

Cómo citar este texto:

Muñoz Carrasco, P. (2024). El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre las plataformas de intermediación en Internet. Comentario a la STC núm. 83/2023, de 4 de julio, *Derecom*, 36, 1-22, <http://www.derecom.com/derecom/>

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SE PRONUNCIA SOBRE LAS PLATAFORMAS DE INTERMEDIACIÓN EN INTERNET. COMENTARIO A LA STC NÚM. 83/2023, DE 4 DE JULIO

THE SPANISH CONSTITUTIONAL COURT RULES ON THE INTERNET INTERMEDIARY PLATFORMS. COMMENTARY ON STC NR. 83/2023, OF 4 JULY

© Patricia Muñoz Carrasco
CEU (Madrid, España)
patricia.munozcarrasco@ceu.es

Resumen

En este artículo la autora analiza la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 83/2023, de 4 de julio, en la que se resuelve un recurso de amparo por vulneración de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la tutela judicial efectiva. El contexto en el que se sustancia el caso estudiado es el de las libertades comunicativas ejercidas a través de Internet, en particular, a través de las plataformas de servicios de intermediación. La Sentencia repasa su doctrina en la materia, poniendo de manifiesto algunas cuestiones novedosas como son el cuestionamiento de la neutralidad de este tipo de plataformas y el reconocimiento expreso de su legitimación activa para interponer un recurso de amparo en defensa del derecho a la libertad de expresión de sus usuarios. Por último, también se invita a reflexionar acerca de cuál es la auténtica naturaleza jurídica de este tipo de entidades, con base en las funciones materiales que realizan.

Este artículo se enmarca en el proyecto: PID2022-137245OB-I00 GARANTÍAS INSTITUCIONALES Y REGULATORIAS. AUTORIDADES ELECTORALES Y DE SUPERVISIÓN DIGITAL ANTE INTERFERENCIAS, NARRATIVAS HOSTILES, PUBLICIDAD SEGMENTADA Y POLARIZACIÓN.

Abstract

In this article, the author analyses Constitutional Court Judgment no. 83/2023, of the 4th of July, which ruled on an appeal for *amparo*, thus called, for violation of the fundamental rights to freedom of expression and effective judicial protection. The context in which the case under study is set is that of communicative freedoms exercised through the Internet, in particular, through intermediary service platforms. The Judgment reviews the Constitutional Court doctrine on the matter, highlighting some fresh issues such as the questioning of the neutrality of this type of platforms and the express recognition of their standing to bring an action for protection in defence of their users' right to freedom of expression. Finally, it also invites to reflect on the true legal nature of this type of entities, based on the material functions they perform.

Palabras clave: Derechos fundamentales. Libertades comunicativas en Internet. Responsabilidad de servicios intermediarios. Naturaleza jurídica de plataformas intermediarias.

Keywords: Fundamental rights. Communicative freedoms on the Internet. Liability of intermediary services. Legal nature of intermediary platforms.

0. Introducción

El presente artículo tiene por objeto el análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 83/2023, de 4 de julio (en adelante, *la Sentencia*), en la que se resuelve un recurso de amparo por vulneración de los derechos fundamentales a la libertad de expresión (*ex art. 20.1 de la CE*) y a la tutela judicial efectiva (*ex art. 24 CE*). La Sentencia es relevante por varios motivos. El primero es que se trata de la primera sentencia en la que nuestro tribunal de garantías se pronuncia sobre el sistema de exclusión de responsabilidad de las plataformas de servicios de la sociedad de la información y, en consecuencia, en la que se aplica la *doctrina del conocimiento efectivo* en relación con los contenidos publicados por terceros en Internet. El segundo de los motivos de relevancia se debe, a su vez, al hecho de que la Sentencia reconoce a las entidades que prestan estos servicios de intermediación legitimación activa para interponer un recurso de amparo, no en su propio nombre, sino en nombre o en defensa del derecho fundamental a la libertad de expresión de sus usuarios. Por último, se ha de destacar que la Sentencia, junto con sus dos votos particulares, aunque no termine de posicionarse de forma determinante, plantea las distintas alternativas que existen en la actualidad de cara a determinar la concreta naturaleza jurídica que debe considerarse que ostentan este tipo de plataformas intermediarias.

1. Antecedentes

La Sentencia analizada tiene su origen en el recurso de amparo promovido por Menéame Comunicaciones S.L. contra la providencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2020, que inadmitió a trámite el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra la Sentencia núm. 235/2020, de 2 de junio, dictada por esa misma Sala, que a su vez desestimaba el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección Cuarta), de 5 de febrero de 2018.

a) Hechos previos al procedimiento judicial

Los hechos que dieron origen al procedimiento judicial previo son los siguientes: en fecha 5 de noviembre de 2015, la entidad mercantil demandante en amparo alojó en su página web www.meneame.net un enlace a una noticia externa que había sido publicada por un medio de comunicación digital. El texto del enlace decía así: *El concejal de fiestas del Partido Popular de Marbella [en ese momento, don D.L.M.] gastó 14.600 € en teléfono en un mes*. Al lado del enlace, se incorporaba a su vez el siguiente descriptivo: *D.L. [con indicación de nombre y apellido en el original] gastó 14.646,40 € durante el mes de febrero, su primer mes como concejal, puesto que tomó posesión el 25 de enero de 2013. Cuando era director general de Juventud, en noviembre de 2010, gastó 2.878,78 €*. Al hilo de la publicación del referido enlace, varios usuarios formularon una serie de comentarios al respecto, haciendo uso de la sección habilitada

expresamente para ello en la página web de la demandante en amparo. Entre los comentarios vertidos, uno de los usuarios se refirió al concejal llamándole *hijo de puta, ladrón y ladrón de toda la puta vida*. Los comentarios, que eran accesibles a cualquier internauta, fueron publicados en la página web sin identificación concreta de sus autores.

En fecha 2 de septiembre de 2016, el afectado por los comentarios publicados en la página web de la entidad demandante en amparo, remitió un correo electrónico a la dirección facilitada por el propio sitio web, exigiendo, previa identificación del concreto enlace por su título, que los comentarios en cuestión fueran retirados del portal y que le fuera facilitada la identidad de sus autores materiales. Al no recibir contestación alguna por parte de la empresa titular de la página web, el 7 de septiembre de 2016 el perjudicado reiteró su solicitud por medio de burofax enviado al domicilio social de la entidad, esta vez, advirtiendo de las acciones legales que, de no ser atendida su petición, interpondría contra la misma.

b) Las pretensiones de las partes en la vía judicial previa

Como quiera que el afectado no obtuvo respuesta alguna por parte de la entidad propietaria de la página web, en fecha 5 de octubre de 2016, interpuso demanda de juicio ordinario contra la misma por intromisión ilegítima en su derecho al honor. La demanda se sustentaba, en esencia, en cuatro motivos concretos: (i) los comentarios vertidos por los usuarios constituían insultos y expresiones injuriosas que en modo alguno podían quedar amparados por la libertad de expresión de sus autores; (ii) ninguno de estos comentarios fue eliminado ni retirado de la página web, a pesar de los dos requerimientos remitidos por el afectado en sendas comunicaciones; (iii) lo anterior le habría provocado un evidente perjuicio personal puesto que, además, los comentarios aparecían como destacados en el portal web, motivo por el cual habían alcanzado una amplia difusión; y por último, (iv) la entidad mercantil titular del portal web habría incurrido en responsabilidad debido a su falta de diligencia por no haber procedido a la inmediata retirada de los comentarios, pese a haber sido expresamente requerida para ello, lo que implica que la misma tenía conocimiento efectivo acerca de su existencia. En consecuencia, solicitaba que se declarase la vulneración de su derecho al honor con la consiguiente condena a la entidad demandada, instando la publicación de la sentencia condenatoria en la misma página web en la que se habían publicado los comentarios, solicitando, además, una indemnización de 30.000 euros por los perjuicios ocasionados.

