueden establecerse a la comunicación en el espacio físico⁵¹. Así, hay Estados dictatoriales que, desconociendo los postulados mínimos de la libertad de expresión, han impuesto sistemas que llevan desde la más drástica desconexión del país de Internet a otros mecanismos de control mediante la imposición de filtros gubernamentales, exigencias de autorizaciones para el uso de Internet, medidas policiales y penales, etc.⁵². Al margen de estos casos extremos, la respuesta en democracia debería ser distinta, aunque no por ello éstas dejan de controlar los contenidos que circulan por Internet⁵³. En este sentido,

⁴⁷ En este sentido puede verse, por ejemplo, la «Declaration of the Independence of Cyberspace» promovida en 1996 por John Perry Barlow.

⁴⁸ Vid. MACKINNON, R., *Consent of the networked*, Basic Books, New York, 2012, part. 1, Chap. 1; or BOIX PALOP, A., «Derechos de propiedad y garantía del pluralismo. Notas sobre el producto informativo en Internet y su tratamiento jurídico», en COTINO HUESO (Coord.), *Libertades, democracia y gobierno electrónico*, Comares, Granada, 2006, pp. 73-75.

⁴⁹ Así lo pretende la «Declaration of the Independence of Cyberspace» (1996).

⁵⁰ Vid. MUÑOZ MACHADO, S., *Los itinerarios de la libertad de palabra*, Discurso leído el día 26 de mayo de 2013, Real Academia Española, Madrid, 2013; ROIG, A., *Derechos fundamentales y tecnologías de la información y de las comunicaciones* (TICS), Bosch, Barcelona, 2010, pp. 100-101; ROGERS, K. M., *The Internet and the Law*, Palgrave, Macmillan, London, 2011.

⁵¹ Aunque se volverá a continuación sobre esta cuestión, sobre las diferentes formas de control de Internet, vid. OpenNet Initiative (<https://opennet.net>) or Freedom House (<http://www.freedomhouse.org>); OSCE, *Report Freedom of Expression on the Internet. A study of legal provisions and practices related to freedom of expression, the free flow of information and media pluralism on the Internet in OSCE participating States*, September 2010; y el libro MACKINNON, R., *Consent of the networked...*, op. cit., Part. 2, Chap. 3.

⁵² Vid. REPORTEROS SIN FRONTERAS, «Los enemigos de Internet», 12/03/2009: http://www.rsf.org/IMG/pdf/Enemigos_de_Internet.pdf.

⁵³ Vid. OSCE, *Report Freedom of Expression on the Internet. A study of legal provisions and practices related to freedom of expression, the free flow of information and media pluralism on the Internet in OSCE participating States*, Septiembre 2010, y SWISS INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW, *Comparative study on blocking, filtering and take-down of illegal Internet content*, Lausanne, 20/12/2015.

los países democráticos han establecido mecanismos para bloquear la difusión de aquellos contenidos que resultan ilícitos y para fijar restricciones para los contenidos nocivos⁵⁴, si bien han seguido modelos distintos para alcanzar estos fines⁵⁵.

Estas divergencias en el acercamiento a cómo deben reaccionar los Estados ante la difusión de contenidos ilícitos o nocivos plantea además notables dificultades, dadas las propias características del medio (global, abierto y descentralizado en el que rige la horizontalidad suprema)⁵⁶, cuya regulación exige una difícil armonización legislativa

⁵⁴ Contenidos ilícitos son aquellos proscritos legalmente con carácter general como por ofender o poner en peligro otros bienes o valores constitucionales. Por su parte, contenidos nocivos serán aquellos que siendo lícitos pueden sin embargo resultar perjudiciales para determinados tipos de personas. A este respecto, es especialmente necesaria la protección de la juventud y de la infancia, en concreto frente a contenidos que como la pornografía o la violencia pudieran afectar a su correcto desarrollo personal. *Vid.* BEATTIE, S., *Community, Space and online Censorship. Regulatin Pornotopia*, Ashagte, Farnham, England/Burlington (USA), 2009, Chap. 6.; MACKINNON, R., *Consent of the networked, op. cit.*, Part. 4; ROGERS, K. M., *The Internet and the Law*, Palgrave, Macmillan, London, 2011, chap. 11.

⁵⁵ Así se han planteado fundamentalmente dos modelos: un sistema en el que el Estado adopta medidas reguladoras y limitadoras de la libertad de expresión en Internet. Ha sido el caso, por ejemplo, por ejemplo, de los EE.UU. con normas como la Communications Decency Act (1996); la Safe Schools Internet Act (1999); la Child Online Protection Act (1998) y la Children Online Privacy Protection Act (1998)), aunque con una fuerte oposición social que ha tenido respuesta judicial (en particular, *ACLU v. J. Reno*, 96-511, 26/06/1997 o *American Library Association vs. US*, 594 US. 194 (2003)). Y el modelo mantenido en el que se apuesta por la adopción de medidas menos restrictivas para la libertad de expresión que ponen su acento en el compromiso de operadores y usuarios, cuyas líneas guía han sido el «fomento del uso responsable de Internet», la «sensibilización» de los usuarios, «impulso a la autorregulación» y el establecimiento de «hot lines» (*cfr.* Action Plan for a Safer Internet 1999-2004 and Safer Internet Plus Programme). No obstante, como se verá, en el marco Europeo la autorregulación ha empezado a plantear también problemas si no cuenta con base legal y se deja en manos de actores privados la adopción de decisiones de bloqueo o restricción de contenidos. En general sobre los modelos de control, *vid.* SWISS INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW, *Comparative sutdy on blocking, filtering and take-down of ilegal Internet content*, Lausanne, 20/12/2015; FERNÁNDEZ ESTEBAN, M^a. L., *Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales, op. cit.*, pp. 331; and BEATTIE, S., *Community, Space and online Censorship. Regulatin Pornotopia, op. cit.*

⁵⁶ Así las cosas, ante un fenómeno global y sin fronteras como es Internet, los Estados mantienen estándares distintos para definir aquello que debe ser considerado como ilícito y todavía más diferentes son las concepciones de lo que ha de ser entendido por nocivo, en relación con la intensidad en la que los ordenamientos constitucionales reconocen la libertad de expresión. Esto propicia el que ante los intentos regulativos de un Estado se pueda dar una suerte de *fórum shopping* y se crean «paraísos digitales». Pero es que, además, cuando los Estados tratan de hacer valer su jurisdicción y se esfuerzan en hacer retirar determinados contenidos de la Red, se han encontrado con respuestas reflejas que han empeorado en muchos casos las situaciones o se han visto obligados a llevar a cabo ejercicios exorbitantes de su jurisdicción. Es el caso de lo ocurrido en el asunto de los contenidos nazis en Yahoo o en el caso *Compuserve*, en los que las jurisdicciones francesa y alemana respectivamente terminaron «gobernando» el mundo al forzar la retirada de Internet de determinados contenidos que, siendo ilegales en esos países, no lo eran en aquellos en los que estaban alojados. Interesante fue también el caso *Radikal*, en el que el intento de las autoridades alemanas de censurar una revista de extrema izquierda ilegal en este país, provocó la respuesta de cientos de internautas que se lanzaron a reflejar los contenidos de la misma para que fuera imposible su censura. Y algo parecido ocurrió con el caso del libro *Le Grand Secret* y que a pesar de las prohibiciones de publicación dictaminadas por la autoridad judicial francesa fue ampliamente difundido por la Red. O lo sucedido en España con el caso del secuestro judicial de la portada de la revista *El Jueves*. CUCURANAU, D., *Aspects of regulating freedom of expression on the Internet*, School of human rights research series, vol. 27, Intersentia, Antwerpen/Oxford/Portland, 2008; MACKINNON, R., *Consent of the networked, op. cit.*; COTINO HUESO, L./DE LA TORRE FORCADELL, S., «El caso de los contenidos nazis en Yahoo ante la jurisdicción francesa: un nuevo ejemplo de la problemática de los

(que incluiría tratar de establecer estándares comunes acerca de los límites a la libertad de expresión⁵⁷).

Del mismo modo, debe tenerse en cuenta el control de la Red que puede venir dado por los propios poderes privados, operadores de Internet que también pueden comprometer el pluralismo de Internet⁵⁸.

