Estoy convencido de que uno de los grandes temas del Siglo XXI en Derecho Constitucional es la configuración de la más amplia libertad de expresión a partir de su potenciación por las redes digitales.

Los límites tradicionales, como los medios impresos decimonónicos y los audiovisuales del siglo 20, crujen y se desmoronan.
Por mi parte, soy ferviente defensor de la más absoluta Libertad de Expresión, en grado extremo como corresponde a la escuela del Constitucionalismo Demente.
Entiendo que el derecho a expresarnos, sin ningún tipo de límites, es indispensable para constituir sociedades democráticas robustas.
Esto no quita que pueda haber responsabilidades ulteriores si se causan daños a causa de falsedades maliciosamente difundidas.
Pero la libertad de expresarnos sin cortapisas, sin límites gubernamentales, sin censura previa concreta o sutil, es indispensable para afrontar el desafío que nos propone una sociedad global hiperconectada como la que estamos construyendo en los albores de este Siglo XXI.
Por eso, para continuar este debate que venimos proponiendo hace tiempo, hoy quiero compartir un interesantísimo artículo de mi querido amigo el constitucionalista rosarino Oscar Puccinelli.

Si bien Oscar es un poco más restrictivo en su criterio que yo, el análisis que hace de la situación actual (2016) y de la problemática es impecable.
El artículo original fue publicado aquí, y el PDF puede descargarse aquí.

——

LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE
SERVICIOS Y DE LOS USUARIOS DE INTERNET POR
PUBLICACIONES OFENSIVAS: UN BREVE
MUESTRARIO JURISPRUDENCIAL
ÓSCAR R. PUCCINELLI 1

1 Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Buenos Aires y profesor de Derecho
Constitucional y de Derecho Procesal Constitucional y Transnacional en la Universidad Nacional de Rosario (Argentina) y en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario, dependiente de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

Correo electrónico: opuccine@fderec.unr.edu.ar
SUMÁRIO: 1. EL DERECHO DE DAÑOS Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS SUJETOS INVOLUCRADOS EN LA INSERCIÓN -Y DIFUSIÓN- POR INTERNET DE CONTENIDOS LESIVOS. 2. NORMATIVA COMUNITARIA EUROPEA. 2.1. SU INTERPRETACIÓN DOCTRINARIA. 2.2. SU APLICACIÓN –E INTERPRETACIÓNJURISPRUDENCIAL.
2.3. LAS NORMAS DE TRANSPOSICIÓN NACIONALES Y SU APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL. 3. LA RESPONSABILIDAD DE LOS BLOGGERS NO PERTENECIENTES A UN MEDIO DE PRENSA POR LA INSERCIÓN DE COMENTARIOS LESIVOS EN LA JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE. 4. REFLEXIONES FINALES.
RESUMO

RESUMEN
En este artículo se propone informar sobre algunos aspectos legales y doctrinarios y sobre jurisprudencia reciente en el ámbito de Europa y los Estados Unidos, con relación a los servicios de la sociedad de la información, y más concretamente sobre los alcances de la responsabilidad por publicaciones ofensivas en Internet provenientes de periodistas y de bloggers.
Palabras clave: responsabilidad – servicios de internet y prensa – protección de datos – bloggers y libertad de expresión – real malicia y publicaciones injuriantes
1. EL DERECHO DE DAÑOS Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS SUJETOS INVOLUCRADOS EN LA INSERCIÓN -Y DIFUSIÓN- POR INTERNET DE CONTENIDOS LESIVOS
La tensión entre la libertad de expresión y los derechos que pueden verse afectados por su ejercicio encuentran respuestas bastante homogéneas en las convenciones regionales sobre derechos humanos, donde se admiten precisamente restricciones a aquella siempre que ellas se encuentren expresamente fijadas mediante
ley –entendida ésta en sentido formal- y sean estrictamente necesarias, en una sociedad democrática, para asegurar: a) el respeto a la reputación u otros derechos de
los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, la salud o la moral2
.
Estos parámetros, aplicables a cualquier medio de expresión, encuentran ciertas variantes cuando tal libertad se ejerce dentro del marco de otra libertad preferida

como lo es la libertad de prensa, criterio que es generalmente seguido en Latinoamérica en aplicación de los criterios estadounidenses, como el de la actual malice (ordinariamente traducido por “real malicia”, y que habilita la reparación del funcionario público ofendido cuando la afirmación se hizo con conocimiento de que era falsa o con temerario desprecio de si era falsa o no), que fuera establecido por la
Corte federal en el leading case “New York Times vs. Sullivan”3
, aunque implique
dotar a la prensa institucional de “algún privilegio constitucional mayor del que gozan
otros oradores”4
, ni que autorice a concluir que se esté creando una exención general
para la difamación por “cualquier cosa que pudiera ser etiquetada de opinión”5
, sean
las expresiones vertidas por medios institucionales o no institucionales6
.
El nuevo contexto tecnológico obliga a revisar la aplicabilidad actual de tales prescripciones ya que, como lo indica Cotino Hueso, actualmente resulta difícil