La ahora recurrente en amparo rechazó por completo cualquier tipo de responsabilidad en su contestación a la demanda. En primer lugar, alegó que su condición y naturaleza jurídica no era la de un medio de comunicación, sino la de un mero agregador de contenidos de internet que se limita a incorporar enlaces a noticias publicadas en medios ajenos. Por lo tanto, al no crear ni publicar noticias y reportajes propios, sino simplemente hacerse eco de los que son publicados en otras páginas web, su naturaleza jurídica se corresponde con la de aquellas

entidades que prestan servicios de intermediación, cuyo régimen jurídico aplicable difiere del que resulta de aplicación a los medios tradicionales de comunicación.

De este modo, los comentarios objeto de disputa habían sido publicados por terceros, ajenos a la entidad demandada —que al parecer no había establecido sistema alguno de control sobre los mismos— y, por dicho motivo, ésta no podía responder por ellos. Según reflejan los antecedentes de la Sentencia, fue la propia entidad recurrente en amparo la que, en el trámite de contestación a la demanda, alegó la aplicación de los artículos 16 y 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI).¹ En virtud de dichos preceptos, se establece un sistema de exclusión de responsabilidad para los prestadores de servicios de intermediación, por los datos, informaciones y contenidos ilícitos² que sean publicados por sus propios usuarios, siempre y cuando dicho prestador no haya adquirido conocimiento efectivo de los mismos. Una vez adquirido el conocimiento efectivo acerca de su existencia, el prestador que actúe con diligencia a fin de retirar los datos o hacer imposible el acceso a los mismos podrá, igualmente, acogerse a la exclusión de responsabilidad prevista en la ley.

Parece claro que una de las claves será, por lo tanto, determinar si la entidad en la que se publicaron los contenidos producidos por terceros obtuvo conocimiento efectivo acerca de los mismos. En relación con esto último, la recurrente en amparo negó haber podido adquirir dicho conocimiento, con carácter efectivo, por cuanto ni el correo electrónico ni el burofax del afectado incorporaban enlace alguno (URL) sobre la noticia en cuestión o los comentarios vertidos a raíz de la misma. Tan sólo se concretaba el título del enlace, motivo por el cual, habría sido imposible para la entidad demandada localizar los contenidos a los que se refería y, por tanto, proceder a su bloqueo o eliminación. Tan sólo una vez presentada la demanda, en la que se concretaba el correspondiente URL, la ahora recurrente en amparo procedió a retirar los comentarios denunciados.

Por último, en su contestación a la demanda la entidad alegaba, adicionalmente, que los comentarios en cuestión, si bien podían haber causado malestar al demandante, no eran contrarios a su derecho al honor puesto que se enmarcaban en un particular contexto de crítica política. Según su tesis, el destinatario de los comentarios ocupaba un cargo público, lo que unido a la situación de crisis económica que enmarcaba el momento de su publicación, rebajaría la gravedad de las expresiones que, se infiere, quedarían amparadas por el legítimo ejercicio de la libertad de expresión de los usuarios.

c) *Iter* procesal en la jurisdicción ordinaria

El Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Marbella desestimó la demanda acogiendo, precisamente, este último argumento: las expresiones vertidas en los comentarios se enmarcaban en un contexto social de una profunda crisis económica, caracterizado por una creciente preocupación por los numerosos casos de corrupción.³ Por lo tanto, el carácter coloquial de las expresiones y el ámbito más tolerable de la crítica cuando el destinatario es un empleado público, justificaba

que dichos comentarios quedasen amparados por la libertad de expresión, pues no cabía apreciar un *animus iniuriandi* directo por parte de sus autores materiales. Determinada la licitud de los comentarios objeto de disputa, el Juzgado ni siquiera entró a valorar la eventual responsabilidad de la entidad titular de la página web por resultar innecesario.

El demandante recurrió en apelación la referida sentencia de primera instancia ante la Audiencia Provincial de Málaga. Sostenía que el Juzgado de Instancia había confundido la aplicación del derecho a la libertad de expresión con el derecho a la libertad de información, pues el objeto de enjuiciamiento no era, en sí, la noticia publicada, sino los comentarios publicados con ocasión de la misma. La sentencia de apelación revocó el pronunciamiento de primera instancia, declarando que se había producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor del recurrente. En efecto, la Audiencia Provincial, acogiendo su argumento, sostuvo que el conflicto suscitado se encuadraba entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión, no así con el derecho a la libertad de información. Las expresiones utilizadas por los usuarios eran claramente atentatorias contra el honor del apelante, motivo por el cual, la sentencia debía ser estimada. El siguiente paso, una vez determinada la existencia de una intromisión ilegítima en el honor del recurrente, era determinar cuál era la responsabilidad concreta que debía asumir la entidad apelada, como titular de la página web y prestadora del servicio de intermediación. Es decir, determinar en qué medida resultaba o no aplicable la exclusión de responsabilidad que ésta había alegado, conforme a lo preceptuado en la LSSI. La Audiencia Provincial consideró que, al haberse remitido dos requerimientos por parte del recurrente, con carácter previo a la interposición de la demanda, y sin que ninguno de ellos hubiera sido respondido por la entidad, ya fuera por *dejadez voluntaria o involuntaria*, pero en todo caso, *carente de excusa alguna*, la entidad intermediaria no actuó con la diligencia que le era exigible conforme al apartado b) del artículo 16 de la LSSI. Así las cosas, la sentencia de apelación condenó a la entidad a indemnizar al recurrente en la cantidad de 1.200 euros, así como a la publicación de la sentencia en su página web durante quince días.⁴

Frente a la sentencia de apelación la entidad recurrente en amparo interpuso recurso de casación, alegando la vulneración de su derecho a la libertad de expresión (ex art. 20.1 CE) e infracción del propio artículo 16 de la LSSI. Se incidía, con respecto al primer motivo, en el hecho de que las expresiones objeto de enjuiciamiento debían ser analizadas en el contexto en que fueron proferidas, en un ambiente de fuerte crítica política dentro de un clima social particularmente sensible, debido a los casos de corrupción política que estaban aflorando en mitad de una situación económica complicada. El destinatario de dichos comentarios ejercía un cargo público y el contenido de los mismos hacía alusión a presuntas actividades realizadas en el ejercicio del mismo. Por tanto, a juicio de la entidad, no existía una intención difamatoria directa o específica, como acreditaría el hecho de que no fueron más allá de la noticia que las motivó. En lo que se refiere al segundo motivo planteado en el recurso de casación, niega la entidad intermediaria que no hubiera actuado con la diligencia debida que exige el artículo 16

de la LSSI. Así, la interpretación que de este precepto había realizado la sentencia de apelación se excedía *más allá de lo legalmente previsto*. En esencia, la entidad intermediaria sostiene que se dedica a gestionar anualmente una cantidad muy elevada de contenido entre *envíos, visitas, comentarios y notas que gestiona*.⁵ Por lo tanto, al no haber identificado el afectado el concreto enlace en el que se ubicaban los comentarios en cuestión, unido al hecho de que la publicación de los comentarios era instantánea, resultaba *materialmente imposible conocer y controlar todos y cada uno de los comentarios*.