De esta suerte, como advierte el informe “*Fahrenheit 451.2: Is Cyberspace Burning?*”⁵⁹ de la *American Civil Liberties Union*, hay que ser muy cauteloso con la regulación de las actividades realizadas en Internet y de los contenidos que se difunden a través del mismo, ya que, al final, «*Any content-based regulation of the Internet, no matter how benign the purpose, could burn the global village to roast the pig*».

De manera que si se quiere garantizar que Internet sea un auténtico espacio de libertad, un foro abierto al pluralismo, sin que ello suponga admitir un libérrimo «escupidero» igualmente dañino para los derechos de las personas, habrá que reconocer la conveniencia de regular y controlar la difusión de contenidos por Internet pero con la salvaguarda de proyectar sobre la Red las garantías propias de la libertad de expresión, no sólo desde una perspectiva liberal, sino también desde la concepción de esta libertad en un Estado social y democrático para lograr la plena efectividad del derecho fundamental al acceso a la información de Internet y la garantía del pluralismo.

2.- NUEVAS FORMAS DE «CENSURA» EN INTERNET Y LA REDEFINICIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

A) Lectura del fundamento de la prohibición de censura como garantía a la libertad de expresión en la Era digital

El paradigma de las específicas garantías a la libertad de expresión desde su originario reconocimiento ha sido precisamente la prohibición de la censura⁶⁰. Sin pretender

derechos fundamentales y la territorialidad en internet», *Actas del XV Seminario de Derecho e informática*, Aranzadi, Madrid, 2002, pp. 897-917.

⁵⁷ Un intento, por ejemplo, es la Convención Europea contra el Cibercrimen donde tan sólo se alcanzó un acuerdo de mínimos sobre los contenidos ilícitos de Internet para el delito de pornografía infantil. Asimismo, quiero reseñar que los límites a la libertad de expresión en Internet no tienen que distinguirse de los límites generales a la libertad de expresión (por ejemplo, pornografía infantil deberá ser lo mismo con independencia del medio a través del que se difunda). De ahí que no comparta los intentos de fijar un contenido material diferenciado para los límites a esta libertad en atención a que se desarrolle esta actividad a través de internet. Aquí lo que se plantea es la necesidad de armonizar los mismos a nivel internacional.

⁵⁸ Como advierte la Declaración del Comité de Ministros sobre derechos humanos y Estado de Derecho en la Sociedad de la Información the (CM(2005)56 final of 13 May 2005): «*ICTs provide unprecedented opportunities for all to enjoy freedom of expression. However, ICTs also pose many serious challenges to that freedom, such as state and private censorship*». Porque hay un riesgo real de control privado de Internet (vid. MUÑOZ MACHADO, S., *Los itinerarios de la libertad de palabra*, op. cit., p. 231; Dawn C. NUNZIATO, *Virtual freedom. Net Neutrality and Free Speech in the Internet Age*, Stanford Law Books, California, 2009, pp. 88; MACKINNON, R., *Consent of the networked*, op. cit., part. 4).

⁵⁹ Cfr. <http://www.aclu.org/technology-and-liberty/fahrenheit-4512-cyberspace-burning>

⁶⁰ Con una revisión histórica de la censura a la libertad de expresión, vid. CURRY JANSEN, S., *Censorship. The knot that binds power and knowledge*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1988 and

ofrecer ahora un concepto técnico-jurídico de la prohibición de censura tal y como viene formulado por los textos constitucionales⁶¹, el fundamento último de esta garantía ha sido salvaguardar que se pueda dar una comunicación libre sin injerencias gubernamentales (por tanto públicas -y en particular gubernativas-), centradas en especial en las medidas impeditivas que de forma *previa* se pudieran fijar para la difusión de mensajes comunicativos⁶². Como garantía constitucional, la prohibición de censura no implica que no pueda limitarse la libertad de expresión, lo que prohíbe son los controles «sistemáticos» sobre las distintas formas de comunicación⁶³ y menos aún puede someterse la difusión de una obra a una revisión con base en criterios religiosos, ideológicos o políticos⁶⁴.

SCAMMELL, M., «Censorship and its history - a personal view», in *Information, freedom and censorship*, The article 19 World Report 1988, Longman, UK, 1988, pp. 1-18.

⁶¹ Debe destacarse que a nivel supranacional las distintas cartas de derechos fundamentales al reconocer la libertad de expresión sin embargo no establecen una específica prohibición de la censura. Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce la libertad de expresión y de información «sin fronteras» (art. 19); o en términos similares el Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos de 1966 (art. 19). El Convenio Europeo de Derechos Humanos sí que añade que la libertad de expresión debe darse «sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras»; y que «El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa» (art. 10). Tal fórmula es mantenida también por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que reconoce la libertad de expresión y de información (art. 11). Sí que la recoge tal prohibición de censura la Convención Americana de Derechos Humanos: «*The exercise of the right provided for in the foregoing paragraph shall not be subject to prior censorship but shall be subject to subsequent imposition of liability*» (art. 13.2). De manera que en Europa la concreta definición técnico-jurídica de la garantía de la prohibición de censura previa debe buscarse principalmente en las distintas constituciones nacionales. A modo de ejemplo, la Constitución alemana, «*No habrá ninguna forma de censura*» (5.1.in fine); la Constitución italiana, «*La prensa no puede quedar sujeta a autorizaciones o censuras*» (art. 21.2); la Constitución española, «*El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa*» (art. 20.2); o la Constitución de Portugal, «*No podrá ser impedido ni limitado el ejercicio de estos derechos por ningún tipo o forma de censura*» (art. 37.2).

⁶² Por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha definido la censura como «*Als Vor- oder Präventivzensur werden einschränkende Maßnahmen vor der Herstellung oder Verbreitung eines Geisteswerkes, insbesondere das Abhängigmachen von behördlicher Vorprüfung und Genehmigung seines Inhalts (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) bezeichnet*» (BVerfGE 33, 53 (Der lachende Mann)). O en términos muy similares el Tribunal Constitucional español afirmaba que debía entenderse por censura «cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerla depender del previo examen oficial de su contenido» (STC 52/1983, FJ. 4º y en términos similares STC 13/1985). O la Corte Costituzionale Italiana sostenía: «*la censura quale istituto tipico del diritto pubblico, secondo gli organi dello Stato, e soltanto essi, esercitano autoritativamente un controllo preventivo sulla stampa, adottato con provvedimento contenente un giudizio sulla manifestazione del pensiero rimesso alla pubblica amministrazione*» (Sentt. Cort. Cost. 150/1970 y 93/1972). Cfr. GARCÍA MORALES, M^a. J., «La prohibición de la censura en la era digital», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n. 31, 2013, pp. 237-276.

⁶³ En tal sentido, SCAMMELL, M., «Censorship and its history - a personal view», en *Information, freedom and censorship*, op. cit., p. 10, describe la censura como: «*Censorship, for all practical purposes, is the systematic control of the content of any communications medium, or of several or all of the media, by means of constitutional, judicial, or administrative, financial or purely physical measures imposed directly by, or with the connivance of the ruling power or a ruling elite [...]. But the concept of a systematic imposition of controls is, I think, essential to determining whether or not censorship is being practised in a given country [...]. Where a systematic control of all the communications media is in force*».

⁶⁴ Por ejemplo, el Oxford English Dictionary define « *censor*», en su segunda acepción: «*An official in some countries whose duty it is to inspect al books, journals, dramatic pieces, etc., before publication, to*

Pues bien, así entendidas estas garantías van a resultar insuficientes en el ámbito de Internet⁶⁵, muy especialmente porque en la Red muy difícilmente se pueden imponer límites previos a la difusión de mensajes. Una vez que una persona tiene acceso a la Red, resulta prácticamente imposible controlar aquello que la misma puede difundir a través de este medio. El carácter abierto, horizontal y, sobre todo, la interactividad y espontaneidad que caracterizan a la comunicación a través de Internet imposibilitan tales prácticas de censura previa sobre la publicación y difusión de contenidos. Son muy difíciles de configurar filtrados *ex ante* de aquello que va a ser publicado por este medio. Es por ello que en Internet el eje del control se va a dirigir hacia mecanismos que permiten controlar 1) el *acceso al medio*; 2) sobre la *creación y desarrollo de las tecnologías de la comunicación y la información*, es decir, sobre el derecho a crear los medios y soportes que permitan acceder a Internet; 3) también se puede tratar de controlar y limitar el derecho de los ciudadanos al *acceso a la información* existente en la Red. De ahí que sea sobre estos aspectos donde se debe fijar ahora la protección constitucional.

