

## LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y WEBLOGS\*

José Calvo González\*

jcalvo@uma.es

“(…) a never-ending worldwide conversation”

Judge Stewart Dalzell. *American Civil Liberties Union et al. vs. Janet Reno* (1996)<sup>1</sup>

“The interest in encouraging freedom of expression in a democratic society outweighs any theoretical but unproven benefit of censorship”. Justice John Paul Stevens. *Janet Reno et al. vs. American Civil Liberties Union* (1997)<sup>2</sup>

---

\* **José Calvo González** (n. Sevilla 1956). Licenciado en Derecho por la Universidad de Sevilla, especialidad de Derecho Privado (1979). Doctor en Derecho (1984). Prof. Titular de Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho la Universidad de Málaga. Magistrado Suplente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Audiencia Provincial de Málaga (España) (1996). Vocal de la Junta Directiva de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política y miembro del Consejo de Redacción del *Anuario de Filosofía del Derecho*. Ministerio de Justicia, Madrid. Miembro de la Association Française des Historiens des Idées Politiques (Université d’Aix-en-Provence. France). Miembro de la International Association for the Semiotics of Law. Miembro de l’Equipe Internationale de Philosophie pénale (Institut de Criminologie. Université de Paris II. [Panthéon-Assas]). Miembro del Instituto Jurídico Interdisciplinario de la Faculdade de Direito (Universidade do Porto. Portugal, 2002). Miembro del Global Core Team y Team Research de *Human Dignity and Humiliation Studies*, Columbia University Conflict Resolution Network, New York (2005). Profesor Titular de Teoría y Filosofía del Derecho en la UMA. Es conferencista internacional y autor de libros y numerosos artículos publicados en revistas científicas de diversos países: España, Portugal, Francia, Holanda, Italia, República Checa, Grecia, Brasil, Perú, Nicaragua, México, Chile, Colombia. [Texto de la conferencia pronunciada en el VI Master Universitario en Comunicación y Cultura, Ciclo “Nuevas fronteras de la cultura y la comunicación”. Sala Ámbito Cultural. El Corte Inglés, Málaga, 20 de noviembre de 2008].

<sup>1</sup> Dazell, Judge District. *Conclusions of Law. ACLU et al. vs. Janet Reno Decisión*. Texto disponible, entre otras direcciones, en <http://www.pas.rochester.edu/~mbanks/CDA/decision/dalzell.html>: “Una conversación sin fin a lo largo y ancho del planeta”

<sup>2</sup> Justice Stevens delivered the opinion of the Court [Supreme Court U.S.]. *Janet Reno et al. vs. ACLU*. Texto disponible, entre otras direcciones, en: <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/96-511.ZO.html>: “El interés en potenciar la libertad de expresión en una sociedad democrática está por encima de los beneficios teóricos e indemostrables de la censura”.

**Fecha de recepción de este artículo: 28/01/2009**

**Fecha de aceptación: 30/02/2009**

## Resumen

La Eurocámara se ha interesado recientemente en auspiciar una regulación jurídica para los *blogs*. En julio de 2008 la Comisión europea elaboró un informe tendiente a regular las bitácoras virtuales de sus ciudadanos, a fin de aclarar la responsabilidad de los autores en el contenido que publican o las fuentes que utilizan, para lo cual proponía aplicarles las mismas normas exigidas a las demás formas de expresión pública. El informe fue rechazado en este punto por el Parlamento Europeo en septiembre, si bien señalando la necesidad de abrir un debate público sobre su estatuto legal a fin de determinar y definir cuál fuera su naturaleza jurídica. En esa dirección se orienta el presente artículo, examinando la regulación sobre libertad de expresión en Internet en EEUU, en la Comunidad Europea, y la normativa española aplicable, así como el tratamiento jurisdiccional dado por los Tribunales españoles en procedimientos de depuración de responsabilidades penales y civiles, y también a través de procedimientos administrativos sancionadores. El autor se muestra contrario a la interpretación de las *weblogs* como *medios de comunicación*, analogía que rechaza junto a sus efectos jurídicos.

**Palabras clave:** Libertad de expresión. Internet. Medidas de protección tecnológica. Libertades civiles y Derechos Humanos. Unión Europea. Responsabilidad jurídica de las *weblogs*.

## FREEDOM OF SPEECH AND WEBLOGS

### Abstract

The Eurocámara has been interested recently in supporting a legal regulation for blogs. In 2008 July the European Commission elaborated a report destined to regulating the virtual ship's logs of its citizen internauts, in order to clarify the responsibility of the authors in the content whom they publish or the sources that use, for which proposed to apply the same demanded norms to the other forms of public expression. The report was rejected in this point by the European Parliament in September, although indicating the necessity to open a public debate on its legal statute in order to determine and to define which outside its legal nature. In that direction the present article is oriented, examining the regulation on

freedom of speech in Internet in the U.S.A., the European Community, and the applicable Spanish norm, as well the jurisdictional treatment given by the Spanish Courts in procedures of cleansing of criminal and civil responsibilities, and also through sanctioning administrative procedures. The author is in opposition to the interpretation of weblogs like mass media, analogy that she rejects next to his legal effects.

**Key words:** Freedom of speech. Internet. Technology Protection Measures. Law and Censorware Politics Censorship in EEUU. Censure. Chilling effect. Civil liberties and Human rights. European Union.

## **1. Introducción**

Como avanza el título, mi propósito es analizar asuntos concernientes a la libertad de expresión dentro del sistema multimedia de comunicación Internet en lo relativo, concretamente, a una de las formas que, entre las muchas y diversas funcionalidades posibles, aquélla adopta; esto es, con relación a las weblogs, o bitácoras en castellano. Entiendo que, en efecto, éstas ofrecen una nueva dimensión al ejercicio de la libertad de expresión. No obstante, creo necesario suscitar algunas cuestiones previas.

La primera sería que las nuevas tecnologías no son jurídicamente inatrapables, no constituyen un vacío jurídico. Una abundante regulación jurídica ha ido paulatinamente haciéndose presente en torno al complejo fenómeno Internet. Sin pretensión de exhaustividad basta recordar la profusa normativa jurídica ya existente acerca de muy diferentes problemáticas; sobre transferencia y protección de datos en las comunicaciones, sobre cybercrimen relacionado con información racista y xenófoba o propagandismo revisionista, para con ilícitos informáticos como el spamming, el acoso electrónico y otros, con la lesividad de prácticas nocivas de infestación o destrucción del sistema (hacker o cracker), y también respecto del comercio electrónico y la clave de encriptación o firma digital, por no hablar de la protección y garantía de bienes como la intimidad, la indemnidad sexual de la infancia o la propiedad intelectual. Internet es cada día más un ámbito reglado por el Derecho.

La Red de redes nos ofrece hoy ya un basto y exuberante panorama de productos que han despertado la atención y el interés jurídico. Bien puede decirse que

la ilusión<sup>3</sup> de una Internet sin reglas se ha desvanecido definitivamente. El Derecho ha tejido su propia red alrededor de la Red de redes. Esto, sin embargo, no impide advertir que esa red jurídica presenta distintos tamaños de malla, unas veces más tupida, otras menos, lo que origina que así no exista demasiada homogeneidad ni uniformidad respecto de los productos Internet que al Derecho le quepa sujetar, que puedan quedar sujetos a Derecho.

Esta evidencia conduce a formular al menos dos interrogantes; en qué medida puede el Derecho enmallar completamente Internet. Y, a su vez, otra: cómo determinar el tamaño óptimo de la malla que deba utilizar el Derecho, pues del número de aperturas, esto es, de la mayor o menor dimensión de la retícula, dependerá el diferente filtro y refinado jurídico que se obtenga. Ambas incógnitas comportan reflexiones conceptuales y metodológicas sumamente interesantes. El Derecho, es cierto, dispone de una red. La dogmática jurídica funciona, en verdad, como una red; es una malla de entrelazadas categorías abstractas y principios generales sistematizados en conceptos clasificatorios<sup>4</sup> que al jurista le aporta diferentes funciones. Figuran entre las más conocidas que sirviéndose de ella, moviéndose a través de la red dogmática, aquél puede aprender a identificar, situarse y orientarse -cognición, descripción y prescripción- en

---

3 De “utopismo ácrata” la califica Antonio E. Pérez Luño en “Internet: atentados criminales y respuestas jurídicas”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, III*, Ministerio de Justicia. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1997, p. 342. Vid. también David G. Post, “Anarchy, State, and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace”, en *Journal of Online Law* (1995), disponible en <http://www.wm.edu/law/publications/jol/articles/post.shtml> [cached], y Manuel J. Rodríguez Puerto, “La regulación de Internet y la teoría jurídica”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIV, 2007, pp. 441-464, en esp. pp. 442-447 sobre la postura *cyberlibertaria*.

4 Niklas Luhmann, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. de I. de Otto, CEC, Madrid, 1983; Eugenio Bulygin, “Dogmática jurídica y sistematización del derecho”, en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho*, CEC, Madrid, 1991, pp. 465-484; Carlos Santiago Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica. Con referencia particular a la dogmática penal*, UNAM, IJ, México, 1974; Albert Calsamiglia, “Sobre la Dogmática Jurídica: presupuestos y funciones del saber jurídico”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 22 [Metodologías y Derecho privado], 1982, pp. 235-276 e *Introducción a la Ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1986, pp. 91-126.

cualquier panorama jurídico, por vasta y diversa que sea su amplitud. Pero, de nuevo la pregunta: ¿también en el ciberespacio?

La segunda cuestión concierne a la condición de lo que he llamado red jurídico-dogmática. En ese sentido cabe señalar que se trata, siempre, una red de seguridad jurídica. La seguridad del trabajo jurídico descansa en la red dogmática. Sin una buena red dogmática el jurista trabajaría suspendido en el vacío, con evidente riesgo de precipitarse y caer al vacío.

Pero, además y a diferencia de otros quehaceres profesionales, la labor del jurista se desenvuelve dentro y en la propia la red, o lo que es igual, la red dogmática del Derecho lo envuelve y lo contiene. La red jurídico-dogmática es en principio muy tupida; es una malla de vínculos ramificados que interactúan de nudo en nudo subrogando toda la realidad jurídica en forma completa y cerrada. Es la densa, compacta e intrínseca estructura de la lógica material (Sachlogik)<sup>6</sup>, inherente al Derecho. Y es así aun cuando algunas de las aperturas permitan al jurista dogmático asomarse al exterior, incluso realizar salidas más o menos decididas y hasta arriesgadas fugas. Tal sucede en el salto sin red de

---

5 La expresión *ciberespacio* procede del subgénero literario de ciencia ficción denominado “cyberpunk” y fue introducida por William Gibson en su novela *Neuromancer* (Ace Science Fiction, New York, 1984) [*Neuromante*, trad. de J. Arconada y J. Ferreira, Eds. Minotauro, Barcelona, 1989]. Vid. al respecto Nobuo Kamioka, “Cyberpunk Revisited: William Gibson’s *Neuromancer* and the “Multimedia Revolution”, en *The Japanese Journal of American Studies*, 9 (1998), pp. 53-68. Otra de los autores de cyberpunk es Neal Stephenson. Su último título *Snow Crash* (Bantam Spectra Book, New York, 1992) [*Snow Crash*, trad. de J. Barranquero, Eds. Gigamesh, Barcelona, 2003], ha aportado un nuevo término, *avatar*, designando con él una imagen de identidad en Internet y su empleo en juegos de rol masivos. Así, la Literatura, tantas veces anticipadora.

6 Ernst Fuchs [1859-1929], “Gerechtigkeitswissenschaft”, en *Juristische Wochenschrift*, 49 (1920), pp. 6-10, ahora en Ernst Fuchs, *Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform*, vol. 2, Albert S. Foulkes (ed.), Scientia Verlag, Aalen 1973, pp. 247-258. Vid. también Oliver Sticht, *Sachlogik als Naturrecht? Zur Rechtsphilosophie Hans Welzel (1904-1977)*, Ferdinand Schöningh, Paderborn/München/Wien/Zürich, 2000.

la discrecionalidad<sup>7</sup>. Con todo, en general, la dogmática le retiene, le recoge y, por supuesto, le limita. El jurista dogmático lo es sólo si permanece dentro de la red y asido, aferrado a ella. La dogmática jurídica, por tanto, demarca el campo de la realidad y de la propia actuación del jurista respecto de ella.

Durante centurias los juristas han venido instalando esa red y logrado con ella abarcar toda la realidad hasta convertirla en un espacio clausurado. Una amplia red, cuidadosamente entretejida y convenientemente extendida, que asimismo en todo momento velaron por mantener en un buen estado, reforzándola para evitar roturas que ocasionaran fugas. Fue ésta una empresa extraordinaria, y por tal dedicación merece la labor de la cultura jurídica durante los siglos XIX y XX el más franco y elocuente reconocimiento.