Continúa su argumentación manifestando que, en efecto, este es el motivo por el cual la propia Directiva sobre el Comercio Electrónico no impone un deber general de supervisión de contenidos a los prestadores de servicios de intermediación, como es su caso. Y, en consecuencia, la asunción de responsabilidad por parte de dichos prestadores presupone la adquisición del conocimiento efectivo del contenido de que se trate. A juicio de la entidad, ni la petición por correo electrónico, ni el burofax ulterior, ambos incompletos, podían servir a los efectos de la adquisición del conocimiento efectivo. Sobre este punto, resumía las dos posturas que se habían conformado acerca de lo que debe entenderse por conocimiento efectivo. Por un lado, según una *interpretación estricta* del concepto, el conocimiento efectivo sólo operaría cuando un órgano competente hubiese dictado una resolución declarando la ilicitud del contenido en cuestión y la hubiera notificado adecuadamente al prestador en el que se alojaba dicho contenido. Como contrapunto, existe a su vez una *interpretación amplia* o flexible,⁶ según la cual resulta suficiente con que se proporcione al prestador información suficiente sobre la *exacta ubicación* de los contenidos cuya retirada se solicita. A juicio de la entidad intermediaria, bajo el prisma de ninguna de estas dos interpretaciones cabía entender que había adquirido conocimiento efectivo de los contenidos enjuiciados. No había ninguna resolución de un órgano competente que hubiera declarado los comentarios ilícitos, que hubiera sido además notificada a la entidad; ni tampoco las dos comunicaciones del destinatario de los comentarios determinaron con la suficiente precisión la ubicación de los mismos. En consecuencia, al no haberse producido conocimiento efectivo, la entidad no había incurrido en responsabilidad alguna.

Pues bien, el Tribunal Supremo terminó por desestimar las pretensiones aducidas en el recurso de casación de la entidad intermediaria.⁷ En primer lugar, sostuvo que los comentarios no quedaban amparados por la libertad de expresión de sus autores, toda vez que ni la condición de personaje público del destinatario, ni el interés general que pudiera suscitar la materia dado el contexto económico y social, justifican la utilización de *expresiones inequívocamente vejatorias y humillantes como son los insultos*. Así, aplicando el juicio de proporcionalidad, lo cierto es que las expresiones *ladrón* o *hijo de puta* en modo alguno pueden apreciarse como simples excesos verbales, o expresiones coloquiales, ni pueden tener amparo en el legítimo ejercicio del derecho fundamental a expresar ideas u opiniones. No obstante, conforme puntualiza más adelante la propia Sentencia que es ahora objeto de análisis, la sentencia de casación estimó que la única expresión que había de estimarse lesiva contra el honor era la de *hijo de puta*, puesto que la de *ladrón* podía llegar a reputarse como justificada en el contexto de

la crítica política.⁸ Además, resulta irrelevante que el destinatario de los comentarios no hubiera solicitado su retirada hasta casi un año después de su publicación, aspecto que en todo caso podría servir para modular la cuantía de la indemnización. En segundo lugar, el Alto Tribunal admitió también la responsabilidad de la entidad intermediaria por no haber retirado los comentarios, basándose en los siguientes motivos: (i) la entidad es prestadora de un servicio de la sociedad de la información y, en consecuencia, ostenta la condición de *intermediario de internet*, tal como se desprendía de la definición de funciones que había realizado la propia interesada, al explicar que se trataba de un mero agregador de contenidos de internet cuya función principal era agregar noticias de medios ajenos; (ii) por ende, la exclusión de responsabilidad prevista en el artículo 16 de la LSSI dependía de la ausencia de conocimiento efectivo sobre el contenido en cuestión, así como de la actitud diligente a la hora de retirarlos o hacer imposible su acceso al mismo; (iii) la Audiencia Provincial acertó al aplicar una interpretación amplia sobre la noción de conocimiento efectivo, sin que sea necesario la existencia de resolución previa de un órgano competente; y (iv) consta que el afectado realizó hasta dos requerimientos a la entidad, sin haber recibido contestación alguna por parte de esta última. Tras la sentencia confirmatoria en casación, la entidad demandante de amparo interpuso el preceptivo incidente de nulidad de actuaciones de cara a la interposición del posterior recurso de amparo. El incidente fue inadmitido por providencia del Tribunal Supremo.

2. La demanda de amparo

a) Pretensiones de las partes en el recurso

Entrando ya en el contenido de la demanda de amparo objeto de Sentencia, la entidad sostuvo que las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial de Málaga y la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo habían vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (*ex art. 24.1 CE*) y su derecho a la libertad de expresión (*ex art. 20.1 CE*). En su escrito expone que no tiene condición de medio de comunicación sino de mero agregador de contenidos que se limita a incorporar enlaces a noticias de otros medios ajenos, aportados además por los propios usuarios. Lo anterior implica que el régimen jurídico que le resulta de aplicación es el de los prestadores de servicios intermediarios. Alega, además, que los internautas participan en su plataforma bajo su propia responsabilidad y en ejercicio de su propio derecho a la libertad de expresión. Según la demanda, se habría vulnerado la libertad de expresión de los internautas, al haber infringido su derecho a la crítica política mediante la descontextualización de los comentarios. En este sentido, se incide en el extremo de que el derecho al honor de las personas con relevancia pública tiene un margen más alto de tolerancia a la hora de afejar, criticar o calificar su actuación de modo negativo. Sin defender un pretendido derecho al insulto, sí deben ampararse críticas que resulten ácidas e incluso hirientes. Reiteran, como ya habían sostenido durante la instancia, que no había una intención difamatoria directa y específica. Con respecto a la vulneración de la tutela judicial efectiva, el recurso se fundamenta en tres argumentos: (i) la interpretación extensiva del artículo

16 de la LSSI, por cuanto las comunicaciones del ofendido fueron excesivamente imprecisas y adolecían de ciertas lagunas; (ii) el vicio de incongruencia omisiva por no haberse pronunciado la sentencia del Tribunal Supremo acerca del concreto extremo de la necesidad de que se identificaran los comentarios en cuestión por medio de su correspondiente enlace o URL; y (iii) la inadmisión a trámite del incidente de nulidad, considerando que se ha vulnerado también su derecho de defensa.

En lo que se refiere a la justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo (*ex art. 50.1 LOTC*), el Tribunal Constitucional acordó su admisión a trámite por cuanto el recurso permitía al tribunal *aclarar o cambiar su doctrina como consecuencia de nuevas realidades sociales y de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental*.⁹

El Ministerio Fiscal interesó la desestimación del recurso al no apreciar vulneración de los derechos fundamentales invocados. En esencia, sostiene que la interpretación de las resoluciones impugnadas es conforme a Derecho, pues las expresiones utilizadas eran innecesarias y netamente vejatorias. No había, por tanto, vulneración del derecho a la libertad de expresión. Tampoco hay incongruencia omisiva dado que la sentencia de casación expone pormenorizadamente las razones que justifican la imputación de responsabilidad al prestador de servicios de acuerdo con el artículo 16 de la LSSI.

b) Fundamentos jurídicos

La Sentencia comentada comienza su fundamentación examinando en primer lugar la posible vulneración del derecho a la libertad de expresión de los terceros usuarios, invocada por la propia entidad demandante de amparo. Dado que la intromisión en el derecho al honor — consecuencia de la extralimitación en las expresiones objeto de enjuiciamiento— es presupuesto necesario para poder determinar la eventual responsabilidad de la entidad proveedora del servicio, resulta oportuno proceder al estudio de dicha vulneración con carácter previo al régimen de responsabilidad de los intermediarios —cuya interpretación también es cuestionada en el escrito de recurso—.