2 En ellas coinciden el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el art. 13 de la
Convención Americana sobre Derechos Humanos (aunque respecto de la salud y la moral, la norma
americana le adiciona la palabra “públicas” ausente en la regla europea). Discordantemente, mientras la
regla americana refiere a la protección del orden público, el convenio europeo menciona la prevención
del delito, impedir la divulgación de informaciones confidenciales y garantizar la autoridad y la
imparcialidad del poder judicial.
3
“New York Times Co. v. Sullivan”, 376 U.S. 254 (1964).
4
“Citizens United v. Federal Election Commission”, 558 US 310, 352 -2010.
5
“Milkovich v. Lorain Journal Co.”, 497 US 1, 18, 1990.
6
“Bartnicki v Vopper”, 532 US. 514, 525 y n. 8, 2001; “Cohen v Cowles Media Co.”

501 US 663,
669-70, 1991, “First National Bank de Boston v Bellotti” 435 US. 765, 782 n.18, 1978; “Henry v
Collins”, 380 US 356, 357, 1965.
distinguir material y jurídicamente a los medios de comunicación clásicos de los diferentes modos de comunicación de internet a fin de atribuirles alguna protección reforzada, pues la comunicación de masas, y la comunicación interpersonal, e incluso
en Internet los roles de informador e informado se trastocan, desde que “el público no es consumidor, sino ‘prosumidor’ (prosumer) de información, esto es, un híbrido de consumidor y productor de contenidos… El usuario ya no es simple receptor pasivo de la comunicación, sino que se convierte en muchos casos en emisor y creador de la información. Todo el mundo es editor; la ya de por sí e imprecisa figura
del periodista, redactor, editor, director, etc. acaba por ser casi imposible de concretar… hasta el momento, las respuestas constitucionales a estos nuevos fenómenos parecen anacrónicas y difícilmente proyectables para el futuro. Se hace referencia al esquema de responsabilidad del Tribunal Constitucional respecto de las
cartas al director. Los tradicionales sujetos del periodismo clásico pueden identificarse ya en muy pocos casos de los nuevos fenómenos de internet”7
.
La cuestión es tan interesante que todavía se están debatiendo en distintas latitudes, por ejemplo, qué debe entenderse por periodista y por medio de prensa en
un entorno digital (de hecho aunque no cabe duda que las versiones digitales de los medios de prensa institucionales gozan de las mismas garantías que sus versiones originales, pueden encontrarse muy interesantes debates relacionados con la eventual
asimilabilidad entre las páginas web o blogs no pertenecientes a medios de comunicación institucionalizados y éstos); a qué supuestos de las comunicaciones realizadas a través de Internet pueden extenderse las garantías típicas de la libertad de
prensa (v.gr., la confidencialidad de las fuentes de información, la prohibición de someter a esos medios a la jurisdicción federal, la aplicación de la teoría de la real malicia para juzgar la responsabilidad por informaciones agraviantes, etc.), y si son aplicables ciertas normas tuitivas previstas en favor de los particulares respecto de las

publicaciones de los medios tradicionales (como el “derecho de réplica”), a nuevas formas y espacios de comunicación, como twitter[8]
.

7 Lorenzo Cotino Hueso, “Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades
públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los “blogs”)”, en AA.VV.
Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, Facultad de Derecho de
Burgos, Burgos, 2005, disponible en línea en
http://documentostics.com/component/option.com_docman/task.doc_view/gid.7/.
8
Sobre estos dos aspectos, ver, entre otros, los artículos ubicados en
www.eluniversal.com/2010/10/31/int_art_tribunal-electoral-d_2082870;
www.ernestovillanueva.blogspot.com.ar/2013/03/derecho-de-replica-y-aclaracion-en
.html.
Acerca de los nuevos contornos del “derecho de daños en la sociedad de la información”, recuerda Peguera Poch que hacia el ámbito de las comunicaciones electrónicas se trasladaron muchas de las actividades que hasta ahora estaban enmarcadas en un escenario físico, y que n un escenario en el que ya no hay fronteras
ni largas distancias, y que en todos los momentos históricos marcados por la innovación y el progreso industrial y tecnológico, el sistema de responsabilidad civil, o en sentido más general el derecho de daños, emerge con un protagonismo especial,
estableciendo una serie de reglas que son claves para el desarrollo y puesta en marcha
de las nuevas actividades y tecnologías (nuevas fuentes de riesgos y de potenciales daños), redefiniendo con mayor precisión los supuestos resarcibles, y en qué medida,
en qué condiciones y con qué requisitos lo serán, jugando así este sistema el difícil papel de distribuir entre los diferentes sujetos implicados la carga de los costes asociados al desarrollo y a la aplicación de los nuevos progresos. Asimismo, debe establecer “los mecanismos jurídicos oportunos que incentiven a los operadores a adoptar medidas adecuadas de prevención para reducir al máximo el número de accidentes y daños… conjugando adecuadamente los intereses en presencia [y determinando] hasta qué punto una carga excesiva en términos de responsabilidad