Pero hemos entrado en un nuevo siglo, y han surgido nuevas realidades. ¿Qué ocurre en la actualidad cuando el espacio estanco de la dogmática jurídica pretende contener el cyberespacio, por naturaleza abierto e inmaterial? La red jurídico-dogmática tradicional, única que poseemos, en la que todavía nos movemos, y que nunca fue concebida como una red demasiado elástica, corre ahora el peligro de obsolescencia e inoperancia. Los juristas dogmáticos encuentran dificultades de cognición, descripción y prescripción para albergar suficientemente la realidad virtual. Hoy experimentamos el incómodo trance de comprobar que la red se enreda y enmaraña a la hora de identificar, situar y orientar en el inaugurado panorama de una realidad virtualizada. Numerosos productos Internet, especialmente de contenido multimedia, escapan al perímetro de la red jurídico-dogmática tradicional. Su captura es cuando menos problemática. Muchos se mantienen en la periferia, en el contorno. A menudo también gran parte del esfuerzo por arrastrarlos al interior de la red fracasa, y las veces en que ese intento no se malogra, rápidamente vuelven de nuevo a evadirse. La red jurídico-dogmática tradicional no es hoy una malla uniforme, ni tampoco siempre segura, cuando actúa sobre el entorno virtual o digital. La dogmática jurídica dentro de la que quedó confinada la realidad “real” resulta

---

7 Así, en el ámbito de la decisión judicial, la conocida posición de margen moderado de discrecionalidad en H. L. A. Hart [*El concepto de Derecho* (1961), trad. de G. R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999], frente a la crítica y contrapuesta de R. Dworkin [*Los derechos en serio* (1977), trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1989]. Para un útil análisis del concepto vid. Isabel Lifante Vidal, “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 25 (2002), pp. 413-439.

ineficaz para internar la realidad “virtual”<sup>8</sup>. Es muy posible que nos hallemos en vísperas del apagón analógico de la dogmática jurídica tradicional; pronto también la dogmática jurídica habrá de entrar en la era digital.

## 2. Libertad de expresión e Internet

El tratamiento jurídico que en el ámbito de Internet ha recibido hasta el presente la libertad de expresión pone de manifiesto en forma acusada parte de estas observaciones preliminares. Es decir, revela, además de un empeño regulatorio, que no es objetable, la perseverancia en el empleo de criterios dogmáticos que, pese a su voluntarismo, no logran el resultado seguramente apetecido. Se responde sin resolver; esto es, se acaricia la respuesta, aunque sin estimular de modo bastante la solución. La naturaleza de este proceder, que a otro nivel muy bien consentiría lecturas asimiladas al trauma del par deseo/satisfacción, patentiza una deficiencia en el abordaje conceptual y metodológico; lo uno, respecto de la exacta comprensión del fenómeno que pretende afrontar, en cuanto a las opciones de plan que le serían requeridas, lo otro. Muestra, por tanto, la existencia un de desenfoque de prisma, de errada perspectiva y, por ende también de alcance, e ineficiencia en el procesamiento operativo para la asignación de medios y recursos jurídicos idóneos.

Es significativo observar que el instrumento, o por mejor formularlo la praxis técnico-jurídica, a la que la dogmática apela al pronunciarse sobre libertad de expresión en Internet se base en un modelo transaccional entre identidad y diferencia. El jurista práctico se asiste de un expediente interpretativo típico

---

<sup>8</sup> Fue así tempranamente destacado en la literatura jurídica germana por Peter Schaar, “Datenschutzfreier Raum Internet”, en *Computer und Recht*, 3 (1996), pp. 170-177, en esp. p. 175; Franz C. Mayer, “Recht und Cyberspace”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 49 (1996), pp. 1782-1791. Entre nosotros, María Luisa Fernández Esteban, *Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales*, McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid, 1998, p. XXVI, e “Internet y los derechos fundamentales”, en *Anuario Jurídico de La Rioja* (Universidad de La Rioja-Parlamento de La Rioja), 6-7 (2000-2001), p. 336. Ha sido también subrayado, particularmente en relación a la materia de protección de datos, por Jochen Schneider, “Datenschutz und Neue Medien”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 37 (1984), pp. 390-396; Hans-Hermann Schrader, “Datenschutz bei Multimediadiensten. Die Datenschutzregelungen im TDDSG”, en *Computer und Recht*, 13 (1997), pp. 707-710, y Peter Schaar, *Datenschutz im Internet: die Grundlagen*, Verlag C. H. Beck, München, 2002, *passim* y “Datenschutz bei Web-Services”, en *Recht der Datenverarbeitung*, (2003), pp. 59-67.

de su tradicional concepción dogmática del Derecho y particular formación metodológica: el razonamiento analógico. Como se sabe, la analogía<sup>9</sup> es el característico argumento que construido en una inferencia “lógica válida” que traslada de lo particular a lo particular [(1) Si p entonces q; (2) No p, pero semejante a p; (3) Luego q], transporta la solución de un caso previsto a otro que no lo está. Con todo, si esa conclusión sólo se produce bajo criterios de plausibilidad apoyados en la comparativa de semejanza<sup>10</sup> (de ahí que sea también llamado argumento a pari o a simili), ello mismo implica que la analogía en realidad será siempre antes una estimativa, un juicio valorativo del caso considerado análogo, que propiamente un juicio lógico-formal de cuyo desenvolvimiento -los eslabones inferenciales del silogismo que unen una premisa a otra- devengue para la conclusión una certeza mayor (fuerza lógica superior o certeza no controvertible en sentido wittgensteiniano<sup>11</sup>) a

---

9 Vid. Manuel Atienza, *Sobre la analogía en el derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Civitas, Madrid, 1986, María José Falcón y Tella, *El argumento analógico en el Derecho*, Civitas, Madrid, 1991, Manuel Salguero, *Argumentación jurídica por analogía*, Marcial Pons, Madrid, 2002, y José Mario Miranda, “Breves apuntes sobre el caso no previsto y la analogía jurídica”, en *Foro de Córdoba* (Córdoba. República Argentina), 114 (2007), pp. 155-166.

10 Sea como “círculo de semejanza” en Ulrich Klug., *Juristische Logik*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg-New York, 1966<sup>3</sup>, pp. 97-123 [Existe trad. castellana de la 2ª ed. por J. D. García Bacca, *Lógica Jurídica*, Facultad de Derecho-Universidad Central de Venezuela Caracas, 1961], o “estructura de igualdad” en Theodor Heller, *Logik und Axiologie der Analogen Rechtsanwendung*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1961, pp. 24 y ss., esto último más difícil de asimilar porque el modelo transaccional entre identidad y diferencia de la analogía opera una comparativa de cualidades irreducibles a estructuras; vid. la recensión de Miguel Sánchez-Mazas Ferlosio al libro de Manuel Atienza, *Sobre la analogía en el Derecho*, cit., en *Theoría*, 2, 4 (1986-1987), pp. 210-213.

11 Ludwig Wittgenstein, *Über Gewißheit/On Certainty*, G. E. M. Anscombe and G. H. von Wright (eds.), Blackwell, Oxford 1969. [*Sobre la certeza*, trad. J. L. Prades y V. Raga, Gedisa, Barcelona, 1988].

la de la menor de sus premisas (2)<sup>12</sup>. Por lo demás, no deberíamos relegar a segundo plano la trascendencia ideológica de la validez de su empleo. En otorgar (sentido de) “certeza lógica” a la conclusión del argumento analógico (3) descansa asimismo la defensa de uno de los más importantes postulados de la dogmática jurídica: la certeza del Derecho. Atribuir validez de certeza lógica al argumento analógico equivale, sin disimulo<sup>13</sup>, a proteger la certeza del derecho; id est, la seguridad jurídica.

Pues bien, el argumento analógico tal como lo usa la dogmática jurídica al tratar de introducir y entranar en su malla epistemológica el fenómeno de libertad de expresión en Internet consiste en predicar la similitud de éste con la libertad de expresión en los medios convencionales de comunicación social. Esa analogía se ha construido discriminando la identidad de ratio entre, de una parte, los varios tipos de medios de comunicación social existentes, donde se cuentan telefonía, la radiodifusión y la prensa escrita, e Internet de otra. Y así, luego de explorar las situaciones de reconocimiento y contextos de limitación de que goza la libertad de expresión en cada uno de aquéllos, pues existen distintos estándares aplicables a la libertad de expresión según el medio de comunicación empleado, se termina concluyendo que Internet es semejante más a la comunicación telefónica y, en especial, a la comunicación en prensa escrita, que a la radiofónica y televisiva, por lo que no resultan admisibles otras restricciones de contenido que las aplicables al ejercicio de la libertad de expresión en esos dos primeros tipos de medios.

## 2.1. La experiencia legislativa y jurisprudencial en los EEUU

Este ha sido el razonamiento analógico empleado por la Corte Suprema de los EEUU al pronunciarse finalmente sobre recursos interpuestos por la American

12 Es a lo que se refiere Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica. Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, CEC, Madrid, 1989, pp. 268 y ss., cuando señala que problema de la analogía no reside en la obtención de la conclusión (3) a partir de las premisas (1) y (2), sino en la correcta fundamentación de tales premisas: es decir, en la justificación de la relación de semejanza existente entre (1) y (2). La analogía, en ese sentido, es un “caso especial” ya que la fundamentación de (2), o sea, sobre la semejanza relevante, se lleva a cabo mediante todos los argumentos del discurso jurídico.

13 Así Norberto Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Istituto Giuridico della Regia Università, Torino, 1938, pp. 100 y ss. [más reciente en ed. de Paolo Di Lucia, Giuffrè, Milano, 2006].

Civil Liberties Union (en adelante ACLU) y otros 19 grupos progresistas norteamericanos frente al Communications Decency Act [Ley de Decencia en las Telecomunicaciones] (en adelante CDA), aprobada por el Congreso (U.S. Congreso, February 1, 1996) y promulgada por el Presidente “Bill” Clinton (February 8th, 1996). El CDA incluía dos disposiciones -contenidas en la sección 223 (a) (1) (B) (ii), y sección 223 (d) (1)<sup>14</sup>- configurando como nueva figura delictiva la acción de quien, mediante un dispositivo de telecomunicaciones (Internet), creara o iniciara la transmisión de cualquier comentario, petición, sugerencia, propuesta, imagen u otra comunicación obscena o indecente a sabiendas de que el receptor era menor de edad (menor de 18 años), como también la de cualquier persona que en una comunicación interestatal o con el extranjero utilizase un servicio interactivo de ordenadores (Internet) para enviar o exhibir de un modo disponible a los menores toda clase de comentario, petición, sugerencia, propuesta, imagen u otra comunicación que representara o describiera, en términos claramente ofensivos conforme al estándar contemporáneo de la comunidad, actividades sexuales o excretorias u órganos sexuales, con independencia de si fue el usuario quien estableció la comunicación. Para tales supuestos se preveían penas de hasta dos años de cárcel y elevadas multas. Ello implicaba, para tratar de ilustrar algunas de las dinámicas comisivas objeto de persecución penal, que muchos de los materiales legalmente disponibles en almacenes de libros (amazon.com, por ej.) o en bibliotecas se hallarían incurso en la nueva normativa de ser alojados en sitios de la Web o ubicados en database de Usenet servers habilitadas para la búsqueda de servicios en newsgroups o grupos de discusión, o lo que es igual en un sistema de distribución de comunicados.

---

14 Sección § 223 (*Obscene or harassing telephone calls in the District of Columbia or in interstate or foreign communications*). El texto se encuentra disponible, entre otras direcciones, en: [http://www4.law.cornell.edu/uscode/uscode47/usc\\_sec\\_47\\_00000223---000-.html](http://www4.law.cornell.edu/uscode/uscode47/usc_sec_47_00000223---000-.html)

El 26 de junio de 1997 la Corte Suprema, apreciando infracción de la First Amendment, estimó inconstitucionales ambas disposiciones<sup>15</sup>. Así pues, el intento de regular la libertad de expresión en Internet declarando ilegal la difusión de material indecente en la red, so pretexto de tutelar y proteger a menores de edad, ya paralizado por una orden restrictiva temporal (temporary restraining order)<sup>16</sup> dictada por Jueces del Distrito Federal Este de Pensilvania en preliminary injunction <sup>17</sup>, ciertamente se evitó. La vulneración de la Primera Enmienda en la provisión limitativa al discurso indecente online (indecent speech online), entendiéndola como un caso de inconstitucionalidad por vaguedad (vagueness), se fundamentó en que regulación de la libertad de expresión basada en contenidos prevista en la CDA exigía, a virtud de presunción de inconstitucionalidad de la misma, llevar a cabo un control de escrutinio (scrutiny test) inclinándose la Corte Suprema hacia el de tipo estricto (strict scrutiny test). Tal decisión comportaba excluir el aplicable a las regulaciones de contenido en radiodifusión, menos estricto, que así hubiera posibilitado mayores limitaciones de la libertad de expresión, pues apreciaba que Internet no se asemeja tanto a la radiodifusión como más bien a la comunicación a través del teléfono, y sobre todo a la prensa escrita, medio muy poco regulado

15 Vid. The Supreme Court of The United States en *Janet Reno et al. vs. ACLU et al.*, núm. 96-511, June 26, 1997. El texto se encuentra disponible, entre otras varias direcciones, en: <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/96-511.ZS.html>. Vid. asimismo María Luisa Fernández Esteban, “Limitaciones constitucionales e inconstitucionales a la libertad de expresión en Internet. (Comentario de 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)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 18, 53 (1998), pp. 283-311, y para otros aspectos (Sección § 230: *Protection for private blocking and screening of offensive material* [disponible en: <http://www4.law.cornell.edu/uscode/47/230.html>]) también James D. Shanahan, “Rethinking the Communications Decency Act: Eliminating Statutory Protections of Discriminatory Housing Advertisements on the Internet”, en *Federal Communications Law Journal*, 60 (2007), pp. 135-155.