De este modo, la Sentencia repasa los hechos probados y no controvertidos que se han podido aclarar a lo largo de la vía judicial previa: la actividad de la entidad demandante *www.menéame.net* consiste, según ella misma se describe, como una actividad consistente exclusivamente en alojar contenidos ajenos. No selecciona ni supervisa, simplemente aloja enlaces a noticias de otros sitios web —que además serían también introducidos por los propios usuarios—, y los comentarios que esos mismos usuarios decidan voluntariamente publicar al hilo de los enlaces incorporados. Como *mero agregador de contenidos*, la recurrente no realiza ni publica reportajes propios o noticias y los calificativos que aparecen son de los propios usuarios. Por dicho motivo, nunca planteó durante el proceso judicial que el derecho a la libertad de expresión presuntamente vulnerado fuera el suyo. De hecho, incidió en su categoría como

entidad prestadora de un servicio de intermediación (en particular, de alojamiento de datos), negando de forma tajante su condición de medio de comunicación. Ahora bien, a pesar de los esfuerzos de la entidad recurrente por autodefinir y explicar su naturaleza jurídica, la Sentencia comienza a pronunciarse en los siguientes términos:

más allá de lo concretamente alegado y probado en el proceso judicial, debe advertirse que la actividad de “agregación” no se limita, normalmente, a la mera incorporación de los enlaces que son remitidos por los usuarios sino que comporta, al tiempo, una selección de las que pueden alcanzar mayor repercusión —en términos de votos o de comentarios, algunos como destacados, anónimos en todo caso— o mayor captación de publicidad. Se añade incluso a la noticia unas calificaciones que se denominan etiquetas temáticas. No estamos, pues, ante sitios o plataformas neutrales, sino ante instrumentos de canalización y difusión de noticias, seleccionadas por los titulares de dicho medio, con una base algorítmica. Así pues, el alojador o agregador participa en el proceso de comunicación y le es exigible, en todo caso, la responsabilidad que se deriva del artículo 16.2 LSSI.

Sentado lo anterior, es claro que el conflicto *iusfundamental* planteado se basa en la colisión entre el derecho al honor del afectado por los comentarios y el derecho a la libertad de expresión de los autores de los mismos (anónimos, por cierto), cuyo contenido no pasó ningún tipo de filtro o control previo a su publicación. Como quiera que el resultado de dicho conflicto determinará la eventual responsabilidad de la entidad —pues dicho resultado opera como presupuesto material—, el Tribunal considera que la recurrente se encuentra legitimada para interponer el recurso de amparo y defender, así, la libertad de expresión de terceros que no han participado en el proceso judicial (de hecho, ni siquiera han sido identificados en el transcurso del mismo). Por otro lado, es claro que la demanda se ha sustentado correctamente en la presunta vulneración de la libertad de expresión, puesto que los comentarios objeto de análisis constituyen puros juicios de valor, dejando de lado, por tanto, la eventual lesión de la libertad de información que se había planteado en primera instancia.

Así, prosigue la sentencia recordando su doctrina general sobre la colisión entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión.¹⁰ Como es sabido, la libertad de expresión tiene atribuida una dimensión institucional en cuanto que opera como garantía para la formación y existencia de una opinión pública libre. Esto último la convierte en uno de los pilares fundamentales de toda sociedad libre y democrática.¹¹ Por tanto, se ha entendido que la misma debe gozar de un amplio margen que permita el libre intercambio de ideas y opiniones, lo *suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angosturas; esto es, sin*

*timidez, sin temor.*¹² Los límites y el contenido de la libertad de expresión han de ser interpretados de forma que el propio derecho fundamental no quede desnaturalizado. Y el juicio de ponderación debe efectuarse con especial rigor cuando entre en conflicto con otros derechos fundamentales, como es el caso que nos ocupa. Con todo, la libertad de expresión puede comprender también una crítica desabrida que, incluso, pueda llegar a molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige pues, como nos recuerda el Tribunal, *así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática.*¹³ En efecto, la libertad de expresión adquiere su mayor relevancia y es precisamente digna de mayor protección frente a aquellas opiniones o ideas que puedan contrariarnos de forma particular. No obstante, quedan fuera del ámbito de protección del derecho aquellas expresiones absolutamente injuriosas, ultrajantes u oprobiosas, es decir, expresiones ofensivas que no guarden relación alguna con las ideas u opiniones que se quieren manifestar. Por todos es sabido, también, que la jurisprudencia constitucional en modo alguno reconoce un pretendido derecho al insulto.¹⁴ Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en esta misma línea, afirma que el derecho a la libertad de expresión puede amparar la utilización de *frases vulgares o soeces* cuando están irremediabilmente vinculadas al mensaje que se quiere transmitir. Sin embargo, quedan fuera aquellas expresiones que contengan vejaciones gratuitas¹⁵ o *cuando el único propósito de la declaración ofensiva sea insultar.*¹⁶ Ahora bien, como recuerda el Tribunal, el nivel de tolerancia debe ser aún mayor cuando las expresiones críticas se dirigen a representantes políticos, cargos públicos y autoridades. Así, citando la jurisprudencia del TEDH,

*quienes participan voluntariamente en el debate político público quedan expuestos, de forma inevitable y consciente, al escrutinio minucioso de sus acciones y manifestaciones, tanto por parte de los periodistas como del público en general, por lo que deben mostrar un mayor grado de tolerancia.*¹⁷

Seguidamente, el Tribunal Constitucional pasa a exponer la doctrina específica sobre el conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión en el concreto contexto de Internet. Este es, precisamente, el motivo que ha justificado la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo. El planteamiento de la demanda sobre este punto se sitúa en los siguientes términos:

En el presente caso, la mercantil recurrente viene a sostener en su demanda que la rapidez e inmediatez con la que se entablan las comunicaciones en internet, unido al elevadísimo volumen de datos que se mueven constantemente en dicha red electrónica, debe conducir, en la doctrina constitucional, a una suerte de equiparación de las comunicaciones entabladas en internet con las conversaciones orales que se producen en el contexto ordinario de la vida diaria. De este modo, propone la demandante, que lo que es tolerable en una conversación oral debería ser considerado, igualmente, tolerable en el ámbito de internet.

A partir de aquí comienza a introducirse la que sería la *ratio decidendi* de la sentencia, que primero trata de encuadrar el tema de debate acerca del ejercicio de los derechos fundamentales en línea, aunque de forma genérica, para más adelante pasar a aplicarla al caso concreto de autos. De este modo, el Tribunal argumenta como sigue:

El planteamiento de la recurrente ignora, sin embargo, que, aunque el desarrollo de nuevos instrumentos tecnológicos debe ser protegido en cuanto ha incrementado notablemente la capacidad para almacenar y comunicar grandes cantidades de información, su desenvolvimiento ha supuesto también un aumento de los riesgos para el ejercicio de los derechos y libertades de todos los ciudadanos. Las difamaciones e insultos, las expresiones objetivamente injuriosas, la proliferación de discursos que fomentan el odio, la violencia o la discriminación, la formulación de ideas o pensamientos que pueden constituir una injerencia en otros derechos fundamentales —como son el derecho al honor o el derecho al respeto de la vida privada y familiar— pueden ser difundidos como nunca antes se había visto, garantizando a todos su acceso y redifusión a terceros en cuestión de segundos, cualquiera que sea el lugar del mundo en el que se encuentre, con la facultad, incluso, de “permanecer accesibles en la web de forma constante” (STEDH de 16 de junio de 2015, asunto Delfi AS c. Estonia, § 133). Ambas ideas: multiplicación y permanencia en el tiempo, muestran por sí mismas la necesidad de proteger de forma eficaz los derechos eventualmente afectados. No puede, por tanto, aceptarse, tal y como propone la mercantil recurrente, la consideración genérica de internet como un contexto comunicativo puramente ocasional o trivial [...].