Asimismo, tan dañinos pueden ser para el ejercicio de esta libertad si estos controles son impuestos por autoridades públicas como si vienen determinados por los propios operadores privados de Internet, lo que tampoco puede ser desconocido desde el punto de vista de las garantías constitucionales.

Así las cosas, el contenido esencial que a mi juicio debe definir las garantías liberales propias de la libertad de expresión, en particular la prohibición de «censura», releídas en la Era digital según el contenido del «*ius communicationis*», debe venir definido por la salvaguarda frente a todo obstáculo (público o privado) a la libre circulación de ideas e informaciones, de forma que cualquier persona pueda difundir y tener acceso al flujo comunicativo con los únicos límites establecidos en la ley y verificados por una autoridad pública en los términos que a continuación se dirán⁶⁶. Junto a la protección de la posición activa de quien pretende publicar o difundir un determinado mensaje, la prohibición de la censura debe proteger frente a todo obstáculo que restrinja cualquiera

insure that they shall contain nothing immoral, heretical, or offensive to government» (cita tomada de CURRY JANSEN, S., *Censorship. The knot that binds power and knowledge*, *op. cit.*).

⁶⁵ Para una relectura de la prohibición de censura, *vid.* GARCÍA MORALES, M^a. J., «La prohibición de la censura en la era digital», *op. cit.*, pp. 237-276; y previamente yo también me he ocupado de la cuestión en TERUEL LOZANO, G. M., «Libertad de expresión en Internet, control de contenidos de las páginas web y sus garantías constitucionales», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, n. 25, 2011, pp. 81-103; y ÍD., «El Legislador y los riesgos para la libertad de expresión en Internet: notas sobre las garantías constitucionales de la libertad de expresión en la LSSICE y en la Disposición Final Segunda del Proyecto de Ley de Economía Sostenible», en Cotino Hueso, L. (Ed.), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, Publicaciones de la Universidad de Valencia, Valencia, 2011, p. 52-87: <http://www.derechotics.com/congresos/2010-libertades-y-20/e-libro-e-libertades-2010>.

⁶⁶ En este sentido, el Comentario General No. 34 sobre el Artículo 19 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, adoptado en la sesión 102ª (11-29 de Julio de 2011), por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, donde se afirma: «43. *Any restrictions on the operation of websites, blogs or any other internet-based, electronic or other such information dissemination system, including systems to support such communication, such as internet service providers or search engines, are only permissible to the extent that they are compatible with paragraph 3.*».

de las facultades comunicativas y amparar así el libre acceso de todo «mensaje comunicativo al proceso de comunicación pública»⁶⁷ –lógicamente para que entre un mensaje en el proceso de comunicación pública será necesario que el mismo sea potencialmente accesible por los ciudadanos-.

Como ha expresado el Consejo de Ministros del Consejo de Europa: «*People, communities, public authorities and private entities rely on the Internet for their activities and have a legitimate expectation that its services are accessible, provided without discrimination, affordable, secure, reliable and ongoing. Furthermore, no one should be subjected to unlawful, unnecessary or disproportionate interference with the exercise of their human rights and fundamental freedoms when using the Internet.*»⁶⁸. Cualquier persona ha de poder expresarse a través de Internet sin restricciones: «*the active participation of the public, for example by setting up and running individual websites, should not be subject to any licensing or other requirements having a similar effect*»⁶⁹; pero tampoco se puede desconectar a nadie de Internet –salvo decisión judicial-: «*You should therefore not be disconnected from the Internet against your will, except when it is decided by a court.*»⁷⁰. Porque, como ciudadano, «*You have the right to seek, receive and impart information and ideas of your choice, without interference and regardless of frontiers*»⁷¹.

De esta suerte, sólo la autoridad competente («preferiblemente»⁷² la autoridad judicial) en el correspondiente proceso puede impedir, sobre la base de la tutela de otros bienes o valores dignos de protección, el acceso o difusión a contenidos expresivos, según lo previsto legalmente y sin que sean admisibles controles sistemáticos de la información⁷³. Aún más, enriqueciendo esta visión de las garantías a la libertad con los postulados del Estado social y democrático, el reconocimiento de las libertades comunicativas, como ocurre con la neutralidad en la Red, podrá justificar la imposición de cargas o de obligaciones a los sujetos privados que participen del proceso comunicativo y amparará la intervención estatal para corregir las disfunciones y facilitar

⁶⁷ Vid. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Los derechos del público. El derecho a recibir información del artículo 20.1.d) de la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 103.

⁶⁸ Recommendation CM/Rec(2014)6 of the Committee of Ministers to member States on a Guide to human rights for Internet users.

⁶⁹ Declaration on freedom of communication on the Internet, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 28 May 2003, at the 840th meeting of the Ministers' Deputies

⁷⁰ Recommendation CM/Rec(2014)6 of the Committee of Ministers to member States on a Guide to human rights for Internet users.

⁷¹ Recommendation CM/Rec(2014)6 of the Committee of Ministers to member States on a Guide to human rights for Internet users.

⁷² No existe una restricción constitucional a que la Administración pueda controlar los excesos en el ejercicio de esta libertad, al menos a nivel de los textos internacionales. A nivel nacional habría que verificar aquellos Estados que más allá de la prohibición de censura previa recogen también la prohibición del secuestro administrativo de comunicaciones, proyectándose el mismo no sólo como una prohibición de un secuestro preventivo sino como una más amplia prohibición de intervención de la Administración. Vid. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., «Censura, secuestro y medidas cautelares en materia de libertad de información y expresión», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 4, 2001.

⁷³ SCAMMELL, M., «Censorship and its history - a personal view», in *Information, freedom and censorship*, op. cit., p. 10.

la plena eficacia de esta libertad para todos los ciudadanos y garantizar así tal espacio auténticamente pluralista.

B) La proyección de las garantías a la libertad de expresión sobre las nuevas formas de censura

Imponer obstáculos o tratar de censurar Internet puede parecer tanto como «tratar de poner vallas al campo», pero, como se ha adelantado, técnicamente es posible; de manera que corresponde ahora afrontar como última cuestión la forma en la que se deben hacer valer las garantías a la libertad de comunicación en relación con las nuevas formas de censura o control que pueden darse en la Red⁷⁴. En concreto se van a afrontar las siguientes: A) Las autorizaciones para el acceso a Internet; B) El bloqueo del acceso a una concreta información en Internet y el cierre de páginas web; C) Los sistemas generales de filtrado y bloqueo de internet y su regulación; y C) Otros riesgos para el pluralismo en la Red derivados del dominio empresarial y formas de censura privada. Quedan fuera de este estudio otras formas más agresivas de censura cuya ilegitimidad constitucional es patente en cualquier mínimo contraste con la libertad de expresión⁷⁵. Es el caso, por ejemplo, de algunas medidas adoptadas en países autoritarios para impedir el acceso de los ciudadanos a Internet -por ejemplo Corea del Norte o Afganistán bajo el gobierno talibán-, de forma que el país se mantiene desconectado de la Red global; o, en sentido similar, como se vio en las revueltas de la primavera árabe, algunos gobiernos redujeron el ancho de banda disponible para bloquear así el acceso a la Red⁷⁶.

a) Las autorizaciones para el acceso a Internet como formas de «censura previa»

Una medida técnicamente posible para controlar el acceso a la información en Internet sería el establecimiento de *sistemas de autorización o licencia previa para poder acceder a la Red* o, de manera algo menos incisiva, un «registro policial» de quienes sean usuarios de Internet. Tales medidas creo que resultan reprochables constitucionalmente desde la perspectiva del obstáculo que suponen para el libre acceso a las fuentes de información. A modo de ejemplo, se puede imaginar el revuelo que causaría que el Estado pretendiera imponer un sistema de autorizaciones previas para controlar aquellos que compran libros. Algo a todas luces intolerable.