16 Sobre el paralelo entre la *preliminary injunction* y nuestro control abstracto de inconstitucionalidad del antiguo recurso previo de inconstitucionalidad contra las Leyes Orgánicas, vid. Eduardo Virgala Foruria, “Control abstracto y recurso directo de inconstitucionalidad en los Estados Unidos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 21, 62 (2001), pp. 77-124, en esp. pp. 77-78 y ss.

17 Vid. The United States District Court for The Eastern District of Pennsylvania, *ACLU et al vs. Janet Reno* núm. 96-963, June 11, 1996. Texto disponible, entre otras direcciones, en: [http://www.wvu.edu/~lawfac/cchin/ACLU\\_vs\\_Reno.html](http://www.wvu.edu/~lawfac/cchin/ACLU_vs_Reno.html).

y donde la tradición jurisprudencial americana venía afirmando una libertad de expresión casi ilimitada.

El ejercicio de ésta en Internet, en suma, debía tenerse por análogo a su ejercicio en la prensa escrita. La analogía se argumentaba, conviene señalarlo, en una comparativa a contrario; esto es, los estándares de regulación (y limitación) de contenidos previstos para la radiodifusión se apoyaban en circunstancias especiales como la escasez del dominio público radioeléctrico, la histórica regulación de ese medio y su mayor penetración social, las que no concurrían en la comunicación por medio prensa escrita, al igual que tampoco en Internet. Por último, la Corte Suprema aludió al peligro paralizador (*chilling effect*), de enfriamiento o silenciador, sobre la libertad de expresión<sup>18</sup> que en la práctica esas medidas podrían representar para su ejercicio.

El triunfo frente a los ataques del CDA a la libertad de expresión en Internet motivó por parte de la Administración Clinton ulteriores disposiciones igualmente tendentes a implantar nuevos estándares de regulación y limitación. Así, el Child Online Protection Act (COPA en adelante) (U.S. Congress October 5, 1998), imponiendo severas sanciones civiles y penales a la introducción en la Web de material juzgado por el gobierno federal como “dañoso para menores” (*harmful to minors*)<sup>19</sup>, y que fue impugnado asimismo por la ACLU obteniendo el 20 de noviembre de ese año *temporary restraining order*, además de pronunciamiento acerca de la muy posible viabilidad de

---

18 Vid. Thomas W. Hazlett- David W. Sosa, “Chilling the Internet? Lessons from FCC Regulation of Radio Broadcasting”, en *Cato Policy Analysis*, 270 (1997) [disponible en <http://www.cato.org/pubs/pas/pa-270.html>], y en *Michigan Telecommunications & Technology Law Review*, 4, 35 (1998) [disponible en <http://www.mttlr.org/volfour/hazlett.pdf>]. Más en general, con relación a las *defamation actions* y el activismo censor estatal, vid. Owen M. Fiss, “El Efecto Silenciador de la Libertad de Expresión”, trad. de D. Mena, en *Isonomía*, 4 (1996), pp. 17-27, y también por trad. de J. F. Malem Señá asimismo en Owen M. Fiss, *Libertad de expresión y estructura social*, Fontamara, México, 1997.

19 Textos correspondiente al Title XIII. *Children’s Online Privacy Protection* Secciones § 1303 a 1308 y Title XIV. *Child Online Protection* Secciones § 1401 a 1406 disponibles, entre otras direcciones, en respectivamente: <http://www.ftc.gov/ogc/coppa1.htm> y [http://epic.org/free\\_speech/censorship/copa.html](http://epic.org/free_speech/censorship/copa.html) o <http://www.safesurf.com/history/copa.htm>.

probar su inconstitucionalidad en el entorno de la Primera Enmienda<sup>20</sup>, luego así declarada por esa misma Corte (2007)<sup>21</sup> y más tarde confirmada por la Corte de Apelaciones de Tercer Circuito (2008)<sup>22</sup>. Y también, aún durante el intervalo inmediato a la llegada de la primera Administración Bush, el Children's Internet Protection Act (CIPA en adelante) (U.S. Congress December 15, 1999), promulgado a finales del 2000 (December 21, 2000)<sup>23</sup> y frente al que la ACLU, la Multnomah County Public Library y la American Library Association alegaron que la exigencia de requerir a las bibliotecas públicas (perceptoras de fondos federales) la instalación de filtros en sus ordenadores suponía violación constitucional. La decisión<sup>24</sup> si bien no amparó esta vez la pretensión impugnatoria principal de inconstitucionalidad, determinó no obstante que con posterioridad la Corte Suprema sí modificara aquella Ley para permitir que las bibliotecas pudieran eliminar el filtro de bloqueo a petición de los usuarios. Más adelante se habrían de suscitar también otros varios recursos ante la Corte Suprema, con devolución por ésta del caso a la Corte de Distrito para estudio en que se concretara si eran procedimientos técnicos efectivos

---

20 Vid. The United States District Court for The Esastern District of Pennsylvania, *ACLU et al. vs. Janet Reno II* Civil Action núm. 98-5591 Judge Lowell A. Reed Jr. Texto disponible, entre otras direcciones, en: [http://epic.org/free\\_speech/copa/tro.html](http://epic.org/free_speech/copa/tro.html).

21 Vid. The United States District Court for The Esastern District of Pennsylvania, *ACLU et al. vs. Alberto R. Gonzales* [Attorney General of the United States] Civil Action núm. 98-5591, decided 22 March, 2007. Texto disponible, entre otras direcciones, en: <http://www.paed.uscourts.gov/documents/opinions/07D0346P.pdf>.

22 Vid. U.S. Court of Appeals for the Third Circuit en *ACLU et al vs. Michael B. Mukasey* [Attorney General of the United States] No. 07-2539 Decided July 22, 2008. Texto disponible, entre otras direcciones, en: [http://www.aclu.org/pdfs/freespeech/copa\\_20080722.pdf](http://www.aclu.org/pdfs/freespeech/copa_20080722.pdf).

23 Disponible, entre otras direcciones en: <http://www.cdt.org/legislation/106th/speech/001218cipa.pdf>. Fue promulgado formando parte, como sección 1721, del Consolidated Appropriations Act de 2001, disponible, éste, entre otras direcciones, en:

24 Vid. The United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania *American Library Association vs. United States* núm. 01-1303 y *Multnomah County Public Library vs. United States* núm. 01-1322 decided May 31, 2002. Texto disponible, entre otras direcciones, en: <http://fl1.findlaw.com/news.findlaw.com/hdocs/docs/ala/cipa53102opn.pdf>, y The Supreme Court of The United Status en *Ashcroft, Attorney General vs. ACLU et al*, núm. 00-1293 decided May 13, 2002. Texto disponible, entre otras direcciones, en: <http://www.law.cornell.edu/supct/pdf/00-1293P.ZS>.

para protección de los menores los abogados por el gobierno federal, ya que se sucedían de continuo avances tecnológicos parecían cuestionarlos 25.

Pues bien, todo ese laborioso iter procesal pone de manifiesto una faceta tocante a nuestro interés. Que si bien la Justicia norteamericana reaccionó en positivo para proteger la esfera de la libertad de expresión y su ejercicio ante amenazas muy específicas o contingencias más genéricas derivadas de la invasión del poder público, la jurisprudencia allí emanada brindó una respuesta que no resolvía, que no era solución. Coincidió en el parecer de que aquélla dejó traslucir la insuficiencia del tratamiento tradicional de los problemas jurídicos y el conflicto de intereses que se producían en el nuevo medio<sup>26</sup>. Permanecieron ciertamente sin resolver, en tensión jurídica, conflictos de derechos e intereses no insignificantes -libertad de expresión vs. derecho de acceso, libertad de expresión vs. protección de los menores, por sólo citar los más patentes<sup>27</sup>- ante los que la respuesta ofrecida no podía tenerse como una solución. Y, en añadido, todavía

---

25 Vid. The Supreme Court of The United States en *Ashcroft, Attorney General vs. ACLU et al*, núm. 03-218 decided June 29, 2004. Texto disponible, entre otras direcciones, en <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/03-218.ZS.html>. Vid. también, por su influencia en los recursos de ACLU sobre inapropiados efectos de bloqueo del software de N2H2, The United States District Court for the Eastern District of Virginia. Alexandria Division en *Mainstream Loudoun, et al. Plaintiffs. v. Board of Trustees of The Loudoun County Library, et al.*, Civil Action núm. 97-2049-A. Decided 7 April, 1998. Texto disponible, entre otras direcciones, en: <http://law.jrank.org/pages/12708/Mainstream-Loudoun-et-al-v-Board-Trustees-Loudoun-County-Library-et-al.html>. Asimismo Junichi P. Semitsu, "Burning Cyberbooks in Public Libraries: Internet Filtering Software vs. The First Amendment", en *Stanford Law Review*, 52, 2 (2000), pp. 509-545.

26 María Luisa Fernández Esteban, "Limitaciones constitucionales e inconstitucionales a la libertad de expresión en Internet", cit., pp. 285 y 309.

27 Otro problema jurídico a un nivel más latente, y que continúa relativamente ayuno de tratamiento, es el de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales con relación a Internet. Vid. sobre ello, en la escasa bibliografía disponible, además de Franz C. Mayer, *Recht und Cyberspace*, cit., Ulrich Sieber, *Verantwortlichkeit im Internet - Technische Kontrollmöglichkeiten und mediarechtliche Regelungen*, Verlag C. H. Beck, München 1999, pp. 43 y ss., Rufus Pichler, *Meinungsfreiheit, Kunstfreiheit und neue Medien: Zwischen interessengerechter Auflösung von Rechtsgutkollisionen und „Zensur“*, en *Archiv für Presserecht*, 30(1999), pp. 429-439, y Karl H. Ladeur, *Ausschluss von Teilnehmern an Diskussionsforen im Internet*, Multimedia und Recht 2001, pp. 787-792.

más; si Internet era como la prensa escrita, ello implicaba emitir una declaración algo confudente, pues la decisión de inconstitucionalidad expresada por la Corte Suprema en la apelación Janet M.Reno et al. vs. ACLU et al.<sup>28</sup>, que unificaba doctrina pospuso, a solicitud de la propia Fiscalía, el pronunciamiento en la apelación a la preliminary injunction acordada por la Corte del Distrito Sur de Nueva York en el caso generalmente conocido Shea vs. Reno, que en realidad se trataba del asunto Joseph Shea, on behalf of The American Reporter vs. Janet M Reno<sup>29</sup>, donde la parte actora era el editor (editor in-Chief) de The American Reporter the nation's first all-digital daily, esto es, on-line newspaper, un periódico electrónico. Por tanto, no parece que la Corte Suprema ni en la sentencia de junio de 1997, donde declaró que Internet era como la prensa escrita, ni posteriormente, al examinar el supuesto de violación de la libertad de expresión denunciado por un periódico electrónico, utilizara mentalmente otra comparativa de semejanza para Internet que el tradicional medio prensa escrita (traditional printing mediums). La transaccional entre identidad y diferencia nunca estuvo abierta a la variedad tipos de comunicación posibles en Internet. Por tanto, a pesar de todo, ni resultaba tan ostensible que Internet fuera como la prensa escrita, y menos aún que todo tipo de comunicación en Internet fuere como la prensa escrita, pues ello implicaría ir más allá de los términos en que la misma analogía se había construido.

## 2.2. La experiencia normativa europea

Otro estilo dogmático se descubre en Europa, siempre de talante más propenso al argumento normativo respetuoso con la legalidad positiva. No ha sido excesivo, con todo, el número de regulaciones legales producidas en cuanto a ejercicio de la libertad de expresión en Internet. Entre las existentes cabe mencionar, en primer lugar, tres francesas: Relative á la Liberté de Communication, o loi Leotard<sup>30</sup>, y Réglementation des Télécommunications, junto a la enmienda

---

28 *Supra* n. 15.

29 Vid. The United States District Court for The Southern District of New York, Civil Action núm. 96- 0976 decided July 29, 1996. Disponible en: <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/96-511.ZX.html>.

30 Vid. *Loi Relative á la Liberté de Communication*. Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

Fillon<sup>31</sup>, ésta parcialmente declarada inconstitucional en 1996 respecto de la obligación por los proveedores de acceso a Internet en proponer a sus clientes un medio técnico de restricción de acceso a determinados servicios<sup>32</sup>, y por último la enmienda Broche modificativa de la Loi sur la liberté de communication<sup>33</sup>. Seguidamente, y más próxima a los temas que aquí serán objeto de estudio, la Ley alemana de 13 de junio de 1997, de Servicios de Comunicación e Información (Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste)<sup>34</sup>. Su sistema de atribución de responsabilidades por contenidos vertidos en Internet es en gran medida seguido por la Ley española de 11 de julio de 2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico [en adelante LSSICE]<sup>35</sup>. Por último, conviene referir nuevamente en Francia el Projet de Loi, relativo a la

---

31 Vid. *Loi sur la Réglementation des Télécommunications*. Loi n°90-1170 du 29 décembre 1990, disponible en: [http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?sessionId=506DAE999B91F34A1904DDBD\\_41B3EBB0.tpdjo07v\\_1?cidTexte=JORFTEXT00000533747&categorieLien=id](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?sessionId=506DAE999B91F34A1904DDBD_41B3EBB0.tpdjo07v_1?cidTexte=JORFTEXT00000533747&categorieLien=id), y Amendement Fillon (ministre François Fillon) à la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 sur la réglementation des télécommunications. Disponible, entre otras direcciones en: [http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?sessionId=D651BC27D054A9738AB88D3D04B978F0.tpdjo04v\\_2?cidTexte=JORFTEXT00000733177&categorieLien=id](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?sessionId=D651BC27D054A9738AB88D3D04B978F0.tpdjo04v_2?cidTexte=JORFTEXT00000733177&categorieLien=id)

32 Vid. *Décision du Conseil Constitutionnel* n°96-378 DC du 23 juillet 1996. Vid. también Meryem Marzouki, “Nouvelles modalités de la censure : le cas d’Internet en France”, en *Le Temps des médias*, 1 (2003), 1, pp. 148-161.