En consecuencia, destaca que *las específicas características del uso de internet y redes sociales, así como del modo y difusión que alcanza el mensaje objeto de controversia, deben ser tenidas en cuenta en orden a concretar las reglas de delimitación entre derechos, para garantizar su promoción, pero también su debida protección.* Esto último, como es lógico, por cuanto las nuevas formas de comunicación social en modo alguno producen un vaciamiento de la protección constitucional de los derechos fundamentales. Dicho con otras palabras, si bien habrá que atender a las particulares circunstancias de los flujos comunicativos que se produzcan en este tipo de plataformas intermediarias, ello no significa que el contenido de los bienes jurídicos protegidos o el grado de protección de los derechos del individuo deba ser distinto en el mundo digital. Como recuerda la propia jurisprudencia del Tribunal, *si la conducta es lesiva del derecho al honor fuera de la red, también lo es en ella.*¹⁸ Y podríamos añadir también, aunque no lo

exponga abiertamente la Sentencia, que, *a contrario sensu*, toda conducta lícita en el mundo analógico, necesariamente ha de serlo en el mundo digital. En este punto sí coincidimos con lo alegado por la entidad demandante de amparo.

Por último, antes de entrar a resolver el recurso, se recuerda la doctrina sentada en la STC 8/2022, de 27 de enero,¹⁹ de suma relevancia para la materia que nos ocupa, pues enumera una serie de factores que, a la hora de analizar los comentarios vertidos en el contexto de Internet —y más en concreto, en las redes sociales— deberán ser tenidos en cuenta en la interpretación judicial. En definitiva, las características estructurales de la comunicación digital añaden dificultades de control sobre los contenidos ilícitos. La *Red de redes* favorece y amplía la capacidad para influir en la opinión pública de manera exponencialmente superior a la de cualquier medio de comunicación tradicional. Por dicho motivo, además de las oportunidades evidentes que esto implica, también hacen de Internet un entorno más proclive para la vulneración de derechos de terceros, en el que también impera la impunidad que tantas veces conlleva el anonimato, lo que a su vez conlleva la enorme dificultad de exigir responsabilidades a sus autores.

Realizadas las anteriores consideraciones sobre la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertades comunicativas y derechos fundamentales ejercidos en Internet, a continuación, entra a resolver sobre el supuesto planteado en la demanda de amparo, que tal y como se adelanta, no puede prosperar. En primer lugar, analizadas las expresiones objeto de enjuiciamiento (*ladrón e hijo de puta*), sostiene la Sentencia que las mismas ostentan un carácter constitucionalmente ilegítimo, que en absoluto puede quedar amparado por la libertad de expresión. Se habría producido, por tanto, un abuso de derecho por parte de sus autores. En este punto la Sentencia recuerda, de nuevo, lo ya expuesto en apartados anteriores acerca de las circunstancias a tener en cuenta a la hora de valorar el contenido constitucionalmente protegido de la libertad de expresión: la relevancia pública del destinatario de los comentarios, la consideración de si esa opinión contribuye al debate y a la formación de la opinión pública libre, así como el carácter vejatorio de las expresiones utilizadas. Concluye, por tanto, que, a pesar de los matices apuntados, *quienes participan en la vida pública no quedan privados de ser titulares del derecho al honor*. Las expresiones constituyen una ofensa personal innecesaria para expresar el rechazo hacia las conductas a las que se refería la noticia. Es una descalificación personal y directa que carece de cualquier carácter irónico, mordaz o humorístico —aspectos que eventualmente podrían enervar la ilicitud de las expresiones—. Señala también que este tipo de lenguaje, por más que se encuentre incorporado de forma habitual al lenguaje ordinario, no pierde carácter ofensivo, ni favorece el intercambio de ideas o el debate razonado. Por lo tanto, no contribuye al servicio de la formación de una opinión pública libre e informada.

Asimismo, a la naturaleza inequívocamente vejatoria de los comentarios se unen dos factores: (i) la publicación de la expresión en un medio tecnológico que incorpora una especial potencialidad lesiva del honor individual, esto es, que no se agota en la mera invocación como ocurre en las comunicaciones orales, sino que permanece en el tiempo; y (ii) el anonimato del

autor, que intensifica el elemento de pura vejación, dejando al ofendido particularmente indefenso. En definitiva, los factores que determinan la ilicitud de las expresiones son: el carácter puramente vejatorio de los comentarios, la publicidad de los mismos y el anonimato de sus autores. En consecuencia, las Sentencias recurridas han resuelto conforme a Derecho.

En segundo lugar, reafirmada la ilicitud de las expresiones, el Tribunal pasa a analizar la cuestión de la responsabilidad de la entidad demandante de amparo. Este extremo es especialmente interesante. Como indicará más adelante la propia Sentencia, la responsabilidad de los servicios intermediarios de Internet es una simple cuestión de legalidad ordinaria, en la que poco o nada tiene que decir el máximo tribunal de garantías en el orden constitucional. Sin embargo, lo cierto es que muchos autores, ya desde su entrada en vigor, pusieron de manifiesto que la LSSI —que había sido bautizada como la *ley de Internet*— no se limitaba a regular aspectos meramente comerciales, sino que se trataba de una regulación que afectaba al núcleo duro de las libertades comunicativas en el seno de Internet, y por tanto, con importantes implicaciones jurídico-constitucionales, afectando de forma directa al ejercicio de la libertad de expresión en el mundo digital.²⁰

Pues bien, dicho esto, el Tribunal Constitucional comienza a resolver acerca de la presunta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, que tiene como objeto central el cuestionamiento acerca de la interpretación judicial que han hecho las sentencias de instancia sobre el requisito del *conocimiento efectivo* (ex art. 16 LSSI). Sostiene el Tribunal que las sentencias de la Audiencia Provincial y la del Tribunal Supremo dieron una motivación razonada, explicando los motivos por los cuales debía aplicarse una interpretación amplia del citado precepto. Así, a juicio de aquellas, los dos intentos de comunicación, el primero, por medio de correo electrónico y el segundo, por medio de burofax, fueron considerados medios idóneos a los efectos de generar el conocimiento efectivo de la entidad demandante de amparo, en la que se encontraban alojados los contenidos ilícitos. Esta motivación no puede tacharse de arbitraria o irrazonable. Como es lógico —continúa la Sentencia— la parte demandante trata de hacer valer la interpretación que hubiera resultado más favorable a sus propios intereses (es decir, una interpretación restrictiva del conocimiento efectivo), según la cual, debía haberse proporcionado información precisa acerca de la concreta ubicación de los comentarios (a través de su enlace o URL) para que estos pudieran ser localizados y, en consecuencia, retirados o bloqueados. Sin embargo, todo lo anterior constituye un aspecto de legalidad ordinaria en la que, como señala el propio Tribunal, no puede inmiscuirse. No hubo, tampoco, incongruencia omisiva alguna pues las pretensiones de la demandante fueron debidamente contestadas. Lo expuesto hasta ahora conlleva la denegación del amparo solicitado.

3.Votos Particulares

La Sentencia incorpora dos Votos Particulares en los que vale la pena detenerse. El primero de ellos, formulado por la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón, sostiene que la sentencia debía haber sido estimatoria.