Asimismo, estas *medidas de autorización o licencia previa* podrían pretender ser impuestas no sobre el acceso de los usuarios, sino *sobre los Proveedores de Servicios de Internet (PSI)* o sobre la *creación de medios de comunicación digitales*. Aquí se estaría

⁷⁴ Vid. OSCE, *Report Freedom of Expression on the Internet. A study of legal provisions and practices related to freedom of expression, the free flow of information and media pluralism on the Internet in OSCE participating States*, September 2010; SWISS INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW, *Comparative study on blocking, filtering and take-down of illegal Internet content*, Lausanne, 20/12/2015; y GARCÍA MORALES, M^a. J., «La prohibición de la censura en la era digital», *op. cit.*, pp. 237-276.

⁷⁵ Vid. MACKINNON, R., *Consent of the networked*, *op. cit.*, part. 2, chap. 3.

⁷⁶ Vid. GARCÍA ORTA, M^a J., *et alii*, «Redes sociales y herramientas 2.0 en las elecciones de Irán», Congress «*Alfabetización mediática y culturas digitales*», 13-14 May 2010 in Seville: <http://www.gabinetecomunicacionyeducacion.com/files/adjuntos/Redes%20sociales%20y%20herramientas%2020en%20las%20elecciones%20presidenciales%20de%20Irán.pdf>

obstaculizando el derecho a la creación de medios de comunicación, entendido en este caso como el derecho a crear y desarrollar los medios y soportes necesarios para la prestación de los servicios de comunicación e información. Aunque esta cuestión se vincula más directamente con la libre iniciativa económica, también tiene otra vertiente derivada de la libertad de expresión en la medida en que se está poniendo en juego la posibilidad de crear y desarrollar las infraestructuras necesarias para la comunicación y difusión de información. Es por ello que, a mi juicio, tampoco se debe admitir la constitucionalidad de medidas de autorización previa para desarrollar estas actividades. Este tipo de licencias puede ser admitido en el caso de la radiodifusión por las especiales características de tales servicios, las cuales sin embargo no concurren en el caso de Internet⁷⁷. Así lo ha entendido el Legislador europeo que en el artículo 4º.1 de la Directiva de Comercio Electrónico⁷⁸ impone el «principio de no autorización previa» de manera general para los prestadores de servicios de la sociedad de la información⁷⁹, y ello a salvo de los regímenes de autorización previstos con carácter general en el ordenamiento jurídico que afecten a los mismos por el tipo de actividad de que se trate.

b) Contenidos ilícitos y la legitimidad del bloqueo del acceso a una información «determinada» en Internet y el cierre de «concretas» páginas web

Otra posibilidad para el control de los contenidos difundidos en Internet es el bloqueo del acceso a los mismos o directamente el cierre de las páginas web que los contuvieran, lo cual puede resultar necesario cuando se trate de evitar la difusión de contenidos ilícitos. A tales efectos, como presupuestos para considerar si tales restricciones pueden resultar legítimas a la luz de la prohibición de censura entendida en el sentido amplio aquí mantenido, creo que es importante considerar los siguientes extremos: 1) Como cuestión previa habrá que constatar que la páginas web o los contenidos bloqueados quedan dentro del ámbito *prima facie* protegidos por la libertad de expresión, ya que de no estarlo no serían de aplicación sus garantías (y, como ya he expuesto, a mi juicio no todas las páginas web merecen tal protección fundamental). 2) Que se trate del bloqueo de unos contenidos determinados y concretamente identificados, de forma que no resulta legítimo fijar una prohibición genérica de bloquear un tipo de contenidos o de webs⁸⁰, algo que exigiría establecer sistemas genéricos de filtrado que, como ha advertido el Tribunal de Justicia de la UE⁸¹, resultarían contrarios al reconocimiento de

⁷⁷ Vid. ACLU v. J. Reno, 96-511, 26/06/1997.

⁷⁸ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

⁷⁹ «Los Estados miembros dispondrán que el acceso a la actividad de prestador de servicios de la sociedad de la información no pueda someterse a autorización previa ni a ningún otro requisito con efectos equivalentes» (art. 4.1 Directiva sobre comercio electrónico).

⁸⁰ Así, el Comentario General No. 34 sobre el Artículo 19 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, adoptado en la sesión 102ª (11-29 de Julio de 2011), por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, reconoce: «Permissible restrictions generally should be content-specific; generic bans on the operation of certain sites and systems are not compatible with paragraph 3».

⁸¹ SSTJUE de 24/10/2011, C-70/10, Scarlet Extended SA, y de 16/02/2012, C-360/10, Netlog NV, y en particular la reciente sentencia de 27/03/2014, C-314/12, UPC Telekabel Wien GmbH. En esta última, en un caso sobre una página web que ponía a disposición del público películas sin el consentimiento de los titulares del derecho de copyright, el Tribunal de Justicia ha declarado legítima la orden que impone al Proveedor de Servicios impedir el acceso a esta página web, pero con la condición de que las medidas que

la libertad de expresión, como se estudiará a continuación. 3) Que la decisión de bloqueo sea adoptada por el órgano competente como resultado (aunque sea como «medida cautelar») de un proceso legalmente establecido en tutela de otros derechos o bienes que pudieran verse lesionados por la difusión de tales contenidos ilícitos. Es precisamente la existencia de este «proceso» en salvaguarda de otros bienes lo que diferencia del «puro» control de contenidos característico de la censura proscrita⁸². En cualquier caso, este género de «*interference by public authority*» en la libertad de expresión quedarán sometidas a un estricto test sobre su proporcionalidad y necesidad en una sociedad democrática y requerirán de base legal suficiente como ha afirmado el TEDH⁸³.

c) La ilegitimidad de la imposición pública de sistemas «generales» de filtrado y bloqueo de Internet. Principios para la adecuada regulación pública de los sistemas de filtrado en tutela de los jóvenes y menores frente a contenidos nocivos

Aunque Internet se caracterizaba por ser un medio esencialmente descentralizado en donde no existe un punto único de control, lo cierto es que sí que hay unos puntos neurálgicos a partir de los cuales se puede dominar la Red al menos en el marco espacial de un Estado. Éstos son los *Proveedores de Servicios de Internet* (PSI). Los ciudadanos necesitan de algún tipo de proveedor que les dé acceso a la Red y, por tanto, controlando a éstos se puede controlar de manera indirecta el acceso de los ciudadanos a Internet. A través de los mismos se puede monitorizar cualquier acceso a Internet y también bloquear el acceso a una determinada página web o a la información que circula por la Red. De esta manera, surgen así otras formas mediatas de control de Internet ejercidas a través de estos PSI. Entre estas formas de control destacan los

se adopten «no priven inútilmente a los usuarios de Internet de la posibilidad de acceder de forma lícita a la información disponible» (C-314/12, § 63). «A este respecto, las medidas adoptadas por el proveedor de acceso a Internet deben estar rigurosamente delimitadas, en el sentido de que deben servir para poner fin a la vulneración cometida por un tercero de los derechos de autor o de los derechos afines a los de autor, sin que se vean afectados los usuarios de Internet que recurren a los servicios de dicho proveedor para acceder lícitamente a la información. De lo contrario, la injerencia de ese proveedor en la libertad de información de dichos usuarios no estaría justificada a la luz del objetivo perseguido.» (C-314/12, § 56).

⁸² Como afirma la Recomendación 2008/2160(INI), adoptada por el Parlamento Europeo el 26 de marzo de 2009, los Estados miembros deben condenar las formas de censura impuestas por los gobiernos sobre los contenidos que pueden circular por Internet, y manda «*to ensure that freedom of expression is not subject to arbitrary restrictions from the public and/or private sphere and to avoid all legislative or administrative measures that could have a 'chilling effect' on all aspects of freedom of speech*». Porque, como expresa la nota explicatoria de la «*Declaration on freedom of communication on the Internet*», adoptada por el Comité de Ministros el 28 de mayo de 2003: «*The absence of prior control by the State does not of course rule out measures being undertaken to remove content from the Internet or block access to it following a preliminary or final decision of the competent national authorities on its illegality, not only under penal law, but also under other branches of law such as civil or administrative law.*»

⁸³ Vid. STEDH de 18/12/2012, caso *Yıldırım v. Turkey*, en relación a la orden preventiva de bloqueo dictada por las autoridades turcas de una página web considerada ofensiva, donde el Tribunal concluía «*that such prior restraints are not necessarily incompatible with the Convention as a matter of principle. However, a legal framework is required, ensuring both tight control over the scope of bans and effective judicial review to prevent any abuse of power*» (§ 64). A este respecto, véase también STEDH de 1/12/2015, caso *Cengiz and Others v. Turkey*.