33 Vid. Loi n°2000-719 du 1 août 2000 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005629727&dateTexte=20081126>, y Amendement Bloche (Patrick Bloche) à la loi n° 2000-719 du 1 août 2000 modifiant la loi sur la liberté de communication.

34 *Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste. (Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz - IuKDG) in der Fassung des Beschlusses des Deutschen Bundestages vom 13. Juni 1997*. Disponible, entre otras direcciones, en: <http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexo73.asp>.

35 Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. Disponible, entre otras direcciones, en: <http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexo419.asp>.

Prévention de la Délinquance<sup>36</sup>, adoptado a propuesta del entonces ministro de Estado e Interior Nicolás Sarkozy, depositado en el Senado a 28 de junio de 2006 y finalmente promulgado por la Asamblea Nacional como Ley el 5 de marzo de 2007. Su efectiva aprobación determinó algunas nuevas formas de participación criminal, en concreto atribuyendo a través de la creación de determinado precepto penal (art. 222-33-3 Code pénal<sup>37</sup>) la de complicidad en atentados voluntarios a la integridad de la persona (cf. arts. 222-1 a 222-14-1 y 222-23 a 222-31) al hecho de registrar o difundir intencionadamente, por cualquier medio, cualquiera fuese el tipo de soporte utilizado (sciemment, par quelque moyen que ce soit, sur tout support que ce soit), imágenes relativas a la comisión de aquellas infracciones. Esta complicidad, como accesoria de la actividad principal (autoría), presume (presunción iure et de iure) que la contribución en complicidad, esto es, el *actus reus*, consistente en la ayuda práctica, estímulo o apoyo moral con efecto sustancial en la perpetración del crimen, va constituido por el registro o difusión de tales imágenes, si bien por tratarse de un delito intencional hace precisa la prueba de la *mens rea* necesaria, o sea, del conocimiento de que dichos actos de registro y difusión ayudan a cometer el delito. Se trata de una medida de política criminal de prevención (cinco años de prisión y multa de 75.000 EUR) frente al desarrollo del fenómeno conocido como *happy slapping*, que con frecuencia aprovecha para difusión de las agresiones y escenas de violencia precisamente la vía medial de Internet. La citada norma excluye in fine su aplicación al registro o difusión “resultado del ejercicio normal de una profesión que tenga por objeto informar al público” o se lleve a cabo “a fin de servir de prueba” en un procedimiento judicial.

Por aparte estas normas nacionales están asimismo la Convención del Consejo de Europa sobre Cybercriminalidad (Budapest, 23 de noviembre 2001)<sup>38</sup>, en

---

36 Vid. del completo Dossier législatif Sénat <http://www.senat.fr/dossierleg/pjl05-433.html> y [http://ameli.senat.fr/publication\\_pl/2006-2007/252.html](http://ameli.senat.fr/publication_pl/2006-2007/252.html), en especial Chapitre V. Dispositions relatives à la prévention d’actes violents pour soi-même ou pour autrui. Section 3 *ter*: De l’enregistrement et de la diffusion d’images de violence.

37 Art. 222-3-3 Code pénal creado por Loi n° 2007--297 du 5 mars 2007 (JORF, 7 mars 2007), relative à la prévention de la délinquance. Disponible, entre otras direcciones, en : <http://www.easydroit.fr/codes-et-lois/?idArticle=LEGIARTI000006494148&cidTexte=JORFTEXT00000615568&dateTexte=2007-03-05> y <http://www.easydroit.fr/codes-et-lois/article-222-33-3-du-Code-penal/A50526/>.

38 Disponible, entre otras direcciones, en: <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/185.htm>.

vigor desde 1 de julio de 2004, y el Protocolo adicional a la misma (Strasbourg, 30 de enero 2003)<sup>39</sup>, relativo a la incriminación de actos de naturaleza racista y xenófoba cometidos a través de sistemas informáticos, en vigor desde 1 de marzo de 2006. España que, como la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea [y luego otros en el Continente americano (Costa Rica y México), incluido Canadá y EEUU, además de Japón]<sup>40</sup>, suscribió en su día (23 de noviembre de 2001) el Convenio, también como la mayor parte de aquéllos no ha dispuesto aún el correspondiente instrumento de ratificación o adhesión al Protocolo. En el caso español, a pesar de la solícita atención que la literatura doctrinal le prestara en un primer momento<sup>41</sup>, ya pasado un tiempo prudencial parece poco confiable depositar grandes esperanzas en resultados demasiado sorprendentes. Al menos hasta tanto no enfrentemos seriamente la obsolescencia de nuestros actuales mecanismos de derecho sustantivo para la persecución y represión penal del crimen high-tech, e igualmente la vetustez de los adjetivos o de derecho procesal<sup>42</sup>.

39 Disponible, entre otras direcciones, en: <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/189.htm>.

40 El listado de Estados miembros y no miembros del Consejo de Europa puede consultarse <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=20/12/01&CL=ENG>, donde puede observarse la situación actual en cuanto a firma, ratificación y entrada en vigor.

41 Vid., entre otros, Manuel Lezertua, “El Proyecto de Convenio sobre Cybercrimen del Consejo de Europa”, en Juan José López Ortega (dir.), *Internet y Derecho penal*, Escuela Judicial. CGPJ, Madrid, 2001 (Cuadernos de Derecho Judicial, X, 2001), pp. 15-61; Óscar Morales García, “Apuntes de política criminal en el contexto tecnológico. Una aproximación a la Convención del Consejo de Europa sobre Cyber-Crime”, en Óscar Morales García (dir.), *Delincuencia informática. Problemas de responsabilidad*, Escuela Judicial. CGPJ, Madrid, 2002 (Cuadernos de Derecho Judicial, IX, 2002), pp. 11-33; Juan Antonio Pavón Pérez, “La labor del Consejo de Europa en la lucha contra la cibercriminalidad: el Protocolo adicional al Convenio nº 185 sobre cibercriminalidad relativo a la incriminación de actos de naturaleza racista y xenófobos cometidos a través de los sistemas informáticos”, en *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Extremadura. Cáceres) 21 (2003), pp. 187-204.

42 Vid. los trabajos de Julio Pérez Gil, “Medidas de investigación y aseguramiento de la prueba en el Convenio sobre el Cibercrimen”, en *Actualidad Penal*, 36 (2003), pp. 895-933, “Investigación penal y nuevas tecnologías. Algunos de los retos pendientes”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, 7 (octubre 2005), pp. 211-234, y “Criminalidad informática y reforma procesal penal. Un decálogo de propuestas”, en *e-Newsletter*, 26 (abril 2007), pp. 1-8 [disponible en [http://www.iisfa.it/cybex\\_newsletter\\_07\\_04.pdf](http://www.iisfa.it/cybex_newsletter_07_04.pdf)]

Pero no es éste aquí puntualmente nuestro tema, por más que sin duda lo comprenda. Lo que en este momento persigo es sólo enfatizar determinados aspectos que en toda esa regulación atañen en general, como necesario encuadre jurídico-normativo, al asunto de la libertad de expresión y las weblogs, del que ya más en específico me ocuparé en los siguientes epígrafes. Así pues, todavía en éste, conviene a tal fin subrayar algo importante: el inequívoco sistema de atribución de responsabilidad (civil, penal y administrativa) por contenidos vertidos y difundidos en Internet previsto en, entre otras<sup>43</sup>, la legislación de Alemania y la española. La alemana hizo recaer sobre las empresas que venden acceso a Internet la responsabilidad del contenido que por sí mismas difundan, y respecto de los ajenos cuando los aloje, conozca y le sea posible técnicamente impedir su utilización por otros usuarios. En cuanto a la LSSICE en España, cuyos arts. 3 y 8 transponen la Sección 4ª [Responsabilidad de los prestadores de servicios intermediario] de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la Sociedad de la Información, en particular el comercio electrónico en

---

43 Así, en el Reino Unido el *Defamation Act* (4th July 1996) Chapter 31. 1 *Responsibility for publication* y, asimismo *Electronic Communications Act 2000* (25th May 2000), Texto disponibles, entre otras direcciones, respectivamente en: [http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts1996/ukpga\\_19960031\\_en\\_1](http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts1996/ukpga_19960031_en_1), y <http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexo1437.asp#arriba>. También en Suecia, con la llamada *Ley sobre la responsabilidad por los tabloneros de anuncios electrónicos*, de 1 de mayo de 1998, por la que se hizo responsables a los proveedores de lo que se transmitiera por sus servicios, exigiéndoles igualmente a los de tabloneros de anuncios electrónicos la supresión de mensajes cuyo contenido constituyera, entre otras cosas, una incitación contra grupos étnicos. Esta última normativa suscitó abundantes críticas y encendidos debates en el seno de Naciones Unidas por parte de ONGs, las que apreciaron en dicha normativa la puesta a disposición de los gobiernos represivos de un instrumento para perseguir a disidentes y sofocar las críticas. Vid. al respecto *Seminario sobre Internet*, en Comité para la Eliminación de la Discriminación racial. Acta Resumida de la 1274ª Sesión (Disponible en: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CERD.C.SR.1274.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CERD.C.SR.1274.Sp?Opendocument)), y Comité para la Eliminación de la Discriminación racial. Informes presentados por los estados partes de Conformidad con el art. 9 de la Convención. *Decimocuarto informe periódico que los Estados Partes. Audición Suecia* (Disponible en: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CERD.C.362.Add.5.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CERD.C.362.Add.5.Sp?Opendocument)).

el mercado interior<sup>44</sup>, ciertamente imputa responsabilidad (art. 13) a las actividades de intermediación -es decir, a los servicios de intermediación por los que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información. cf. Anexo. Definiciones. b); servicios relativos a la provisión de acceso a la red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet responsabilidad, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios, por ej. la descarga de archivos de vídeo o audio- y siempre que ellas representen una actividad económica para el prestador (vid. Exposición de Motivos), cuando teniendo conocimiento efectivo de que la actividad es ilícita no se actúe con diligencia para retirar los datos alojados o impedir el acceso a los mismos, debiendo en lo demás identificar, a petición de la autoridad judicial, al destinatario del servicio, y colaborar en practicar las restricciones y/o interrupciones a la prestación de servicios en determinadas circunstancias (art. 11), pero sin imponer, de acuerdo con el art. 15 de la Directiva, obligación de supervisar los contenidos o llevar a cabo búsquedas activas que revelen comisión de ilícitos.

Es claro, pues, que el art. 13.2, y su remisión a los siguientes (arts. 14 a 16, referidos a operadores de redes y proveedores de acceso, a servicios de copia temporal de datos y a prestación de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos) concretando los diversos niveles de responsabilidad y excepciones a la misma, de ninguna forma permite interpretar las weblogs como una actividad de intermediación, es decir, como servicios de la sociedad de la información, salvo a través del art. 17, si fuera el caso que éstos facilitasen enlaces a contenidos

---

44 Vid. *Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de julio 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), en DOCE*, de 17 de julio de 2000, L 178/1- L 178-16. Disponible, entre otras direcciones, en: [http://www.aeat.es/AEAT/Contenidos/Comunes/La\\_Agencia\\_Tributaria/Informacion\\_Tributaria/Comercio\\_electronico/Legislacion/2000-31-CE.pdf](http://www.aeat.es/AEAT/Contenidos/Comunes/La_Agencia_Tributaria/Informacion_Tributaria/Comercio_electronico/Legislacion/2000-31-CE.pdf).

o instrumentos de búsqueda, recopilación o acceso, y además lo no hicieran a título gratuito (utilizando, por ejemplo, publicidad o patrocinio)<sup>45</sup>.

Sin embargo, este alcance de responsabilidad, en principio se diría que ya preciso, aún se completa con el previsto en el párrafo segundo del mismo precepto, que en todo caso lo subordina en su eficacia civil, penal y administrativa al establecido “con carácter general en el ordenamiento jurídico”. Esta dicción reenviaría así, en concreto, a la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen<sup>46</sup>, a los art. 27 a 31 [Lib. I, Tít. II (Personas criminalmente responsables de los delitos y faltas)] del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre)<sup>47</sup> [CP en adelante], y a los arts. 34 y 39 [Cap. V de la Profesión periodística y de los directores de publicaciones periódicas] y 63 a 72 [Cap. X. De la responsabilidad y Sanciones] de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta<sup>48</sup>, más conocida como Ley Fraga.