En primer lugar, en el voto particular se menciona de forma explícita la vulneración del derecho a la libertad de expresión de la demandante de amparo, cuestión que, sin embargo, había quedado extramuros de los términos de enjuiciamiento, al haber alegado la propia recurrente la vulneración de la libertad de expresión de los autores materiales de los comentarios, pero no de la suya propia. En el caso analizado, nadie discute la veracidad de la información divulgada por la plataforma ni la relevancia pública que tenían los hechos denunciados en el reportaje periodístico que se enlazaba. Las expresiones utilizadas se enmarcan en un mensaje común que iba dirigido a *censurar* la información publicada y a expresar el descontento con la conducta en ella reflejada. Dado el contexto, los términos utilizados en los comentarios no fueron gravemente ofensivos e insultantes.

El Voto Particular rechaza un canon de control específico relativo a los límites que cabe imponer al ejercicio de la libertad de expresión a través de Internet, advirtiendo que dicha diferenciación es susceptible de terminar imponiendo un canon más restrictivo que el que se aplica en el mundo analógico. Además, muestra su disconformidad con los criterios de ponderación utilizados a la hora de resolver el conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor. De este modo, repasa los elementos o factores de ponderación que en su día fueron establecidos en la STC 8/2022, de 27 de enero, también citada en los Fundamentos Jurídicos. Recuerda que la jurisprudencia del TEDH es categórica cuando afirma que los mensajes difundidos por Internet se benefician de una protección equivalente a la que merecen otros cauces de comunicación, además de la mayor protección que se concede cuando se trata de difundir mensajes políticos, lo que permite a los propios representantes, cuando se refieren a otros opositores políticos, *utilizar un lenguaje virulento y crítico sobre cualquier tema de interés general, tolerándose excesos verbales y escritos inherentes al tema objeto de debate.*²¹ En resumen, cuando de un representante político se trate, el nivel de tolerancia que éste ha de soportar sobre las críticas que puedan dirigirse hacia él ha de ser mayor. Ahora bien, en contrapartida, también el nivel de protección que aquel ostenta a la hora de ejercer su derecho a la libertad de expresión es mayor, cuando lo que manifieste sean mensajes políticos, vertidos debido a su condición de representante y se entiende que como canalizador de la opinión de un sector de la sociedad a la que representa, en cuyo contexto cabe una crítica desabrida en la que se toleran ciertos excesos verbales.

Destaca, asimismo, la necesidad de adaptar los derechos fundamentales al mundo digital.²² Precisamente por los grandes riesgos que las nuevas plataformas suponen para el ejercicio de estos derechos, como ha señalado el Tribunal de Estrasburgo, este tipo de foros sí

pueden asumir una serie de deberes y responsabilidades específicas, en particular, en lo que se refiere a los contenidos generados por terceros.²³ A tal fin responde la disposición del artículo 16 LSSI que incorpora la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento de datos. El precepto positiviza el principio de diligencia debida también incorporado en el Reglamento de Servicios Digitales (*Digital Services Act* o *DSA*, por sus siglas en inglés).²⁴ Por lo tanto, se han de tener en cuenta no sólo el contexto de los comentarios y las personas implicadas, sino también las medidas aplicadas por la entidad demandante para impedir o eliminar los contenidos difamatorios y la responsabilidad de sus autores materiales.

Por último, el voto particular pone el acento en una cuestión que, a mi juicio, sin duda era también nuclear: la determinación de la naturaleza jurídica de las plataformas de servicios intermediarios de alojamiento de datos. En efecto, como expresamente se refleja, el caso ofrecía la oportunidad de aclarar si este tipo de plataformas pueden eventualmente ser titulares de los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información. Un tema no exento de controversia, y todavía sin una respuesta clara y definitiva en la Unión Europea, con una aproximación sustancialmente distinta a la que impera en el sistema norteamericano, cuya clave de bóveda es el artículo 230 de la *Communications Decency Act*.²⁵ En opinión de la Magistrada, la Sentencia se ha limitado a considerar que la entidad demandante tenía interés legítimo en hacer valer la libertad de expresión de terceros, por cuanto esta operaba como *conditio sine qua non* para poder afirmar su ulterior responsabilidad. Sin embargo, la decisión tendría que haber sido estimatoria por cuanto que lo que se habría vulnerado era la libertad de expresión de la propia recurrente en amparo. Y a partir de aquí es donde se plantea el debate doctrinal en el que el constitucionalismo contemporáneo se encuentra inmerso desde hace algún tiempo:

Existe un debate doctrinal central sobre cuál debe ser la naturaleza jurídica que ha de reconocerse a estas plataformas precisamente por ser en la actualidad vehículo privilegiado para el ejercicio de los derechos de expresión e información. [...] lo que hemos dado en llamar plataformas de internet varían en su configuración, naturaleza y función.

Ciertamente, no son equiparables los servicios prestados por plataformas como Twitter (ahora X), Facebook o Instagram, con aquellos otros que prestan empresas como YouTube o Amazon, o cualquier blog digital. Aun así, lo que todas estas entidades tienen en común es que se trata de canales de comunicación privilegiados que permiten la difusión de contenidos de todo tipo, entre personas de todo el mundo, de una forma que hasta su aparición nunca antes había sido posible.

Pues bien, prosigue el Voto Particular mencionando las dos opciones posibles a la hora de determinar la concreta naturaleza jurídica que debe atribuirse a este tipo de entidades: la de

medios de comunicación o la de entidades jurídico-privadas de interés general. La elección por una u otra tiene importantes consecuencias:

Estas consideraciones sustentan el argumento de aquellos que defienden que estas plataformas deben ser asimiladas, en general, a los medios de comunicación basándose, sobre todo, en la función que ejercen y en la vertiente objetiva de las libertades comunicativas, al ser instrumentos de fomento, al menos en principio, del pluralismo sobre el que se basa nuestro sistema social y democrático (art. 1.1 CE). Así, además de la libertad de empresa, serían titulares de las libertades de expresión y de comunicar información, incluida, en este último caso, el derecho a la creación de medios de comunicación [art. 20.1 d) CE]. Se les aplicaría, pues, el mismo régimen jurídico-constitucional que a los medios de comunicación audiovisuales, radiofónicos e impresos, también en lo relativo al ejercicio de las libertades de expresión e información, alcance y límites.

Desde otra perspectiva se propone que las plataformas comunicativas se configuren como personas jurídico-privadas de interés general, dado que prestan servicios públicos o esenciales, lo que vendría a condicionar su régimen jurídico. Así, el papel privilegiado que juegan en la comunicación o, dicho de otra forma, el haberse convertido en un foro o instrumento percibido como público por sus usuarios y el haber adoptado políticas de moderación que acaban delimitando, cuando no limitando, el alcance del ejercicio de las libertades comunicativas justifica que sean tratadas jurídicamente no como meras empresas privadas, sino como personas jurídicas con trascendencia jurídico-constitucional, de forma similar a las personas jurídico públicas.

Con todo, concluye que la entidad Menéame Comunicaciones, S.L. no puede ser considerada como tal un medio de comunicación, dado que no realiza ni publica reportajes propios (pues el único contenido auténtico que aloja es precisamente el de los comentarios de sus usuarios). Si bien, el mero hecho de aplicar algoritmos que afectan a la selección y priorización de contenidos es sinónimo de una cierta función de edición, equivalente a la línea editorial que asumen los propios medios de comunicación. Por dicho motivo, parece razonable que, aun sin poder catalogarlas como medios de comunicación, se les pueda considerar titulares de las libertades comunicativas. También desde la propia perspectiva de la llamada vertiente objetiva de los derechos fundamentales, podría argumentarse que este tipo de plataformas son titulares de los derechos a la libertad de expresión e información.