*software de filtrado y bloqueo*⁸⁴, que pueden ser colocados en cualquier «punto de acceso» de Internet y a través de los que, por medio de una forma de clasificación⁸⁵ o de etiquetado⁸⁶, se consigue el bloqueo de la información que se encuentra en Internet.

A pesar de que estos sistemas de filtrado y clasificación han sido acogidos como modelos para cohonestar la libertad de expresión con la protección en particular frente a contenidos nocivos, plantean problemas en cuanto a su diseño técnico y eficacia⁸⁷, y, sobre todo, pueden terminar resultando una forma de censura según por quién vengan impuestos o quién se encargue de la clasificación y etiquetado de los contenidos nocivos o ilícitos⁸⁸, y, además de la libertad de comunicación, pueden comprometer otros derechos y libertades fundamentales, muy especialmente la privacidad.

Así las cosas, importantes documentos de organismos internacionales consideran que debe ser rechazado al tratarse de una forma de censura la imposición sistemas generales de filtrado y bloqueo⁸⁹, ya sea directamente por parte de los Estados o bien sea

⁸⁴ Sobre los distintos sistemas de filtrado, *vid.* VILLATE, J., «Libertad de expresión en Internet», Observatorio para la CiberSociedad, 2001: <http://www.cibersociedad.net/archivo/articulo.php?art=37>

⁸⁵ Como indica FERNÁNDEZ ESTEBAN existen básicamente cuatro sistemas que permiten el bloqueo de la información: 1) *Sistemas de lista blanca*, que sólo permiten el acceso a determinadas direcciones que previamente han sido autorizadas; 2) *Sistemas de lista negra*, que no permiten el acceso a determinadas páginas web que previamente han sido excluidas; 3) *Sistemas de detección de palabras-clave*, a través de los cuales el programa bloquea el acceso a los sitios web que contengan determinadas palabras que hayan sido predefinidas como nocivas (ej. “sexo”, “pecho”...); 4) *Bloqueo por parte de los proveedores de acceso a porciones de Internet* (FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L., «Limitaciones constitucionales e inconstitucionales a la libertad de expresión en Internet (Comentario a la Sentencia 96-511 del Tribunal Supremo Norteamericano de 26 de junio de 1997 que declara la inconstitucionalidad de la Ley de Decencia en las Telecomunicaciones del Congreso de los Estados Unidos)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 53, 1998, p. p 292). Entiendo que aquí la autora se estaría refiriendo al sistema de «zonificación» de los contenidos propuesto por LESSIG, *El Código...*, *op. cit.*, pp. 419. A través del mismo determinados tipos de contenidos quedarían «recluidos» –zonificados– en Internet, de manera que le estaría vedado el acceso a estos espacios virtuales a ciertas personas. Esto exigiría que toda persona, o al menos determinados tipos de personas, debieran identificarse al acceder a Internet de manera que el sistema, reconocidas estas personas, no les permitiera el acceso a esos contenidos que están en «zonas restringidas».

⁸⁶ Otro sistema que sin ser estrictamente de clasificación sí que está muy vinculado, es la *Platform for Internet Content Selection* (PICS). Este sistema se basa en la creación de «etiquetas» que informan del tipo de contenido de una página web. A partir de esa información se pueden crear entonces distintos sistemas de clasificación para poder permitir el bloqueo en función de las preferencias de aquel que los desarrolle. Así, por ejemplo, una asociación de corte religioso podría preparar un sistema de clasificación donde quedarán filtrados determinados tipos de contenidos contrarios a su doctrina. Toda la información al respecto de esta plataforma se encuentra en: <http://www.w3.org/PICS/>

⁸⁷ Muy contundente a este respecto es el informe de los grupos Cyber-Rights & Cyber-Liberties «Who Watches the Watchmen: Internet Content Rating system, y Privatised Censorship» (<http://www.cyber-rights.org/watchmen.htm>). También *vid.* BEATTIE, S., *Community, Space and online Censorship. Regulatin Pornotopia*, *op. cit.*, *passim*. La propia Comisión Europea ha reconocido, además de que los padres y educadores no están todavía suficientemente familiarizados con ellos, el avance tecnológico en este campo todavía no es suficiente (Final evaluation of the implementation of the multiannual Community action plan on promoting safer use of the Internet by combating illegal and harmful content on global networks- COM (2006) 663 final-).

⁸⁸ *Cfr.* Report Cyber-Rights & Cyber-Liberties (UK) «Who Watches the Watchmen: Internet Content Rating system, and Privatised Censorship» y «Fahrenheit 451.2: Is Cyberspace Burning?».

⁸⁹ Así, por ejemplo, el Comentario General n. 34 sobre el Artículo 19 del Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos, adoptado en la sesión 102ª (11-29 de Julio de 2011), el Comité de Derechos

imponiendo la obligación a los PIS⁹⁰ de que sean éstos los que filtren⁹¹. Y es que, aunque este género de filtros no afectan a la «publicación» de contenidos, sí que *atentan directamente contra el derecho de los ciudadanos a acceder a la información de la Red*. En particular el TJUE ha rechazado la imposición de este tipo de sistemas de filtrado cuando éstos fueran sistemáticos aunque estuvieran dirigidos a prevenir la difusión de contenidos ilícitos por vulnerar la propiedad intelectual⁹².

Sin embargo, tal conclusión no debe llevar a rechazar de plano las posibilidades que ofrecen los sistemas de filtrado sobre todo para controlar los contenidos nocivos que circulan en Internet. Como se ha señalado, el núcleo problemático está en quién etiqueta o clasifica y en quién autoriza y controla tales filtros. Así las cosas, cuando los filtros se presentan como formas de «autocontrol» de los propios usuarios de Internet, por más que puedan tener imperfecciones técnicas, son sistemas útiles para controlar aquella información a la que se quiere acceder y desde esta perspectiva no se puede plantear ninguna objeción constitucional⁹³. El problema surge entonces cuando en relación con

Humanos de la ONU ha sostenido: «43. [...] *Permissible restrictions generally should be content-specific; generic bans on the operation of certain sites and systems are not compatible with paragraph 3. [...]*»; o la «*Declaration on freedom of communication on the Internet*», adoptada por el Comité de Ministros el 28 de Mayo de 2003, también ha reconocido que: «*Public authorities should not, through general blocking or filtering measures, deny access by the public to information and other communication on the Internet, regardless of frontiers.*»; así como en la Resolución CM/Rec(2008)6 su Apéndice fija las guías para usar y controlar los filtros de Internet en aras de garantizar el completo ejercicio de las libertades de expresión y de información.

⁹⁰ Se añade a los PIS otros “servicios de intermediación” en Internet como son los buscadores de información sobre los cuales el Estado también puede imponer la obligación de que filtren las búsquedas de los usuarios.

⁹¹ Éste es el sistema que mantienen algunos países como China y buena prueba de ello lo ha dado el reciente conflicto que ha enfrentado a las autoridades de este país con el metabuscador *Google*, el cual había tenido que admitir para operar en China la leonina condición de “filtrar” las búsquedas de sus usuarios. *Sobre la censura de Internet en China*, vid. MACKINNON, R., *Consent of the networked*, op. cit., Part. 2, Cap. 3.

⁹² STJUE de 24/10/2011, C-70/10, Scarlet Extended SA, y de 16/02/2012, C-360/10, Netlog NV. También puede ser considerada la STJUE de 27/03/2014, C-314/12, UPC Telekabel Wien GmbH. De tal suerte que, buscando el «justo equilibrio» entre los derechos en conflicto, a juicio del Tribunal de Justicia imponer a los PSI la obligación de filtrar de forma sistemáticas las comunicaciones que se dieran a través de los mismos para evitar que circularan materiales que vulneraran la propiedad intelectual, implicaría una vulneración de su libertad de empresa (C-70/10, § 48), pero, en lo que más interesa, reconocía que «el sistema de filtrado litigioso también puede vulnerar los derechos fundamentales de los clientes de ese PAI, a saber, su derecho a la protección de datos de carácter personal y su libertad de recibir o comunicar informaciones, derechos que se encuentran protegidos por los artículos 8 y 11 de la Carta» (C-70/10, § 50). Y, en este punto, concluía que la imposición por orden judicial de tales obligaciones sistemáticas de filtrado vulneraría tanto el derecho a la protección de datos, ya que la recopilación y análisis de IP supone tratamiento de datos personales (§ 51) y «dicho requerimiento judicial podría vulnerar la libertad de información, dado que se corre el riesgo de que el citado sistema no distinga suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, por lo que su establecimiento podría dar lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito. En efecto, es incontrovertido que el carácter lícito de una transmisión depende igualmente de la aplicación de excepciones legales a los derechos de autor que varían de un Estado miembro a otro. Además, en determinados Estados, ciertas obras pueden pertenecer al dominio público o los autores afectados pueden ponerlas gratuitamente a disposición pública en Internet» (C-70/10, § 52).