La consecuencia de lo anterior es que por medio del art. 13.2 de la LSSICE y desde las diferentes vías señaladas a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, esto es, a los intermediarios técnicos, a los ISP en suma, se les puede reclamar responsabilidad, además de en la elaboración de contenido propios, lógicamente a título de autor, también por el contenido privado que generen sus usuarios. O sea, se les convierte en partícipes del ilícito. En el ámbito penal esta última responsabilidad se depura a través de la figura del

45 Vid. sobre estas modalidades David Maetzu Lacalle, “España: Y si mi *blog* funciona? Publicidad y Obligaciones Tributarias en las Bitácoras Digitales”, en *AR: Revista de Derecho Informático*, 95 (2006) disponible en <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=6203>. En lo demás, los temas relacionados con publicidad y libertad de expresión, especialmente en orden a límites, se encuentran prácticamente ayunos de tratamiento. Vid. la reducida extensión concedida al asunto en Rafael Gimeno-Bayón Cobos, “La publicidad en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información”, en Antonio Salas Carceller (dir.), *La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y el comercio electrónico*, Escuela Judicial. CGPJ, Madrid, 2006 (Cuadernos de Derecho Judicial, V, 2006), pp. 291-292.

46 Disponible, entre otras direcciones, en: [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/lo1-1982.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo1-1982.html).

47 Disponible, entre otras direcciones, en: [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Penal/lo10-1995.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.html).

48 Disponible, entre otras direcciones, en: [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/l14-1966.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l14-1966.html).

cooperador necesario o cómplice (ex art. 28.b) CP). Convendrá recordar que el partícipe por cooperación necesaria es aquel que contribuye a la producción del hecho criminal con actos sin los cuales éste no hubiera podido realizarse, o lo que es igual, que si bien no ejecuta el hecho típico (autoría material y directa) ciertamente desarrolla “una actividad adyacente, colateral y distinta pero íntimamente relacionada con la del autor material, todo ello en el contexto de un concierto previo”<sup>49</sup>. Los problemas de aplicación serán antes, por tanto, de probanza del conocimiento efectivo de la existencia de un contenido ilícito y de posibilidad de control del mismo.

Lo que no parece atendible es que sin haber procedido a introducir precepto legal concreto, como por el contrario se vio que ha hecho la Ley francesa el 5 de marzo de 2007 mediante la creación en su Code pénal del art. 222-33-3, se pretenda una tipicidad equivalente a la prevista en el art. 30. 1 y 2 de nuestro CP. Esta norma penal, por la que se desprende una responsabilidad en cascada (“de forma escalonada, excluyente y subsidiaria”), exige que los delitos y faltas se hayan cometido utilizando “medios o soportes de difusión mecánicos”. El recurso a dicho precepto me parece un exceso y un error que, asimismo, revela una interpretación de Internet del todo incorrecta y anacrónica. El art. 30 CP únicamente articula el régimen de responsabilidad aplicable a la prensa escrita, conforme a lo definido y aún subsistente en la Ley 14/1966 de Prensa e Imprenta por impreso [cap. II: De los Impresos y Publicaciones] (art. 9: “a efectos de esta Ley, toda reproducción gráfica destinada, o que pueda destinarse, a ser difundida”). Este es su taxativo ámbito, de donde toda idea que persiga extender la especificidad del soporte mecánico de difusión a comunicaciones que, como Internet, son un sistema técnico, por aparte el restricto concepto de difusión que la LSSICE implanta respecto de determinados y no todos los servicios de la sociedad de la Información, habría de ser rechazada y abandonada<sup>50</sup>.

---

49 Vid. STS (Sala Segunda) de 24 de julio de 2000.

50 Cf. Óscar Morales García, “Criterios de aplicación de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la Información”, en Óscar Morales García (dir.), *Delincuencia informática. Problemas de responsabilidad*, cit., pp. 179-239, en esp. pp. 216-222. Vid. también Ignacio Garrote Fernández-Díez, “La responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea por infracciones de los derechos de autor y conexos”, en *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, 6 (2000), pp. 9-64, y José Manuel Busto Lago, “La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 542 (2002), pp. 1-6.

El exceso y el error de quienes generalizan y dilatan el art. 30 CP51, no es sin embargo sólo reflejo de un incorrecto análisis jurídico del sentido literal posible ni de una anacrónica comprensión del fenómeno Internet. Lo es también, quizás como efecto perverso y hasta no deseado, de una mentalidad dogmática que, in articulo mortis para la certeza del derecho, aplica una praxis técnico-jurídica de resucitación, la analogía<sup>52</sup>, incluso si de acuerdo al principio reserva de ley penal aquélla tiene limitadísimas posibilidades de viabilidad (interpretación analógica en favor rei).

Mas, algo parece que al menos en parte queda bastante claro en interés a nuestro tema. La responsabilidad que pudiese corresponder al blogger no puede exigirse desde la LSSICE. Pero siendo sin duda así, ello que tampoco significa que toda incertidumbre jurídica en lo relativo a las weblogs por ejercicio de la libertad de expresión haya quedado suficientemente despejada. Y es porque, si bien la LSSICE no referencia la determinación del marco jurídico de su eventual responsabilidad, la posible fijación de su alcance, razonable por principio de orden público, no cabrá dilucidarla sin antes haber especificado la naturaleza jurídica que corresponda a la weblog.

### **3. Weblogs e Informe de la Comisión de Cultura de la Eurocámara sobre la concentración y el pluralismo de los medios de comunicación en la Unión Europea (junio 2008), y Resolución del Pleno del Parlamento Europeo (septiembre 2008)**

Con fecha de 7 de marzo de 2008 la eurodiputada estonia Marianne Mikko, miembro de Comisión de Cultura y Educación del Parlamento Europeo, presentó para propuesta de resolución por la Eurocámara un Proyecto de Informe sobre la concentración y el pluralismo de los medios de comunicación en la Unión Europea<sup>53</sup> donde a razón de considerar (letra O) “que los (sic.) weblogs son un medio común en expansión para la propia expresión tanto de profesionales de los medios de comunicación como de personas privadas, pero que el estatuto de

---

51 Cf. Gonzalo Quintero Olivares- Fermín Morales Prats- J. Miguel Prats Canut (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 644.

52 Para José María Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español. Parte General*, Gráficas Carasa, Madrid. 1973 (5ª ed.), p. 208, la “analogía comienza donde termina la interpretación”.

53 Vid. <http://www.europarl.europa.eu//sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-402.864+01+DOC+PDF+V0//ES&language=ES>.

los autores y de quienes los publican, incluido su estatuto jurídico, no se define ni se deja claro ante los lectores de los weblogs, lo que provoca incertidumbres respecto a la imparcialidad, fiabilidad, protección de las fuentes, aplicación de códigos éticos y atribución de responsabilidades en caso de acciones judiciales”, recomendaba (punto 9) “se clarifique el estatuto, jurídico o de otro tipo, de los weblogs e insta a un etiquetado voluntario de los mismos con arreglo a las responsabilidades profesionales y financieras y los intereses de sus autores y de quienes los publican”.

Tal recomendación fue justificada por la ponente, del grupo socialista, con base a estar produciéndose “una confusión inmensa” como resultado de la diversidad de tipos (en cuanto a autores y editores) de blogs existentes y por entender que, a fin de preservar el grado de confianza entre el público, debía introducirse una “marca de calidad” capaz de aclarar “quién escribe y por qué”<sup>54</sup>. Ello suscitó prontas críticas y puntualizaciones por parte de parlamentarios de otros grupos políticos. Así, para el belga Ivo Belet, del grupo Popular Europeo (PPE), los blogs “y todo el contenido generado por los usuarios” representaban una “animada y fresca contribución al panorama mediático”, por lo que -dijo- “no deben ser restringidos”, si bien señalando que ante “determinados asuntos de tipo legal” ciertamente debería reclamarse “una solución adecuada”. Entre los liberales (ALDE), el alemán Jorgo Chatzimarkakis, de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios, manifestó que no convenía calificar a los blogs como “una amenaza de forma automática”, aunque el hecho de que pudieran estar siendo utilizados “por grupos de presión o empresas para hacer circular sus mensajes”, y dado que las bitácoras digitales suponían “un potente instrumento”, podía llevar a que se las percibiera “como una amenaza al pluralismo si no se realiza un seguimiento”<sup>55</sup>. Por su parte la propia Mikko concretaría que no consideraba los blogs “una amenaza”, pero aseguró que estaban “en posición de contaminar considerablemente el ciberespacio”.

---

54 Vid. artículo “El Parlamento Europeo examina la posible regulación de los blogs”, Sociedad de la Información de 11.06.2008. Disponible en [http://www.europarl.europa.eu/news/public/story\\_page/058-31021-161-06-24-909-20080605STO30955-2008-09-06-2008/default\\_es.htm](http://www.europarl.europa.eu/news/public/story_page/058-31021-161-06-24-909-20080605STO30955-2008-09-06-2008/default_es.htm).

55 Las sugerencias contenidas en la *Opinión* dirigidas a la Comisión de Cultura y Educación del Parlamento Europeo por Jorgo Chatzimarkakis en nombre de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios en nada sin embargo hacen mención a este asunto. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONS GML+COMPARL+PE400.630+02+DOC+PDF+V0// ES&language=ES>.

Puede con facilidad intuirse que en la anterior discusión existía un trasfondo político. En efecto, se ha señalado que el propósito de regulación jurídica de los blogs, mediante “etiquetado voluntario” de los mismos que ofreciera información sobre los intereses políticos o sociales de su autor, así como de los recursos financieros a su disposición, para de ese modo permitir la identificación de las fuentes, podía obedecer a la preocupación de la eurodiputada proponente ante el exceso de información circulante y la frecuente intoxicación de la Red entre Estonia y Rusia, causante en no pocas ocasiones de conflictos e incluso crisis diplomáticas entre ambos países<sup>56</sup>.

Lo cierto es, en cualquier caso, que la proposición y aplicación de tal medida tenía un marco jurídico concreto, que no pasaba de la recomendación, por tanto de fuerza propulsiva y vinculante para los Estados miembros con alcance de obligatoriedad normativa mucho menor que el de una directiva.

Al cabo, el Informe fue adoptado por la Comisión de Cultura y Educación del Parlamento Europeo donde el 2 de junio de 2008 obtuvo por 33 votos favorables contra 1, sin abstenciones<sup>57</sup>. A continuación fue presentado el 22 de septiembre siguiente al Pleno de la Eurocámara para discusión y votación de la correspondiente resolución. Lo de que allí se aprobaría el 25 de ese mes y año resultó finamente en una versión revisada - a iniciativa de los grupos PSE

---

56 Vid. así “La Eurocámara sienta las bases para regular los blogs. La Comisión Europea de Cultura aboga por un ‘DNI’ para los ‘bloggers’, la iniciativa será debatida por el Parlamento Europeo en septiembre”, por David Corral, diario *EL PAÍS* (Madrid), ed. de 10.06.2008. Disponible en: [http://www.elpais.com/articulo/internet/Eurocamara/sienta/bases/regular/blogs/elpeputec/20080610elpepunset\\_1/Tes](http://www.elpais.com/articulo/internet/Eurocamara/sienta/bases/regular/blogs/elpeputec/20080610elpepunset_1/Tes). Ciertamente, los efectos perversos de la intoxicación informativa, por ejemplo el “cyberrumor”, tienen repercusiones globales; vid. C. Pérez-Lanzac, “Los bulos se disfrazan de noticias en la Red. La escalada de *ciberrumores* fuerza a dirigentes y empresas a desmentirlos, pero eso aumenta su efecto. Algunas voces sugieren revisar las reglas de Internet para distinguir la información veraz”, en diario *EL PAÍS* (Madrid), ed. de 30.09.2008. Disponible en: [http://www.elpais.com/articulo/sociedad/bulos/disfrazan/noticias/Red/elpepisoc/20080930elpepisoc\\_1/Tes](http://www.elpais.com/articulo/sociedad/bulos/disfrazan/noticias/Red/elpepisoc/20080930elpepisoc_1/Tes).

57 Vid. “Protect Editorial independence and media pluralism, says Culture Committee”. Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/news/expert/infopress\\_page/039-30532-154-06-23-906-20080602IPR30531-02-06-2008-2008-false/default\\_en.htm](http://www.europarl.europa.eu/news/expert/infopress_page/039-30532-154-06-23-906-20080602IPR30531-02-06-2008-2008-false/default_en.htm). Asimismo sobre resultado de la votación final en Comisión, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A6-2008-0303&language=ES&mode=XML#title6>

(socialista), ALDE (liberal) y Verdes- del Informe elaborado por la ponente diputada socialista y adoptado por la Comisión del Cultura del Parlamento Europeo, presidida por la diputada socialista griega Katerina Batzeli; por 307 votos a favor y 262 en contra el Pleno del Parlamento Europeo se opuso al texto inicial rechazando la propuesta de recomendación tendente a impulsar la aplicación a la información generada por usuarios las mismas normas que regulan “las demás formas de expresión pública” e instó a iniciar un “debate abierto” para definir el estatuto legal de las bitácoras en Internet; subrayando en particular que las “weblogs constituyen una nueva contribución importante a la libertad de expresión”<sup>58</sup>.