Con respecto al segundo Voto Particular, emitido por los Magistrados Ramón Sáez Valcárcel y Laura Díez Bueso, en este caso, ambos coinciden en el resultado desestimatorio de la Sentencia, aunque discrepando de forma radical de su motivación, pues se rechaza abiertamente que el régimen de responsabilidad de intermediarios pudiera servir como marco de decisión.

En este sentido, el argumento es especialmente sugerente, por cuanto sostienen que la plataforma debió haber sido declarada responsable, pero no por no haber incumplido con la diligencia debida que exigía el artículo 16 LSSI, sino directamente como autora de la vulneración del derecho al honor del ofendido. Consideran ambos Magistrados que la plataforma realizaba funciones propias de edición —y en esto coinciden con el Voto Particular previo—, que van mucho más allá de la mera manipulación técnica que permite la norma para entender que una plataforma presta un servicio intermediario de carácter meramente técnico, pasivo y neutral.²⁶ En otras palabras, contrariamente a lo que sostiene la Sentencia, e incluso a cómo venía defendiendo la propia entidad demandante de amparo durante toda la vía judicial previa, a su juicio, la entidad Menéame.net no podía entrar dentro del ámbito de cobertura del artículo 16 de la LSSI ni podía en ningún caso haberse beneficiado de este régimen de exclusión de responsabilidad, pensado exclusivamente para entidades que prestan servicios intermediarios (es decir, que no participan en el *iter* comunicativo). La actividad editorial incorpora decisiones tan importantes como las que se refieren a qué es lo que se publica y lo que se descarta, o a cómo se califican, priorizan y ordenan los distintos contenidos a los que además se atribuyen etiquetas de clasificación. A lo anterior hay que añadir que la plataforma en cuestión no pedía ningún tipo de identificación a sus usuarios, lo que dificultaba enormemente la eventual exigencia de responsabilidades por los comentarios proferidos, contribuyendo así a un ambiente de total impunidad.

Sostienen, en definitiva, que el supuesto analizado habría permitido al Tribunal posicionarse y actualizar la doctrina acerca de la actividad de los medios de comunicación de masas (prensa en papel, radio y televisión). En opinión de los Magistrados, existía un precedente que podría haber resultado de aplicación y que habría permitido comprobar la capacidad de resistencia de los criterios sentados entonces: la doctrina de las cartas al director.²⁷ Según esta última, el medio que publica una carta de un lector ejerce su derecho a comunicar una opinión ajena. Es el director el que asume el deber de diligencia de comprobar la identidad de la persona que figura como autor de la carta, con carácter previo a autorizar su publicación, permitiendo así que este último pueda, en su caso, asumir las responsabilidades que eventualmente se deriven de la publicación del contenido en cuestión.

3. Conclusiones

1. La Sentencia analizada permite avanzar un paso más en el desarrollo de la doctrina constitucional relacionada con el ejercicio de los derechos fundamentales en Internet, especialmente en lo que se refiere a las particularidades que resultan de aplicación a las libertades comunicativas. De este modo, se sitúa en la línea jurisprudencial iniciada en la citada STC 8/2022, de 27 de enero, reafirmando cuáles han de ser los factores específicos a tener en cuenta a la hora de ponderar los conflictos de derechos suscitados en el entorno digital.
2. Cuestiona abiertamente la neutralidad de las plataformas que prestan servicios intermediarios. Representa, en buena medida, las distintas alternativas que existen en la actualidad a la hora de determinar la concreta naturaleza jurídica que ostentan este tipo de plataformas, así como las consecuencias que cada una de ellas implica sobre su eventual titularidad de derechos fundamentales.

Así, mientras que la Fundamentación Jurídica acoge el régimen de exclusión de responsabilidad vigente en la LSSI, asumiendo, por tanto, la condición de la demandante de amparo como entidad meramente intermediaria, el Voto Particular formulado por la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón aboga por una categoría intermedia, en la que se considere que este tipo de entidades no son estrictamente neutrales y, por tanto, ha de reconocerse su propia titularidad con respecto a las libertades comunicativas. Por su parte, el segundo Voto Particular formulado por los Magistrados Ramón Sáez Valcárcel y Laura Díez Bueso, directamente rechaza la condición de intermediarios de aquellos prestadores de Internet entre cuyas actividades o funciones exista algún tipo de labor de edición, situándolas por tanto en el ámbito de los medios de comunicación.

Todo ello a pesar de afirmar de manera preventiva que el sistema de responsabilidad de intermediarios es una mera cuestión de legalidad ordinaria, afirmación que resulta cuando menos discutible si tenemos en cuenta que, en un mundo cada vez más digitalizado, en el que el discurso público se encuentra mediatizado por este tipo de plataformas en línea, hemos de ser conscientes de que la ley que regule dichas plataformas se convierte directamente en la ley que regula la libre expresión de ideas.

3. La posibilidad de que una entidad pueda defender el derecho a la libertad de expresión en nombre de un tercero, más allá de lo cuestionable que pueda resultar el reconocimiento de su legitimación activa, por muy razonable que parezca en casos como el que nos ocupa, presenta no obstante sus propias lagunas. Cuando se trata de analizar comentarios vertidos por particulares, el elemento volitivo, la intencionalidad, la existencia o no del *animus iniurandi* como criterio subjetivo, resulta esencial para determinar el grado de responsabilidad que deben asumir sus autores, en caso de que los contenidos sean declarados ilícitos. Y este punto es materialmente imposible de discutir por cualquier otra

persona que no sea la autora material de los comentarios objeto de *litis* —ni la entidad recurrente en amparo, ni tampoco la propia sentencia encargada de enjuiciarlos—. A lo largo de la Sentencia se habla de intención difamatoria y directa, en un sentido u otro, pero lo cierto es que no se llamó al proceso a los autores materiales de los comentarios. Por lo tanto, difícilmente puede afirmarse o negarse de forma tajante —como sin embargo se hace de forma reiterada a lo largo de todo el proceso judicial— la existencia de este requisito. Se alude al hecho de que en la demanda inicial el destinatario solicitó la identidad de los autores de los comentarios. Sin embargo, no consta que a lo largo del proceso judicial previo se hiciera el más mínimo intento por tratar de localizarlos, por más que la demandante de amparo indicara que no podía proporcionar su identidad.

4. Sin duda, uno de los grandes riesgos que conlleva Internet es la impunidad que genera la posibilidad de que los usuarios o internautas participen de la Red bajo el paraguas del anonimato. Quizá por este motivo los avances tecnológicos deban ponerse al servicio en esta dirección. En este sentido, la responsabilidad del intermediario es importante, pues sobre este último pesa un ineludible deber de diligencia. Ahora bien, lo anterior debe ir acompañado de la exigencia de responsabilidad que en primer lugar ha de imputarse a los autores materiales de los contenidos ilícitos que se publiquen. Las nuevas tecnologías deben ser utilizadas, precisamente, para agotar todas las vías posibles a fin de poder localizar e identificar a dichos autores y que así puedan asumir la responsabilidad que les corresponda. Por dicho motivo, sorprende que en el proceso judicial previo no se solicitase ninguna diligencia o medida judicial tendente a facilitar esta averiguación (v.gr., localización de IP del ordenador desde el que se publicaron los comentarios).

¹ Como es sabido, se trata de la ley que transpuso al ordenamiento jurídico español la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

² En concreto, el precepto se refiere a información que sea *ilícita* o que *lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización*.

³ *Vid.* Sentencia 97/2017, de 12 de abril, del Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Marbella.