⁹³ En este sentido, la Declaración conjunta sobre la libertad de expresión e Internet (ONU, OCDE, OEA, CADHP), 1/06/2011, estableció: «*Content filtering systems which are imposed by a government or commercial service provider and which are not end-user controlled are a form of prior censorship and are not justifiable as a restriction on freedom of expression*».

estos filtros interviene el Estado, de manera más o menos directa⁹⁴. Porque en el momento en que estos filtros no son usados y configurados libremente por el ciudadano sino que son impuestos de arriba hacia abajo, se convierten entonces en una técnica de censura. Como de manera expresiva indica la *American Civil Liberties Union*, la tecnología de bloqueo en manos de los padres y de uso voluntario es una herramienta útil, pero en manos del gobierno es «*copyright in a box*»⁹⁵.

Un supuesto particular es la imposición de estos sistemas de *filtrado en escuelas y bibliotecas públicas*⁹⁶, sobre todo en relación a la tutela de la juventud y de la infancia. A mi juicio este tipo de filtros podrán ser legítimos siempre y cuando no se trate filtros impuestos con carácter general para cualquier ciudadano que acceda a la red pública en la escuela o biblioteca, sino que se apliquen de manera selectiva a los usuarios cuya tutela se pretende –ej. mediante un sistema de identificación previa-. Pero incluso en estos casos debe destacarse que dadas las imperfecciones técnicas de los mismos, y habida cuenta de que existen otras posibilidades menos agresivas –políticas de uso, fomento de la educación y de cursos para el correcto uso de la Red, etc.-, la oportunidad de estos mecanismos resulta muy discutible⁹⁷.

Por último, a modo de *propuesta sobre el establecimiento de sistemas de filtros para la protección de la juventud y de la infancia frente a contenidos nocivos*, creo que podría articularse un sistema que combinara las posibilidades de filtrado bajo el control y autorización de los propios padres, pero sostenidas sobre unas adecuadas exigencias legales de etiquetado o clasificación. A este respecto creo que, aunque todavía resulte técnicamente difícil, probablemente dentro de no mucho tiempo sea posible una aplicación «selectiva» de tales filtros, ya sea en un sistema de «zonificación»⁹⁸ o en otro tipo de sistema de «clasificación» (particularmente el sistema PICS).

En tal sentido, considero que un sistema regulativo adecuado constitucionalmente frente a los contenidos nocivos en complemento del software de filtrado debería basarse en los siguientes principios: 1) *El control del sistema de bloqueo y filtro debería quedar en*

⁹⁴ Con carácter general sobre esta cuestión, aplicado en particular a los filtros para evitar los contenidos pornográficos, *vid.* BEATTIE, S., *Community, Space and online Censorship. Regulatin Pornotopia*, *op. cit.*

⁹⁵ *Report American Civil Liberties Union*, «*Censorship in a Box: Why Blocking Soware is Wrong for Public Libraries*», 2002: <http://www.aclu.org/technology-and-liberty/censorship-box-why-blocking-software-wrong-public-libraries>

⁹⁶ Así, por ejemplo, la «*Declaration on freedom of communication on the Internet*», adoptada por el Comité de Ministros el 28 de mayo de 2003, explica que la prohibición constitucional de censura «*does not prevent the installation of filters for the protection of minors, in particular in places accessible to them, such as schools or libraries*». Éste era de hecho el ámbito de la *Safe Schools Internet Act*, aprobada en 1999 por el Congreso de los Estados Unidos.

⁹⁷ *Vid.* «*Censorship in a Box: Why Blocking Soware is Wrong for Public Libraries*» and «*Fahrenheit 451.2: Is Cyberspace Burning?*».

⁹⁸ Así lo denomina LESSIG, L., *El Código...*, *op. cit.*, *passim*, y consistiría en «recluir» aquellos contenidos que pueden resultar nocivos y por medio de un sistema de identificación del usuario restringir el acceso a los mismos a aquellas personas para las cuales no sean adecuados. Como el propio LESSIG reconoce, tal propuesta para resultar plenamente efectiva requeriría muy probablemente de una ley que la apoyara. A través de la regulación se debería obligar a los navegadores a que «*ofrecieran*» sistemas de identificación del usuario. También sería necesaria imponer la obligación de clasificar aquellos contenidos que deben estar zonificados.

manos del propio usuario, que con la mayor claridad debería conocer el tipo de contenidos que estaría vetando. Son los propios usuarios los únicos que, en su caso, puedan a su voluntad convertir Internet en un «*family friendly medium, just like the BBC*»⁹⁹, libre de cualquier carga nociva y depurado de aquellos contenidos que puedan no resultar de su agrado. 2) La imposición de obligaciones de etiquetado sólo podría imponerse para aquellos *contenidos que fueran definidos legislativamente como potencialmente nocivos (violencia, pornografía, etc.)*¹⁰⁰. De esta manera no se gravaría innecesariamente a quienes publican unos contenidos que no sean potencialmente sensibles. 3) Sería necesario un acuerdo internacional para desarrollar un *sistema universal de etiquetado*, con las categorías y contenidos incluidos, y constituir un *organismo internacional*, que podría depender de la ONU¹⁰¹, incluso con un tribunal internacional específico para tratar dirimir los conflictos. 4) Sería preferible un sistema de «*autoetiquetado*» *por quien publica los contenidos nocivos*. Tal obligación de etiquetado podría reforzarse con un régimen sancionador y con la posibilidad subsidiaria de ser etiquetados por la autoridad competente en caso de incumplimiento o, en última instancia, se podría recabar la colaboración de organizaciones terceras para colaborar. 5) En un momento en el que se ha producido una extraordinaria convergencia tecnológica, de servicios y de plataformas, se debería pensar en acometer esa respuesta normativa de manera *coordinada en todos los sectores comunicativos*¹⁰², evitando así agravios comparativos entre los diferentes medios que puedan degenerar en obstáculos competitivos¹⁰³.

⁹⁹ Cyber-Rights & Cyber-Liberties, «Who Watches the Watchmen: Internet Content Rating system, and Privatised Censorship».

¹⁰⁰ Comparto con el *Conseil Constitutionnel* francés que tal labor de definición debe residir en el propio Legislador y no puede ser delegada en un órgano administrativo: «*Considérant que la loi a confié au Comité supérieur de la télématique le soin d'élaborer et de proposer à l'adoption du Conseil supérieur de l'audiovisuel, auprès duquel il est placé, des recommandations propres à assurer le respect par certains services de communication de règles déontologiques, sans fixer à la détermination de ces recommandations, au regard desquelles des avis susceptibles d'avoir des incidences pénales pourront être émis, d'autres limites que celles, de caractère très général, résultant de l'article 1er de la loi susvisée du 30 septembre 1986; qu'ainsi le législateur a méconnu la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution; que dès lors doivent être regardées comme contraires à la Constitution les dispositions du 1er alinéa de l'article 43-2 inséré dans la loi susvisée du 30 septembre 1986...*» (Décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, § 28). De igual forma, tampoco creo que esa labor de definición de aquello que resulta nocivo deba quedar libremente en manos de los propios proveedores de servicios de la sociedad de la información, ya que supone darle una potestad extraordinaria para fijar sistemas de «censura privada» a los que posteriormente me referiré.

¹⁰¹ A este respecto se puede plantear el reforzamiento la International Telecommunication Union (ITU). Vid. CUCURANAU, D., *Aspects of regulating freedom of expression on the Internet*, op. cit., *passim*; MACKINNON, R., *Consent of the networked*, op. cit., Part. 5.