Aparte esto último, la Eurocámara dejaba constancia de un hecho incontestable. Resultaba en verdad difícil conocer cuál era el estatus jurídico de los blogs, al menos en la mayoría de las legislaciones europeas, por lo que la inicial recomendación que en ese concreto aspecto se formuló por Comisión de Cultura y Educación no carecía de motivos. Diferente es comprender las razones de la oportunidad del Informe respecto de ellos. Se puede, en efecto, valorar positivamente la sensibilidad de la Comisión ante problemas de ética, privacidad y transparencia en el ámbito de los contenidos creados, como en los blogs, directamente por los usuarios de Internet, pero no explica bien el que la misma se explicita en ocasión de reclamar un código de conducta para los grupos empresariales de comunicación cuyo antecedente se remonta muy probablemente a la Declaración del Comité de Ministros sobre protección del papel de los medios en democracia en el contexto de la concentración de los

---

58 Vid. “La Eurocámara solicita un “debate abierto” sobre el estatuto de los blogs”. Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/news/expert/briefing\\_page/37873-266-09-39-20080923BRI37872-22-09-2008-2008/default\\_p001c008\\_es.htm](http://www.europarl.europa.eu/news/expert/briefing_page/37873-266-09-39-20080923BRI37872-22-09-2008-2008/default_p001c008_es.htm). Asimismo texto aprobado de la Resolución de 25.09.2008, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2008-0459&language=ES&ring=A6-2008-0303>.

medios, de 31 de enero de 2007<sup>59</sup>, y Resolución de esa misma fecha y organismo sobre pluralismo y diversidad del contenido de los medios<sup>60</sup>.

En ese formato la reflexión sobre los weblogs planteada desde la Comisión de Cultura y Educación al pretender generar un debate acerca de la naturaleza jurídica de los mismos, frente a la que sustantivamente tal vez hubiera muy poco que objetar, predeterminaba sin embargo precisamente parte no adjetiva del debate que trataba de acometer. En concreto, porque de aquel formato de discusión se infería la atendibilidad de la semejanza de los weblogs con los medios de comunicación social de carácter tradicional, esto es, prensa escrita y publicaciones impresas o versiones on-line, en orden a problemas como los de responsabilidad penal, sin antes cuestionar el posible o no carácter de “medio de comunicación” de los blogs.

Del resto, nada hace creer que la pretensión regulatoria basada en el etiquetado voluntario, del que formar un censo de weblogs, hubiera favorecido alguna solución real en orden a asegurar eficazmente una información más fidedigna en el ámbito blogger<sup>61</sup>, tampoco siendo concebible otra fórmula más obligante que la mera voluntariedad de la eventual catalogación, ya que lo contrario hubiera infringido la propia normativa europea, en particular la Directiva 2000/31/CE de 8 de junio de 2000 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Comercio.

---

59 Vid. *Declaration of the Committee of Ministers on protecting the role of the media in democracy in the context of media concentration* (Adopted by the Committee of Ministers on 31 January 2007 at the 985th meeting of the Ministers' Deputies). Disponible en: [http://coe.org.rs/REPOSITORY/134\\_declaration-of-the-committee-of-ministers.pdf](http://coe.org.rs/REPOSITORY/134_declaration-of-the-committee-of-ministers.pdf).

60 Vid. *Recommendation CM/Rec(2007)2 of the Committee of Ministers to member states on media pluralism and diversity of media content* (Adopted by the Committee of Ministers on 31 January 2007 at the 985th meeting of the Ministers' Deputies) . Disponible en: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1089699>.

61 La Exposición de Motivos del *Informe* argüía: “el hecho de que no se indique ni se dé a conocer el estatuto de los autores y editores de *blogs* causa inseguridad en relación con la imparcialidad, la credibilidad, la protección de las fuentes, la posibilidad de aplicar códigos éticos y la responsabilidad jurídica en caso de incoación de procedimientos”. Hay que anotar sin embargo que el registro e identificación ya es obligado cuando el *blog* contiene publicidad.

Electrónico<sup>62</sup>, en cuyo art. 4 va establecido el principio de no autorización previa, que permite no obstante pintorescas concreciones legislativas nacionales, como en Italia la norma aplicada<sup>63</sup> no hace demasiado por un Tribunal penal de Modica en sentencia de 8 de mayo<sup>64</sup> (caso Carlo Ruta), que conceptuando los escritos en Internet de “prodotto editoriale” requiere al creador de un blog.

#### 4. Nuestros tribunales, las Weblogs y la Libertad de expresión

La anterior exposición y análisis debe completarse con el examen del enfoque dado desde los órganos jurisdiccionales nacionales europeos a cuestiones relacionadas con el ejercicio de la libertad de expresión desde las weblogs. Me limitaré aquí al contenido de los pronunciamientos habidos en Tribunales de Justicia españoles, que hoy todavía no llegan a la decena, con alusión también a alguna reciente resolución, de este mismo año, dictada por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos [en adelante AEPD].

En ese sentido, el armazón jurídico que en España emplean los jueces apoya en el reconocimiento del derecho de libertad de expresión contenido en el art. 20.1 a) de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE) y su desarrollo jurisprudencial<sup>65</sup>. Los límites al ejercicio de ese derecho son los previstos por la CE y el resto del ordenamiento jurídico; esto es, los derechos reconocidos en el Título I de la C.E, la LO de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen de 1982, CP de 1995, la parte residual subsistente de la antigua Ley de Prensa e Imprenta de 1966, la LO 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Rectificación<sup>66</sup>, la

---

62 Vid. *infra* n. 40. Art 4 : “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”.

63 Vid. art. 1 Art. 1 (Definizioni e disciplina del prodotto editoriale). Legge 7 marzo 2001, n. 62. Nuove norme sull’editoria e sui prodotti editoriali e modifiche alla legge 5 agosto 1981, n. 416. Disponible en: [http://www.interlex.it/testi/101\\_62.htm](http://www.interlex.it/testi/101_62.htm).

64 Vid. Sentenza Tribunale di Modica núm. 194/2008, de 8 de mayo. Disponible en: <http://www.penale.it/page.asp?mode=1&IDPag=692>.

65 Entre otras, SSTC 6/198, de 16 de marzo; 6/1988, de 21 de enero; 107/1988, de 8 de junio, y 123/1993, de 19 de abril.

66 Vid. *Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Rectificación*. Disponible, entre otras direcciones, en: [http://www.boe.es/g/es/bases\\_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1984/07248](http://www.boe.es/g/es/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1984/07248).

LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal [en adelante LOPD]<sup>67</sup> y el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de ésta<sup>68</sup>. Con este utillaje han dictado nuestros órganos judiciales diversas decisiones en las que depuraron responsabilidades penales y civiles. Complementariamente, la AEPD, en tanto que ente público independiente para la defensa de la privacidad de datos de carácter personal, y en uso de la potestad sancionadora que en la propia LOPD le va atribuida frente a infracciones de la misma, ha emitido también alguna resolución relacionada con las weblogs.

La responsabilidad penal respecto de un presunto ilícito de injurias y calumnias fue examinada por primera vez en el Juicio de Faltas fallado en sentencia de 11 de marzo de 2004 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Chiclana de la Frontera (Cádiz), frente a la que se interpuso recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial de Cádiz, resuelto en sentencia de 30 de junio de 2004, de la Sección Segunda<sup>69</sup>. Ésta, que en lo sustancial confirma la de instancia, concreta el factum en la difusión de determinadas calificaciones “publicadas” “en una página web de Internet” y dirigidas a lesionar la dignidad del denunciante y atentar contra su estimación (injurias del art. 208 CP, en relación con el art. 620.2 del mismo texto legal); conducta cuya responsabilidad imputó a la entidad querellada, una asociación gaditana de ecologistas en acción a cuyo nombre figuraba la mencionada página, en concepto de “autora material” por “cooperación directa” (cooperación necesaria del art. 28. b) CP) con el autor de las calificaciones, inidentificado, por aplicación de lo prevenido en el art. 30.2 CP. Es decir, la participación de la referida entidad en la comisión del ilícito habría consistido en permitir que las descalificaciones continuaran difundiéndose al no poner los medios adecuados para evitarlo. Se aplicaba, pues, a la página web de Internet donde apareció el dato lesivo, la responsabilidad en cascada

---

67 Vid. *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal*. Disponible, entre otras direcciones, en: <http://www.boe.es/boe/dias/1999/12/14/pdfs/A43088-43099.pdf>.

68 Vid. *Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal*. Disponible en: [http://www.boe.es/g/es/bases\\_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2008/00979](http://www.boe.es/g/es/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2008/00979).

69 Consultada a través de sistema *Extranet de Jueces y Magistrados* del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ). Buscador de Jurisprudencia. Fondo jurisprudencial del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), núm. de ref. 11012370022004100133.

(“de forma escalonada, excluyente y subsidiaria”) prevista para los delitos y faltas perpetrados utilizando “medios o soportes de difusión mecánicos”. En la primera ocasión, por tanto, que los tribunales de justicia españoles tuvieron oportunidad de pronunciarse optaron, sin mayor precisión argumental ni motivadora, por asimilar mediante analogía una weblog a una forma de prensa escrita implícitamente declarando, por consecuencia añadida, a aquélla como “medio de comunicación”. Ambas conclusiones son impugnables. La una, porque apreciada la autoría material (autor directo o inmediato, ex art. 28.1 CP) en la realización del hecho es de suyo una redundancia difícilmente explicable en términos de dogmática de la autoría enunciar también una responsabilidad criminal por cooperación “directa” en la ejecución del acto, pues la autoría en sentido material se deduce de haber tomado parte directa en la ejecución del tipo mediante un impulso efectivo sobre los mecanismos causales, que es algo bien diferente a haber facilitado razones, motivos o medios para su perpetración, conducta propia del partícipe. La otra, porque para evitar una situación de impunidad respecto de conductas como la enjuiciada no necesariamente se requería relacionar la weblog con los medios de comunicación.

Pero es lo cierto, no obstante, que en esa dirección aún persistiría alguna ulterior resolución. Así, en los autos de Juicio de Faltas seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de los de Arganda del Rey (Comunidad de Madrid), en sentencia de 30 de junio de 200670, también conocida como caso Mafius blog. Se sometía a enjuiciamiento el hecho de que autor desconocido hubiera proferido en el blog titulado [www.mafius.com/blog](http://www.mafius.com/blog), medio “dotado de publicidad”, frases en menoscabo de la fama y propia estimación que lesionaban la dignidad del director de un centro escolar, las que así fueron calificadas de injurias leves (art. 620.2 CP). Para enjuiciar la dinámica comisiva de tal infracción penal se atendió a la doctrina constitucional expuesta por la STC 200/1998, de 14 de octubre, al interpretar que cuando un medio publica un comentario anónimo y sin posibilidades de identificar al autor del mismo, se habría de entender que dicho medio asumía el contenido y lo hacía propio.

---

70 Consultada a través de sistema *Extranet de Jueces y Magistrados* del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ). Buscador de Jurisprudencia. Fondo jurisprudencial del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), núm. de ref. SJPII 1/2006. Asimismo accesible en: <http://www.20minutos.es/data/adj/2006/07/18/251.pdf>

Con base en dicha doctrina<sup>71</sup> el Juzgado apreció que comoquiera que el titular del blog no se cercioró de la identidad del autor del texto publicado, no podía luego derivar hacia él su responsabilidad, de ahí procediendo la aplicación art. 30.2, por lo que además de constituir la responsabilidad en cascada que allí se establece, ésta se seguía de reconocer sin más, es decir soslayando todo razonamiento previo e intermedio, o lo que es igual per saltum, que el blog era un medio de comunicación. De resto, la autoría del “editor” responsable se declaraba a través de una fórmula de pertinencia remitente in genere al “a la vista de los arts. 27, 28 y 32.2,1 del Código penal”, en cualquier caso resultante de haber programado el blog para que se omitiera el apartado donde se recogía la dirección IP, desprendiendo al fin una responsabilidad en concepto de autor “por la realización personal, material y directa de los hechos declarados probados”. El ad litteram de la fundamentación jurídica mostraba, como fácilmente puede observarse, enorme confusión y extrema falta de claridad en materia de dogmática de la autoría. En añadido, la condena incorporó la agravación por “publicidad” (art. 211 CP) de la pena prevenida en el tipo básico de injurias o calumnias, considerando, si bien no razonándolo, que por utilizarse un blog existió “difusión” en su acepción de “propagación” como trascendencia. Mas, al margen de que el citado precepto acoja como vehículo de la publicidad producida hacerse mediante imprenta, radiodifusión “o por cualquier otro medio”, lo que importa más valorar es que en el último caso el medio utilizado fuera “de eficacia semejante” a la imprenta o la radiodifusión. Pero nada se argumentó ni probó acerca la “semejanza” de eficacia de una página web con una imprenta o una emisión radiofónica, sino que llanamente se la tuvo por dada, presumiendo la “gran difusión” de aquélla, con lo cual también de este modo se reforzaba la analogía con los medios de comunicación. A esta desembocadura había llegado antes, asimismo, la Sentencia 174/2004, de 20 de mayo de 2004, en el recurso de apelación resuelto por la Audiencia Provincial de Oviedo<sup>72</sup>, valorando que hubo calumnias con publicidad por mediar “publicación en un medio de gran difusión -como es una página web”. También, más recientemente, en una sentencia del Tribunal Superior de Justicia

---

71 Apoyada también en SSTC 41/1994, de 15 de febrero, 33 6/1993, de 15 de noviembre y 3/1997, de 13 de enero, y SSTS 4 de octubre de 1988, 5 de diciembre de 1989, y 16 de mayo de 1991.