⁴ *Vid.* SAP de Málaga 82/2018, de 5 de febrero.

⁵ En primera instancia, la entidad sostuvo que carecía de medios personales suficientes para gestionar el volumen de información que contenía su página web, así como la enorme cantidad de correos electrónicos que le llegaban.

⁶ Esta interpretación abierta o flexible fue la que finalmente terminó por acoger la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este sentido, véase la STS 773/2009, Sala de lo Civil, de 9 de diciembre, que define el *conocimiento efectivo* como *aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate*. Para un repaso a las primeras interpretaciones jurisprudenciales sobre este concepto, véase PEGUERA POCH, M. (2007) *Sólo sé que no sé nada (efectivamente)*: la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI. *IDP: revista de Internet, derecho y política*, ISSN-e 1699-8154, Nº. 5.

⁷ *Vid.* STS 235/2020, Sala de lo Civil, de 2 de junio.

⁸ Citando su propia jurisprudencia, se recuerdan, a modo de ejemplo, algunas expresiones referidas a cargos públicos que entrarían dentro de la protección dispensada por la libertad de expresión: *mercenario, fascista, pequeño dictador, ignorante, rastrero o mentiroso compulsivo* (*Vid.* SSTS 429/2019, de 16 de julio y 620/2018, de 4 de diciembre.). Otras, en cambio, quedarían fuera de su cobertura, si bien dependiendo del contexto: *mangante, chorizo y gilipollas* (*Vid.* STS 551/2017, de 11 de octubre).

⁹ Sobre la exigencia de la especial trascendencia constitucional, véase la STC 155/2009, de 25 de junio.

¹⁰ La propia Sentencia alude a la jurisprudencia constitucional en la materia: *Vid.* SSTS 6/1981, de 16 de marzo; 12/1982, de 31 de marzo; 177/2015, de 22 de julio; y 112/2016, de 20 de junio, entre otras.

¹¹ En esta misma línea, nos recuerda la doctrina que la libertad de expresión de un Estado democrático descansa en una cuádruple premisa: (i) es un medio para la realización personal; (ii) sirve para incrementar el conocimiento y descubrir la verdad a través de la exposición y discusión de las ideas; (iii) es un requisito esencial para el normal desenvolvimiento del proceso democrático, pues sin libertad de expresión no puede haber participación genuina de los miembros de la sociedad que toma las decisiones políticas; y, por último, (iv) hace las comunidades humanas más estables y facilita el mantenimiento de un equilibrio entre las divisiones sociales saludables y el necesario consenso. *Vid.* GONZÁLEZ GONZÁLEZ, S. (1992) *La libertad de expresión*. Marcial Pons. Pág. 31.

¹² *Vid.* STC 9/2007, de 15 de enero.

¹³ *Vid.* SSTEDH de 23 de abril de 1992, asunto Castells c. España, y de 29 de febrero de 2000, asunto Fuentes Bobo c. España.

¹⁴ *Vid.* SSTC 6/2020, de 17 de enero; y 177/2015, de 22 de julio.

¹⁵ Vid. STEDH de 28 de septiembre de 2020, asunto Lopes Gomes Da Silva c. Portugal.

¹⁶ Vid. STEDH de 27 de mayo de 2003, asunto Skalka c. Polonia.

¹⁷ Vid. STEDH de 28 de septiembre de 2020, asunto *Lopes Gomes Da Silva c. Portugal*.

¹⁸ Vid. STC 93/2021, de 10 de mayo.

¹⁹ En particular, esta sentencia enumera los siguientes factores o elementos de ponderación a tener en cuenta que, además, son expresamente destacados en el primer Voto Particular (sobre el que más adelante volveremos): (i) la inmediatez y la rapidez en la difusión de los contenidos; (ii) la autoría y los distintos grados de participación sobre las opiniones o informaciones que se publican, pues no es lo mismo el que las escribe o las crea que aquel que las reproduce haciéndolas suyas o quien las traslada sin más, ni tampoco es lo mismo la entidad que las aloja en una plataforma de su titularidad, cuya responsabilidad dependerá, a su vez, de la existencia de filtros o controles, su rapidez en la eliminación del contenido, etc; (iii) los destinatarios del mensaje, tanto potenciales como receptores finales; (iv) el contenido de los mensajes en cuestión; (v) el efecto de desaliento o disuasorio que puede ocasionar sobre la libertad de expresión las medidas a aplicar; y (iv) el alcance real de la publicación y en consonancia con ésta, el daño real que se haya ocasionado sobre los derechos de la personalidad de los destinatarios del mensaje.

²⁰ GARCÍA MORALES, M.J. (2003). Libertad de expresión y control de contenidos en Internet. En CASANOVAS (Ed.) *Internet y pluralismo jurídico: formas emergentes de regulación*. Ed. Comares. Pág. 46.

²¹ Vid. STEDH de 25 de febrero de 2010, asunto Renaud c. Francia.

²² Sobre este concreto extremo, cabe destacar que, de un tiempo a esta parte, desde la doctrina se está tratando de desarrollar lo que se ha venido a denominar como *constitucionalismo digital*. Este concepto alude a la necesidad de constitucionalizar el espacio digital y convertir a los usuarios en auténticos ciudadanos digitales. Vid. TERUEL LOZANO, G. (2022) Libertad de expresión, censura y pluralismo en las redes sociales: algoritmos y el nuevo paradigma regulatorio europeo. En BALAGUER CALLEJÓN, F. y COTINO HUESO, L. (coord.) (2023) *Derecho Público de la Inteligencia Artificial*. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico. Pág. 187. Por su parte, QUERALT JIMÉNEZ, A. (2021) habla de la necesidad de reflexionar acerca de los elementos que deberán conformar un nuevo pacto social digital. Vid. Una Constitución analógica ante el fenómeno digital. En GONZÁLEZ GARCÍA, I. (dir.). *Estado de Derecho y reforma constitucional*. Ed. Tirant lo Blanch. Págs. 220.

²³ Vid. STEDH de 16 de junio de 2015, asunto Delfi AS c. Estonia.

²⁴ Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales).

²⁵ En esencia, el régimen jurídico norteamericano incorpora un sistema de inmunidad para los proveedores de servicios de intermediación por los contenidos publicados por terceros. Así, las páginas web no son responsables por los contenidos que sus usuarios decidan publicar, con independencia del daño que eventualmente pudiera producir dicho contenido. No sólo eso, sino que ni siquiera en aquellos casos en que sean los propios prestadores o titulares de las páginas web quienes decidan actuar contra el contenido que se trate, ya sea mediante la eliminación o el bloqueo del mismo, perderían la inmunidad que tienen reconocida, siempre que actúen de buena fe. Cfr. BARATA MIR, J. (2022) Libertad de expresión, regulación y moderación privada de contenidos. *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, ISSN 1888-3443, Nº. 32. Pág. 96.

²⁶ Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, un servicio podrá considerarse como intermediario en la medida en que el papel que desempeña pueda calificarse como *neutro*, es decir, que *su comportamiento sea meramente técnico, automático y pasivo, lo que implica que no tiene conocimiento ni control de la información que almacena*. Vid. SSTJUE (Gran Sala) de 23 de marzo de 2010. Google France SARL y Google Inc. contra Louis Vuitton Malletier SA (C-236/08), Google France SARL contra Viaticum SA y Luteciel SARL (C-237/08) y Google France SARL contra Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL y otros (C-238/08) y (Sala Séptima) de 11 de septiembre de 2014. PAPASAVVAS contra O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd y otros (C-291/2013), entre otras.

²⁷ Vid. STC 336/1993, de 15 de noviembre.