¹⁰² Creo que la regulación debiera hacerse en atención al tipo de contenidos –pornografía, violencia...–, pero de manera común –al menos en línea de principios– para los distintos medios, sin perjuicio de que en determinadas cuestiones concretas de aplicación pudieran lógicamente adaptarse a la realidad técnica de cada medio. En el caso de la televisión digital, tales obligaciones probablemente debieran desarrollarse a través de los mecanismos que exija la tecnología del v-chip. En el caso de Internet, estas obligaciones se concretarían en las exigencias que fueran necesarias (ej. sistemas de identificación en los ordenadores, obligación de etiquetado por los usuarios...) para aplicar el sistema de zonificación o clasificación por el que se optara.

¹⁰³ FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L., «Internet y los derechos fundamentales», *Anuario jurídico de La Rioja*, n. 6-7, 2000-2001, pp. 321-356.

A grandes rasgos, consciente de todas las dificultades técnicas y jurídicas, ésta podría ser una propuesta coherente con el respeto a la libertad de expresión, por un lado; y la necesidad de proteger el buen desarrollo de los menores y de la juventud frente a contenidos que, por más que sean lícitos, pueden resultar nocivos para los mismos, por el otro. Aunque la misma difícilmente sea desarrollable en su plenitud, los principios que en ella se aplican sí que pueden servir de guía para la política legislativa sobre este particular.

d) Riesgos para el pluralismo en la Red: el «dominio empresarial» y la «censura privada»

Como se ha introducido, Internet ha roto con el modelo comunicativo propio de los medios de masas donde el dominio empresarial se presentaba como un grave lastre para el pluralismo y en principio el espacio virtual se abre como una nueva puerta a la participación. Con Internet parecía que iban a quedar corregidos esos «fallos del mercado» que obligaban a la intervención pública en aras de salvaguardar el pluralismo comunicativo.

Sin embargo, volviendo a la realidad actual que presenta Internet se observa una tendencia poco halagüeña hacia un Internet «liberal»¹⁰⁴, en el que desembarcan las grandes empresas desplazando a esa pléyade de pequeños cibernautas que eran los que aportaban el valor añadido en la Red, y se imponen «barreras de acceso»¹⁰⁵ al idílico «mercado de las ideas». Al fin y al cabo, aunque suponga un avance el hecho de que casi cualquier ciudadano potencialmente pueda exponer al gran público sus ideas y pensamientos y participar en el libre mercado de las ideas, estrecha será la victoria si tales mensajes quedan perdidos en una selva de información donde sólo alcanzan visibilidad ciertos contenidos privilegiados¹⁰⁶. De manera que puede ser necesario

¹⁰⁴ BOIX PALOP, A., «Libertad de expresión y pluralismo en la Red», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 65, 2002, pp. 133-180.

¹⁰⁵ ESCOBAR ROCA cifra las siguientes: 1) *Barreras económicas y culturales*, ante el coste de disponer de los medios necesarios para acceder a Internet; 2) *Barreras procedentes del sector público*, como determinados requisitos que impone la LSSICE de registro y potestades administrativas en el control de la Red; 3) *Barreras procedentes de intermediarios*, ante la posibilidad de que estos puedan impedir o dificultar el acceso a Internet y a sus contenidos; 4) *Barreras procedentes del mercado*, ante ciertas tendencias de concentración empresarial en Internet ESCOBAR ROCA, G., «Reflexiones en torno a los principios de la comunicación pública en el ciberespacio», en COTINO HUESO (Coord.), *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 121).

¹⁰⁶ Como ha sido establecido en la Declaración conjunta sobre la libertad de expresión e Internet (ONU, OCDE, OEA, CADHP), 1/06/2011: «*There should be no discrimination in the treatment of Internet data and traffic, based on the device, content, author, origin and/or destination of the content, service or application*». Tanto que la Neutralidad de la Red ha sido uno de los puntos conflictivos en el «NETmundial Multistakeholder Statement», 24 de Abril de 2014. Un ejemplo se encuentra con el acuerdo entre *Google* y *Verizon* que ha sido denunciado por el *New York Times* y por el cual ambas compañías habrían planteado establecer un sistema que permitiera «privilegiar» determinados contenidos en Internet mediante un sistema de pago. Se rompería con ello la *neutralidad en la Red* que venía manteniéndose como una exigencia de que las compañías que prestan servicios de provisión de Internet dieran un tratamiento «igual» a todos los contenidos. A este respecto, véase la noticia donde se destapó este acuerdo: <http://www.nytimes.com/2010/08/05/technology/05secret.html>. También es interesante la descripción que ofrece el propio *New York Times* sobre la problemática relativa al principio de neutralidad en la Red:

recordar que la tutela de las libertades comunicativas exige no sólo unas garantías frente a la injerencia pública, y la intervención estatal puede ser necesaria para lograr salvar esas barreras (económicas o culturales, procedentes de los intermediarios o impuestas por la estructura del mercado) que dificultan la garantía del pluralismo en la Red y el acceso universal a la misma. Se hace valer así el derecho universal al acceso a Internet, pero además a un Internet plural.

Por otro lado, debe destacarse el riesgo de que se establezcan sistemas de «*censura privada*» por los propios PSI –y por los buscadores de información en Internet¹⁰⁷ o las redes sociales-. No cabe duda de la importancia que hoy día tiene estar sobre el mapa de Internet. En la jerga política norteamericana se decía que «aquello que no había aparecido en la CNN, no había sucedido». Pues bien, en la era de Internet «lo que no aparece en *Google*, no existe». Así las cosas, que un operador en concreto filtrara contenidos resulta legítimo siempre y cuando exista variedad de PSI y los usuarios, concedores del filtro, puedan decidir¹⁰⁸. A tales efectos, podría estar justificada la imposición de obligaciones públicas de transparencia sobre los PSI para que los usuarios pudieran conocer los filtros que se usan y la información cuyo acceso les queda bloqueada. También habría que controlar entonces la efectiva competencia y la diversidad de operadores. Por el contrario, sí que puede ser problemático si tales filtros vienen impuestos por los PSI, buscadores o redes sociales en cumplimiento de Códigos deontológicos sobre la base de los cuales se requiere el bloqueo de ciertos tipos de contenidos (ilícitos o nocivos)¹⁰⁹, ya que se dejaría en manos de entidades sin base democrática y con fines mercantiles definir aquella información que puede circular por Internet y se acabaría con la posibilidad de elección del ciudadano sobre el acceso a los contenidos nocivos. Y es que, si todos los PSI, buscadores y redes sociales se acogen a

http://topics.nytimes.com/topics/reference/timestopics/subjects/n/net_neutrality/index.html?inline=nyt-classifier.

¹⁰⁷ Podría plantearse un PSI que sin necesidad de obligación legal decidiera que su política comercial fuera ofrecer una Red limpia de cualquier género de contenidos, de manera que imponga a sus usuarios unos filtros de acuerdo con la política de esta empresa (por ejemplo, *Safety Net* y *SafeNet*). Vid. VILLATE, J., «La libertad de expresión en Internet: Retos y amenazas», http://www.une.edu.ve/~iramirez/te1/censura_internet.html; y COTINO HUESO, L., «Algunas Claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías...», *op. cit.*, pp. 61.

¹⁰⁸ En este sentido, la Recomendación CM/Rec(2014)6 del Comité de Ministros, «on a Guide to human rights for Internet users», de 16/04/2014, establece: «*your Internet service provider and your provider of online content and services have corporate responsibilities to respect your human rights and provide mechanisms to respond to your claims. You should be aware, however, that online service providers, such as social networks, may restrict certain types of content and behaviour due to their content policies. You should be informed of possible restrictions so that you are able to take an informed decision as to whether to use the service or not. This includes specific information on what the online service provider considers as illegal or inappropriate content and behaviour when using the service and how it is dealt with by the provider*».