72 Consultada a través de sistema *Extranet de Jueces y Magistrados* del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ). Buscador de Jurisprudencia. Fondo jurisprudencial del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), núm. de ref. SAP O 1841/2004.

de Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, de 16 de mayo de 200773. Se ventilaba allí de un recurso de suplicación planteado por la empresa que tras expediente disciplinario sancionador había procedido al despido de un trabajador, alegando incumplimiento de contrato basado en el art. 54.2 b) c) i d) del Estatuto de los Trabajadores [y otras normas de Convenio colectivo del ramo], luego de descubrir que aquél, mientras se encontraba en situación de incapacidad temporal, escribía artículos (medio escrito) en páginas de su weblog personal (instrumento) referidos a la empresa y sus compañeros, considerados como extralimitaciones del derecho a la crítica. El Tribunal, además de entender que un trabajador durante su baja y desde el propio domicilio a través de un blog podía incurrir en faltas disciplinarias laborales, consideró que los escritos imputados como vejatorios e insultantes carecían de esa entidad y relevancia, por lo que en cuanto al medio utilizado, mediante la weblog personal, “no se agrava ninguna conducta susceptible de sanción”, pero asimismo añadiendo que acordaba con los argumentos de la empresa acerca de que la utilización de un medio accesible y abierto como es el blog, al cual puede acceder cualquier persona ajena, “implica la voluntad de difundir o publicar” su contenido privado, pues no existió “la voluntad clara de difundir un mensaje determinado a unas personas concretas”, lo que hubiera podido conseguirse difundiendo un comunicado escrito a todo el personal de la empresa o a través del correo electrónico interno.

La apreciación de la concurrencia de una causa modificativa de la responsabilidad criminal como es la agravante de publicidad no constituye, en mi opinión, una cuestión menor tratándose de weblogs. El núcleo del asunto sigue siendo establecer de qué modo valorar la “eficacia semejante” entre un espacio web y uno impreso o radiofónico. Procurar ofrecer respuesta a esta interrogante no es sólo un empeño teórico, sino de trascendencia punitiva práctica, tema siempre principal. Para atender en su justa medida a este interés son necesarias algunas precisiones. En primer lugar, conviene recordar que aunque a menudo observemos que las resoluciones emplean la locución “proferir frases”, en realidad no se trató de voces o sintagmas que hubieran sido pronunciados, sino que se escribieron en una página web. En segundo lugar, merece anotarse que para evaluar el animus injuriandi Tribunal Supremo ha distinguido las expresiones o manifestaciones escritas de las puramente verbales, por cuanto

---

73 Consultada a través de sistema *Extranet de Jueces y Magistrados* del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ). Buscador de Jurisprudencia. Fondo jurisprudencial del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), núm. de ref. STSJ CAT 5452/2007.

las primeras son fruto de una mayor deliberación que las segundas y, por ello, entrañan un animus más definido<sup>74</sup>. Una vez señalado esto, el animus o designio de quien al escribir un texto emplea una expresión de las que acaso puedan ser consideradas insultantes, o inequívocamente lo fueren<sup>75</sup>, debe ser también valorado en relación al medio utilizado, que debe entenderse distinto de la escritura o la oralidad, pues de lo contrario la escritura siempre haría por sí misma prueba de difusión y nunca la oralidad. En el caso de la utilización de un medio accesible y abierto como es un blog, al cual puede acceder cualquier persona ajena, no debería haber ocasión a discutir que implica la voluntad de difundir o publicar su contenido por parte de quién a él recurre. Pero se obtiene una publicidad diferente, y creo que de eficacia no semejante, a la que se logra con un impreso o una emisión radiofónica. Es evidente que una webblog no va dirigida a persona alguna en particular y al propio tiempo comporta que cualquier persona tenga acceso a ella, porque es un espacio abierto. No obstante, la “publicidad” de una webblog consiste en la renuncia a la privacidad de su contenido, a la privacidad propia, y esa publicidad es de naturaleza ontológica y radicalmente distinta a la publicidad convencional. No es una publicidad que busque entrar en lo privado; es, más bien, la privacidad que se deja penetrar por lo público. Por tanto, creo, el argumento de la publicidad en relación al medio no es tan sencillo como parece. A diferencia de las weblogs otros medios electrónicos si mantienen, en efecto, un equilibrio reconocible entre privado y público, como es el caso mencionado del e-mail; alguien persigue que la escritura de su privacidad se haga pública entrando en lo privado de otros. No sucede así con la de un weblog, donde son los otros quienes alcanzan una escritura que ha cedido absolutamente su acceso. El parámetro de medio con que dogmática tradicional mide la publicidad en el contexto real no es operativo en el contexto digital.

Pero regresemos al criterio decisor del órgano judicial a quo de la mencionada localidad madrileña en que poco más arriba nos hallábamos. Fue recurrido en apelación para ante la Audiencia Provincial de Madrid, que en sentencia

---

<sup>74</sup> Vid., entre otras, SSTS (Sala Segunda) de 22 de Mayo de 1986 y 12 de Mayo de 1987.

<sup>75</sup> “Hay determinados vocablos o expresiones que por su propio sentido gramatical son tan insultantes e hirientes que el ánimo de injuriar se encuentra insito en ellos, porque es difícil imaginar que puedan proferirse con un ánimo distinto al de menospreciar o lesionar la dignidad de las personas a las que van dirigidas”. Cf. SSTS de 19 de Febrero de 1.991, 28 de Marzo de 1.995, y 21 de mayo de 1996.

de 26 de febrero de 2006<sup>76</sup> resolvió confirmar la pena impuesta por falta de injurias, apreciando autoría por cooperación necesaria en quien había creado el blog, determinado su temática y admitido colaboraciones anónimas, aunque no la aplicación del régimen de responsabilidad previsto en el art. 30 CP. Así, este tribunal *ad quem*, en virtud del recurso de apelación interpuesto<sup>77</sup>, expresamente declaró: “Pese a que tanto la acusación como la defensa, en el acto del juicio, se han referido a Luis Miguel como editor del blog, ni Internet ni sus manifestaciones en lo que atañe a la información es asimilable a los medios o soportes de difusión mecánica, a que se refiere el artículo 30 del Código Penal. Internet es un medio técnico, no mecánico. Frente a los sistemas tradicionales, de comunicación unidireccional con emisor único y múltiples receptores pasivos, Internet se presenta como un medio interactivo y bidireccional o multidireccional. Se trata de una red de comunicación abierta que permite expresar y difundir, de forma amplia e inmediata, ideas y opiniones de todo tipo de gentes”.

El tribunal resolvió, pues, que no había lugar a la analogía entre una página web de Internet y medios de comunicación, aunque la admitiera de eficacia semejante en orden a la difusión como publicidad. En realidad, la idea expresada por el órgano de apelación podía ser mejorada en cuanto a los términos de su enunciado, y con mucho mayor motivo también sobre el concepto de blog, para el que remitía a parte del que en la propia Red ofrece Wikipedia<sup>78</sup>. Hubiera sido posible, e idóneo, indicar que una página web es un sistema hipertextual, un hipertexto, y que una weblog no consiste únicamente en la recopilación cronológica de textos o artículos de uno o varios autores sino que, de acuerdo a

---

76 Accesible en: [http://www.estrategiafinanciera.es/herramientas/IURIS/JU0002670268\\_20070226\\_pr.HTML](http://www.estrategiafinanciera.es/herramientas/IURIS/JU0002670268_20070226_pr.HTML)

77 V. gr., el Tribunal *ad quem*, merced al recurso de apelación interpuesto, por dada su naturaleza de medio ordinario de impugnación y el llamado efecto devolutivo, se posiciona en plena asunción de jurisdicción sobre el caso sometido a revisión y en idéntica situación a la del juez *a quo* no sólo por lo que respecta a determinación de los hechos, sino igualmente a la subsunción de los mismos en la norma, de acuerdo también a la doctrina reiterada, entre otras, por SSTC 124/83, de 29 de noviembre, 54/85; 145/87, de 18 de abril y 194/90 de 29 de noviembre, donde se declara que el recurso de apelación otorga plenas facultades al Juez o Tribunal *a quem* para resolver cuantas cuestiones se planteen y subsanar *ex officio* las que en favor a la pulcritud del análisis hermenéutico de la *quaestio iuris* o de la *quaestio facti* fueran oportunas.

78 Vid. <http://es.wikipedia.org/wiki/Blog>.

los programas habilitados para las weblog, se abre paso la virtualidad cooperativa de otros usuarios de la Red, por ejemplo mediante posts que introducen o instalan en aquélla un comentario. Por consiguiente, una página web del tipo blog es ante todo una herramienta con la que la información se ordena y archiva para que el acceso permita discusiones interpersonales que han evolucionado desde el diarismo tradicional, endopersonal, a uno on-line, extrapersonal e intersubjetivo<sup>79</sup>, como fenómeno a un nivel participativo cualitativamente por entero distinto al de los medios de comunicación tradicionales, pues los usuarios se encuentran normalmente en condiciones de interferir el contenido de la información difundida por el blogger, lo que no siempre éste podrá evitar o sólo hasta donde le quepa actuar sobre el programa o software y aplicaciones informáticas con que fue diseñada la página web en cuestión.

En ese orden de cosas el tribunal resolvió que para depurar la eventual responsabilidad del blogger acusado, quien no estuvo imposibilitado de controlar, siquiera fuera a posteriori, las opiniones de terceros que utilizaron su blog y a los que había garantizado el anonimato mediante omisión de la dirección IP estática, bastaban las formas generales de participación: “La cuestión, dando por sentado la no autoría en sentido estricto de Luis Miguel, ha de reconducirse a las formas generales de participación, y si tenemos presente que el recurrente es el creador de la blog, determinando su temática, y responsable de su mantenimiento, que admite comunicaciones anónimas y, pese al indiscutible contenido ofensivo, que no podía ser ignorado, del comentario de 18 de abril decide su mantenimiento hasta fechas muy posteriores, tal proceder aparece como propio de la autoría por cooperación necesaria del artículo 28.b) del Código Penal”.

Esta nueva configuración de la responsabilidad penal de las weblogs, que a mi juicio supone un avance muy considerable en la comprensión del fenómeno Internet, presenta sin embargo una faceta objetable. Hace hincapié, innecesario a mi parecer, sobre la omisión de la dirección IP estática, sin valorar qué pueda significar. Tampoco se preocupa por averiguar si el procedimiento de salvaguarda del anonimato de la dirección IP se condujo a través de proxys, más

---

79 En paralelo a esta evolución se describen efectos de participación cívica dados a conocer como *civic messaging*. Vid. Dhavan V. Shah- Chong-Ho Choi- Nojin Kwak-William P. Eveland, “Information and expression in a digital age. Modelling Internet effects on civic participation”, en *Communication Research*, 32, 5 (2005), pp. 531-565.

seguro, o creando IP dinámicas, sólo relativo. Y, por último, parece que de esa ocultación extrae una impresión que prejuzga la conducta que tal vez entonces podía parecer propiciadora del ilícito, aunque luego no se hable de inducción, pero que en la actualidad es mucho más discutible. Desde el año 2003 y hasta el presente la AEPD viene entendiendo<sup>80</sup> que la dirección IP, fija o dinámica, puede considerarse un dato de carácter personal al que resulta de aplicación lo dispuesto por la LOPD respecto a reserva de divulgación y sobre adopción de las medidas de seguridad en el art. 4 del Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal<sup>81</sup>.

Pasando ahora a atender el alcance de la dimensión civil de ilícito, la responsabilidad de las weblogs ha sido examinada en los autos de Procedimiento Ordinario procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Móstoles, vistos en grado de apelación por la Sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid, y decidido en Sentencia de 10 de julio de 2007<sup>82</sup>. Se resuelve en ella el recurso de apelación formulado por la parte actora, una entidad de promoción y gestión inmobiliaria, contra la resolución dictada el 29 de noviembre de 2004, donde el tribunal a quo desestimaba íntegramente la demanda en la que se ejercitaba acción de protección del honor frente a las expresiones supuestamente vejatorias, calificadas de adverso como ejercicio de su derecho a la crítica, contenidas en las varias páginas de Internet, dos weblogs y una web referida a un municipio de la Comunidad de Madrid, y realizadas por el demandado bien de motu propio bien publicitando una carta remitida

<sup>80</sup> Informe 327/2003, sobre carácter de dato personal de la dirección IP, disponible en: [https://212.170.242.196/portalweb/canaldocumentacion/informes\\_juridicos/otras\\_cuestiones/common/pdfs/2003-0327\\_Car-aa-cter-de-dato-personal-de-la-direcci-oo-n-IP.pdf](https://212.170.242.196/portalweb/canaldocumentacion/informes_juridicos/otras_cuestiones/common/pdfs/2003-0327_Car-aa-cter-de-dato-personal-de-la-direcci-oo-n-IP.pdf); Informe 213/2004, sobre cesión de la dirección IP a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, disponible en: [https://212.170.242.196/portalweb/canaldocumentacion/informes\\_juridicos/telecomunicaciones/common/pdfs/2004-0213\\_Cesi-oo-n-de-la-direcci-oo-n-IP-a-las-Fuerzas-y-Cuerpos-de-Seguridad.pdf](https://212.170.242.196/portalweb/canaldocumentacion/informes_juridicos/telecomunicaciones/common/pdfs/2004-0213_Cesi-oo-n-de-la-direcci-oo-n-IP-a-las-Fuerzas-y-Cuerpos-de-Seguridad.pdf), y Resolución núm. R/00954/2008, disponible en: [https://www.agpd.es/portalweb/resoluciones/tutela\\_derechos/tutela\\_derechos\\_2008/common/pdfs/TD-00212-2008\\_Resolucion-de-fecha-22-07-2008\\_Art-ii-culo-16-LOPD.pdf](https://www.agpd.es/portalweb/resoluciones/tutela_derechos/tutela_derechos_2008/common/pdfs/TD-00212-2008_Resolucion-de-fecha-22-07-2008_Art-ii-culo-16-LOPD.pdf)

<sup>81</sup> Disponible en: [http://www.boe.es/g/es/bases\\_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2000/03843](http://www.boe.es/g/es/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2000/03843)

<sup>82</sup> Consultada a través de sistema *Extranet de Jueces y Magistrados* del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ). Buscador de Jurisprudencia. Fondo jurisprudencial del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), núm. de ref. 11710/2007.

por una Comunidad de Propietarios cuyos adquirentes habían adquirido de la actora las viviendas en las que existían defectos o faltas de remate.

Pues bien, a la hora de fijar el *thema decidendi*, la Sala juzgadora delimitó la cuestión litigiosa no en si el demandado en sus blogs o en el sitio web (website) ya indicado “publicó esos comentarios o expresiones vinculadas con la construcción de viviendas de las que es promotora la demandante-apelante, sino la interpretación que de las mismas ha de hacerse”. Me parece que esta concreción preliminar es sumamente importante; civilmente la eventual responsabilidad no devenía a través de los blogs y website sino, por un lado, de haber dado a conocer determinados hechos, circunstancia antes encuadrable en un ejercicio del derecho de información para con terceros adquirentes (finalidad del *animus informandi* en cuanto discurso de interés público) que en el ejercicio del propio derecho de libertad de expresión, y por otro, de una manifestación “del derecho a la crítica, que es una forma del derecho a expresarse libremente, y a opinar que como adquirente de una vivienda a la actora tendría el demandado”. Cruzar el límite a este derecho, bien se sabe, consiste en ir-un-paso-más-allá del *animus criticandi*, esto es, en “critiquizar” como “abusar de la crítica, traspasando sus justos límites”<sup>83</sup>, o lo que es igual, insultar. Y la Sala estimó que no se había producido tal exceso o demasía. Pero lo verdaderamente interesante de esta decisión es que revela que civilmente la responsabilidad de un blogger en ejercicio del derecho a expresarse libremente no es mayor ni distinta por llevarlo a cabo en el interior la Red que fuera de ella, de donde no debe depurarse de manera diferente a como correspondería en otros ámbitos, incluido el de los medios de comunicación. Lo autorizado o no prohibido en la esfera de los medios de comunicación social debe tenerse igualmente por autorizado o no prohibido en el sistema multimedia de comunicación Internet. La solución, que es *prima facie* positiva y favorable a los usuarios de weblogs, al menos frente a parte del estatuto jurídico propio de los periodistas profesionales, se complicará en ciertas hipótesis de infracción a la LO de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen, tanto objetivamente en la lesión de algunos de esos derechos por ejercicio de la libertad informativa en concurso con el derecho a la libertad de expresión, como subjetivamente respecto del sujeto activo cuando el blogger no sea un informador profesional o un profesional freelance del periodismo. Pero, a pesar de la complejidad casuística de los muchos supuestos posibles, entiendo que la regla interpretante bien podría ser que mientras caben casos en que

83 Vid. STS (Sala de lo Civil) de 20 de mayo de 1994.

no se desbordaría el marco del derecho a la libertad de información aún en colisión lesiva con la intimidad debido a la existencia de causas de exclusión de antijuridicidad (*exceptio veritatis*, relevancia pública de hecho informado y ausencia de superfluidad informativa), por el contrario rebasarían siempre el límite de la libertad de expresión en colisión lesiva con el honor o prestigio al ser inimaginable ordenamiento jurídico alguno causa justificante que habilitara para la injuria o la vejación.

Para finalizar, quiero referirme a los niveles de la responsabilidad administrativa concernidos por la LO reguladora del Derecho de Rectificación, y en especial la LOPD (arts. 6 y 16) y su Reglamento de 2007, normativas estas últimas de adaptación a nuestro ordenamiento la Directiva 95/46 CE del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos<sup>84</sup>. Hallo así una todavía reciente Resolución del Director de la AEPD que bien puede valer para mejor definir el estatus jurídico de las weblogs, hasta ahora sobre todo perfilado desde de rasgos negativos con los medios de comunicación. Dictada el pasado 13 de marzo de 2008<sup>85</sup>, acuerda el archivo de las actuaciones practicadas por la AEPD ante la entidad Asociación Independiente de la Guardia Civil (en adelante ASIGC) en la denuncia presentada por un miembro de la Policía Judicial de la Guardia Civil, y ex asociado de aquélla, que había aportado impresión de pantalla obtenida del website perteneciente a la mencionada Asociación donde en apartados de libre disposición, esto es como comentarios, se insertaban datos de carácter personal, como nombre, apellidos, dirección, profesión y documento nacional de identidad, los que se habían reseñado en el documento de una denuncia que en su día fue formulada por el ex asociado ante determinado Juzgado de Guardia. Los datos así obtenidos también se publicaron en las páginas web de otros guardias civiles por individuos que utilizaban pseudónimos (niks) de miembros asociados a ASIGC, haciéndolo igualmente en varias oportunidades. Requerida de información al respecto la ASIGC negó los hechos denunciados. El denunciante

---

84 Vid. *Directiva 95/46 del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*. Disponible en: <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l14012.htm>.

85 Accesible en: [https://www.agpd.es/portalweb/resoluciones/archivo\\_actuaciones/archivo\\_actuaciones\\_2008/common/pdfs/E-00466-2006\\_Resolucion-de-fecha-13-03-2008\\_Art-ii-culo-6-y-16-LOPD.pdf](https://www.agpd.es/portalweb/resoluciones/archivo_actuaciones/archivo_actuaciones_2008/common/pdfs/E-00466-2006_Resolucion-de-fecha-13-03-2008_Art-ii-culo-6-y-16-LOPD.pdf).

había interesado hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación (art. 16 LOPD) del tratamiento no consentido de sus datos de carácter personal (art. 6.1 LOPD). En adelante la Resolución examina si procede la cancelación de tales datos. Varios son los aspectos que en la fundamentación jurídica soporte de su decisión de archivo merecerían comentario. Entre todos destaca la ponderación que allí se realiza entre diversos bienes y derechos constitucionales y de la que resulta “que requerir el consentimiento individualizado de los ciudadanos para incluir sus datos personales en Internet o exigir mecanismos técnicos que impidieran o filtraran la incorporación incontestada de datos personales podría suponer una insoportable barrera al libre ejercicio de las libertades de expresión e información a modo de censura previa”. No obstante, se dice también, siempre dispondrá el ciudadano común (aquel que no goce de la condición de personaje público ni sea objeto de hecho noticiable de relevancia pública) de los “mecanismos reactivos amparados en Derecho (como el derecho de cancelación de datos de carácter personal) que impidan el mantenimiento secular y universal en la Red de su información de carácter personal”. Responder así me parece, de entrada, francamente voluntarista. Pero las consecuencias no paran aquí. Veámoslo.

Al leer la Resolución es fácil observar que atañe a la recepción de lo definido como “fichero de datos personales” por el art. 2. c) de la Directiva 95/46 CE<sup>86</sup>, y que es aplicable a una *weblog* -un *blog* tiene la consideración legal de fichero de datos personales- como asimismo lo es también a los *posts*, es decir, a los comentarios que terceros introducen o instalan en un *blog*. El fichero de datos personales es para la Directiva comunitaria: “Todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica” (art. 2. c)), como fichero de datos personales es igualmente para la LOPD, por enunciado normativo aún incluso más amplio, “todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso”; de este modo igualmente aproximándose a la interpretación ofrecida para “dato de carácter personal” de la Directiva por la sentencia de 6 de noviembre de 2003 del Tribunal de Justicia de

---

86 Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Disponible, entre otras direcciones, en: <http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexo33.asp>.

las Comunidades Europeas en el caso Lindqvist<sup>87</sup>, por lo demás frecuentemente citada por la AEPD en otras muchas de sus anteriores resoluciones<sup>88</sup>.

La consecuencia lógica sería que el tratamiento, o sea, “cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales” (art. 2. c) cit.), entendiendo como tales nombre, número de teléfono o información relativa a sus condiciones de trabajo y a sus aficiones, y también hechos o datos, es decir, informaciones, que identifiquen o revelen ideas o creencias, vida sexual o actos fisiológicos más íntimos, y cualquiera otros muchos que igualmente elementos de la identidad personal, y todo ello sin disponer del consentimiento del interesado-afectado, salvo las excepciones dispuestas por el art. 6.2 de la misma LOPD, convertirá en responsable directo al creador de la weblog si fuera el autor material de su utilización e incorporación, y por cooperación necesaria igualmente en autor responsable de los introducidos o instalados a través de post.

Y sin embargo, no es así. Porque la consecuencia lógica no es asimismo forzosa, debido al resultado de la ponderación antes referida que, a la postre, la acaba neutralizando. Recordemos: requerir el consentimiento individualizado de los ciudadanos para incluir sus datos personales en Internet o exigir mecanismos técnicos que impidieran o filtraran la incorporación incontestada de datos personales podría suponer una insoportable barrera al libre ejercicio de las libertades de expresión e información a modo de censura previa”.

Esta ponderación habilita, cuando menos, a que por vía de libertad de expresión los datos revelado en un post dispensen de responsabilidad al creador del blog en donde se insertan. Naturalmente pensando que ese post proceda de un

---

87 Vid. *Caso Lindqvist*, STJCE de 6 de noviembre de 2003. Asunto C-101/01, Rec [2003], p. I-12971. Asimismo, brevemente Tommaso Maria Ubertazzi, “Il caso Lindqvist. I limiti della privacy europea”, en *Danno e responsabilità*, 9, 4 (2004), pp. 386-388, y con mayor amplitud Mónica Arenas Ramiro, “La protección de datos personales en los países de la Unión Europea”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, 16, 2008, pp. 113-168, y las referencias bibliográficas a que allí remite.

88 Así, Resolución 00598/2007, 27 de julio de 2007. *Datos personales en un foro, ejercicio de derechos y libertades de expresión e información*; disponible, entre otras direcciones, en: [http://documentostics.com/component/option,com\\_docman/task,doc\\_view/gid,1424/](http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,1424/), y Resolución 00361/2007, 8 de mayo de 2007. “*Páginas Amarillas*” y “*Páginas Blancas*” *Telefónica de Publicidad e Información S.A.*; disponible, entre otras direcciones, en: <http://www.pdm.es/pdf/8-05-2007%20art.%206.1%20no.pdf>.

tercero, y no del propio creador del blog que lo haya introducido a través de un nick, u ocultado la dirección IP (IP estática), que es también un “dato de carácter personal”, o valiéndose de un proxy. Pero ninguno de tales supuestos en fraude de ley son concebibles para la AEPD, o son simple especulación teórica, claro, o mera manifestación de parte; pero, quizás no lo sean, o no lo fueron, pese a que la AEPD no los tuviera como práctica acaecida en el asunto sobre el que dictó Resolución, donde nada pronunció al respecto, pese a que el denunciante lo estuviera apuntando. Y es cierto que al respecto tampoco nada se probó por éste.

Llegando aquí, las vías de depuración administrativa de responsabilidades por tratamiento in consentido de datos de la vida privada de una persona en página Web o una Weblog, son hasta donde pueden serlo las que son. Es decir, son la abierta posibilidad de acudir al procedimiento administrativo correspondiente conforme lo dispuesto por el art. 70 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Y en España, como bien sabemos, la respuesta del procedimiento contencioso-administrativo no es solución, no resuelve, porque su tramitación conduce de facto a una dilación procedimental sine die, y a la perpetuación de la situación in consentida de huella digital cercana a la eternidad. En lo demás, otras vías pueden conducirse a través de lo que de intromisión ilegítima en la esfera privada de una persona suponga la revelación datos o hechos de su vida personal, ingresando así al terreno de una eventual responsabilidad penal, o a la indemnización de daños y perjuicios por vía civil, lo cual nos devolverá a lugares que ya hemos visitado.

Mi impresión final es que los mecanismos de red dispuestos por la dogmática jurídica vigente son defectuosos. La malla es unas veces demasiado tupida, y otras muy poco, lo que origina escasa homogeneidad y uniformidad respecto de los productos Internet que al Derecho le quepa sujetar y que puedan quedar sujetos a Derecho. Los problemas relacionados con Weblogs y la Libertad de expresión exhiben, a menudo de manera ostensiva, esa imperfección dogmática. Se ha podido comprobar de modo palmario en la inoperancia de ciertas medidas cautelares aseguratorias en el ámbito Internet<sup>89</sup>. Pero el problema es, en esencia,

---

<sup>89</sup> Baste recordar, a título de ejemplo, la del secuestro de publicaciones impresas cuando éstas también se encuentran alojadas en páginas *web* o son incorporadas a otras muchas navegables en la Red, así en el célebre caso de la portada de EL JUEVES núm. 157, de 18 de julio de 2007, por caricaturas fácilmente identificables de Su Alteza Real el Príncipe de Asturias y Su Alteza Real la Princesa de Asturias en actitud reproductiva explícita.

más profundo. Incumbe y pertenece a una correcta comprensión de los medios electrónicos en un análisis que debe ir ligado a la comprensión del contexto en el que se usan. Esto exige un cambio de mentalidad entre los juristas, cada día más urgente y necesaria, a riesgo en lo contrario de que el apagón analógico de la dogmática tradicional no sea la simple metáfora, virtualmente más o menos llamativa, con la al comienzo de estas líneas me propuse avivar su curiosidad jurídica.