¹⁰⁹ Vid. OSCE, *Report Freedom of Expression on the Internet. A study of legal provisions and practices related to freedom of expression, the free flow of information and media pluralism on the Internet in OSCE participating States*, September 2010; CALVO GONZÁLEZ, J. C., «Libertad de expresión y weblogs», *Revista semestral de filosofía práctica*, Universidad de Los Andes, Mérida-Venezuela, 2009, pp. 53-94: <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/29414/1/articulo3.pdf>; BOIX PALOP, A., «Libertad de expresión y pluralismo en la Red», *op. cit.*, pp. 174; MACKINNON, R., *Consent of the networked*, *op. cit.*, Part. 4; DE LA QUADRA-SALCEDO, T., «Los derechos y las libertades de expresión, información y comunicación audiovisual en el nuevo entorno tecnológico», *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, n. 152, 2011, pp. 787-822.

tales códigos, se estaría imponiendo desde arriba aquello que es nocivo para un ciudadano, algo que como se ha sostenido puede constituir una forma de «censura privada» ilegítima constitucionalmente al limitar el libre acceso a la información. Estas advertencias han sido recogidas por organismos internacionales que han señalado este riesgo y reclaman que los actores privados base legal suficiente, con respeto a los estándares derivados del CEDH y con posibilidad de supervisión pública para que éstos puedan adoptar decisiones de bloqueo o retirada de contenidos de Internet¹¹⁰. Tanto que la Unión Europea ha prohibido que los proveedores de servicios de acceso a Internet tomen medidas de bloqueo o restricción a los contenidos de Internet salvo en los supuestos legalmente previstos y, en particular, en cumplimiento de las normativas nacionales o europeas y de las decisiones judiciales¹¹¹.

Pero es que, además, estas medidas de «censura privada» pueden venir en muchos casos alentadas indirectamente por la legislación pública. Así, por ejemplo, una regulación excesivamente rigurosa de la responsabilidad por los contenidos de Internet sobre los PSI y otros operadores puede obligarles a tener que adoptar este tipo de prácticas, exigiéndoles en ocasiones actuar como verdaderos censores para valorar si un contenido puede o no ser considerado ilícito y en consecuencia retirarlo para quedar exentos de responsabilidad¹¹². De ahí que se venga reclamando que no se puede imponer a los PSI y al resto de operadores la responsabilidad por aquellos contenidos que no son propios y, cuanto menos, se exija un «conocimiento efectivo» de la ilicitud de los mismos para poder basar cualquier responsabilidad contra éstos¹¹³.

Como expresa la *American Civil Liberties Union* debemos reaccionar ante el riesgo de que Internet pueda convertirse en un espacio homogéneo y blando en el que sólo aquellos que puedan pasar la «cortina de humo» de la autorregulación sean libres¹¹⁴. Y es que hoy día tanto la extensión de fórmulas de «censura privada» como el «desembarco empresarial» en la Red y la tendencia a la concentración pueden poner en

¹¹⁰ Cfr. *Declaration of the Committee of Ministers on the protection of freedom of expression and freedom of assembly and association with regard to privately operated Internet platforms and online service providers*, 7/12/2011; CommDH/IssuePaper(2014), *The rule of law on the Internet and in the wider digital world*, 8/12/2014; OSCE, *Report Freedom of Expression on the Internet. A study of legal provisions and practices related to freedom of expression, the free flow of information and media pluralism on the Internet in OSCE participating States*, Septiembre 2010; CM/Rec(2015)6 of the Committee of Ministers to Member States on the free, transboundary flow of information on the Internet, 1/04/2015, y SWISS INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW, *Comparative study on blocking, filtering and take-down of illegal Internet content*, Lausanne, 20/12/2015

¹¹¹ Art. 3 Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 sobre el acceso a un Internet abierto.

¹¹² Vid. ESCOBAR ROCA, G., «Reflexiones en torno a los principios de la comunicación pública en el ciberespacio», *op. cit.*, pp. 124-128; and COTINO HUESO, L., «Nuestros jueces y tribunales ante internet y la libertad de expresión: el estado de la cuestión», in COTINO HUESO (Coord.), *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 133-233.

¹¹³ En este sentido, establece la Declaración conjunta sobre la libertad de expresión e Internet (ONU, OCDE, OEA, CADHP), 1/06/2011: «No one who simply provides technical Internet services such as providing access, or searching for, or transmission or caching of information, should be liable for content generated by others, which is disseminated using those services, as long as they do not specifically intervene in that content or refuse to obey a court order to remove that content, where they have the capacity to do so ('mere conduit principle').».

¹¹⁴ Vid. Informe «Fahrenheit 451.2: Is Cyberspace Burning?».

peligro el pluralismo en este medio¹¹⁵. Ya nos advertía LESSIG que la libertad de expresión viene limitada por algo más que el Estado¹¹⁶.

IV.- CONCLUSIONES

Este trabajo ha reivindicado la necesidad de salvaguardar el pluralismo en la Red y las garantías constitucionales propias de la libertad de expresión en un Estado social y democrático. Así las cosas, se ha partido de una premisa que en principio no creo que necesite prueba: los cambios tecnológicos e Internet han impactado en el modelo social causando una verdadera revolución; revolución que, además, reclama entonces cambios en el Derecho.

Así las cosas, se ha apostado por la relectura de la libertad de expresión como un «*ius communicationis*», que tutela todo el proceso comunicativo, tanto la vertiente activa como la pasiva, y en particular los derechos de acceso a la información y a la comunicación. El contenido, los límites y las garantías a la libertad deben ser reinterpretados según la nueva realidad tecnológica y, también, según los valores sociales hoy día en vigor, de tal suerte que la relectura de esta libertad puede aprovechar no sólo a su proyección en Internet sino también a su concepción general.

Muy en particular, este estudio se ha centrado entonces en la revisión de las garantías de las libertades de expresión y de información, concretamente de la prohibición de censura, y las nuevas formas en las que la censura puede presentarse en el espacio digital. En tal sentido, se ha constatado la necesidad de actualizar la tradicional descripción de la garantía de prohibición de censura, clásicamente concebida como la protección frente a controles sistemáticos, ejercidos por el gobierno o la autoridad pública, como forma de restricción previa a la difusión de informaciones u opiniones; y se ha propuesto entonces una definición más amplia que abarque cualquier obstáculo (público o privado) a la libertad de circulación de ideas o informaciones de forma que cualquiera pueda publicar y acceder al flujo de la comunicación, con los únicos límites que establezca la ley para tutelar otros bienes o valores constitucionales, los cuales habrán de ser controlados por una autoridad preferentemente judicial. Ello se traducía entonces, por ejemplo, en una crítica a cualquier género de registro previo o de autorización para el acceso a Internet; en el cuestionamiento al establecimiento público de sistemas de filtros y bloqueo, aunque se reconocían admisibles cuando se tratara de una orden concreta de bloqueo de una cierta información dictada por una autoridad pública en el correspondiente proceso previsto legalmente; y se realizaba una propuesta en aras de una adecuada regulación pública de estos filtros (auto-controlados, con auto-

¹¹⁵ Como concluye BOIX PALOP, A., «Libertad de expresión y pluralismo en la Red», *op. cit.*, p. 179 probablemente los esfuerzos públicos estén excesivamente centrados en encauzar los contenidos de Internet, cuando en realidad debiéramos también empezar a preocuparnos por aquellos otros fenómenos que pueden poner en grave peligro el pluralismo en la Red. En sentido similar, *vid.* MUÑOZ MACHADO, S., *Los itinerarios de la libertad de palabra...*, *op. cit.* También *vid.* OSCE, *Report Freedom of Expression on the Internet. A study of legal provisions and practices related to freedom of expression, the free flow of information and media pluralism on the Internet in OSCE participating States*, September 2010; y MACKINNON, R., *Consent of the networked*, *op. cit.*, part. 4.

¹¹⁶ LESSIG, L., *El Código...*, *op. cit.*, p. 303.

etiquetado, con una autoridad internacional garante...). Asimismo, se exigía transparencia y pluralidad en el caso de que tales filtros fueran impuestos por servidores o buscadores, para evitar formas privadas de censura.

En definitiva, en la Era digital y ante las formas de comunicación a través de Internet la libertad de expresión adquiere pleno vigor en su faceta como «*ius communicationis*», al tiempo que las garantías propias a esta libertad exigen una relectura vistas las nuevas formas de control y los peligros que surgen para el pluralismo en el nuevo medio. Hay que salvar nuevas formas de censura y control públicas y privadas, pero también barreras de acceso económicas y culturales que dificultan el pleno acceso al mundo virtual. Internet supone así un nuevo «hábitat cívico» que, con dimensiones planetarias, genera indudables posibilidades para el ejercicio de nuestros derechos y libertades fundamentales y nos abre la puerta a la aparición y compromiso por una verdadera «ciudadanía cosmopolita», que supere cualquier frontera, cualquier nación.