por
daños podría poner (o no) en peligro la propia consolidación o expansión de los operadores económicos que tienen que hacer realidad la nueva economía. En otras palabras: de qué límites, en términos de responsabilidad, podrá (o no) disfrutar el prestador de un determinado tipo de servicios… en particular en los denominados servicios intermediarios de la sociedad de la información [por] la importancia decisiva de estos servicios para el funcionamiento de la red…”9
.
Algunos ordenamientos jurídicos han regulado expresa y más o menos precisamente las obligaciones que les cabe a estos servicios, a fin de brindar cierto marco de seguridad y previsibilidad a quienes los operan y a quienes pudieran ver afectados por el accionar de aquellos (v.gr., Comunidad Europea, España); otros sólo
han dictado algunas reglas limitadas para determinadas áreas, dejando amplio margen
a la jurisprudencia (v.gr., Estados Unidos), y en algunos casos sólo se han dictado normas que intentan extender ciertas garantías previas al caso de Internet (v.gr., Argentina).

9 Miquel Peguera Poch, “Mensajes y mensajeros en Internet: la responsabilidad civil de los
proveedores de servicios intermediarios” (2001), en
http://www.uoc.edu/web/esp/art/uoc/0103008/peguera.html.
En este contexto, sentencias con diferentes contenidos y a veces con sentidos contradictorios, han ido resolviendo –con mayor o menor fortuna- los principales conflictos surgidos al calor del uso de los servicios de la sociedad de la información. El objetivo de este trabajo es abordar algunas de ellas, dictadas en ordenamientos que
no cuentan con bases normativas comunes.
2. NORMATIVA COMUNITARIA EUROPEA.
En el ámbito comunitario, además de las prescripciones específicas del Convenio Europeo, se dictaron otras más específicamente relacionados con la temática sub examine, entre otras, la Directiva 95/46 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”; la Directiva

2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 08/06/00, “relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en
particular el comercio electrónico en el mercado interior”, y la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12/07/02, sobre la protección de la intimidad en el entorno digital, normas que como consecuencia llevaron a la aprobación de normas nacionales de transposición (v.gr., en España, las leyes de protección de datos de 1992 y 1999, y la de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, 34/2002).
Estas “normas marco” han sido interpretadas por la doctrina y por la jurisprudencia, aspectos de los que nos ocuparemos de inmediato, aclarando que si bien son las vigentes al momento de conclusión de este trabajo, resultaba inminente
en tal tiempo la aprobación de otras dos normas con seguro impacto en la temática, en
concreto: el “Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos)”10 y la “Propuesta de Directiva del parlamento europeo y del consejo

10 “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las
personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos
datos (Reglamento general de protección de datos)” 2012/0011 (COD), en http://www.consilium.europa.eu/es/policies/data-protection-reform/data-protection-regulaztion/. Esta
relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención,
investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y la libre circulación de dichos datos”11
.

2.1. SU INTERPRETACIÓN DOCTRINARIA

Al calor de sus principales propósitos12, la específica Directiva 2000/31/CE, en lo que aquí nos interesa, refiere a este tipo de servicios especialmente entre los arts.
12 y 14, estableciendo distintos tipos de responsabilidades según se trate de

servicios
de transmisión y acceso a los datos, de caching (el almacenamiento automático y provisional de datos) y de hosting (el alojamiento de datos), definiendo los supuestos
que configuran dicha responsabilidad y los de exención de ella.
A fin de evaluar ese sistema de exenciones de responsabilidad establecido para estos servicios, resulta relevante primeramente tener en cuenta -como lo explica Peguera Poch- que la directiva trata separadamente distintas actividades intermediarias de los “prestadores de servicios intermediarios de la sociedad de la información”, y que si bien no establece propiamente una regulación general de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios, fija a favor de tales prestadores unos ámbitos concretos de exención de responsabilidad que constituyen
una especialidad respecto del régimen general de responsabilidad, para las cuales se
ha tenido en cuenta la verdadera naturaleza de los actos que estos operadores lleven a
cabo y no sólo a la denominación que quieran dar a su actividad. Agrega que por ello,
pese a que unos datos (que conforman un mensaje) sean ilícitos, o causen un daño, y
hayan circulado por la red gracias a la intervención de un determinado prestador de servicios intermediarios (que sería el mensajero), éste no necesariamente será responsable de aquellos, ya que en la medida en que la actuación del prestador de servicios se haya limitado a la realización de operaciones puramente técnicas, pasivas

propuesta fue objeto de diversas modificaciones desde su presentación y se encuentra en un estado
avanzado en su tramitación, previéndose su aprobación antes de la finalización de 2015.
11http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2012)0010_/com_co
m(2012)0010_es.pdf
12
En concreto: a) evitar que las normativas locales diverjan de tal modo que obstaculicen el mercado
interior, provocando distorsiones en la libre competencia o dificultando los servicios

transfronterizos, y
b) fijar ciertas bases que faciliten el arribo a acuerdos voluntarios que establezcan mecanismos rápidos
y fiables para la retirada o bloqueo del acceso en relación a los contenidos ilícitos y automáticas, o en la medida en que observe determinados deberes de diligencia, la
directiva lo exime de responsabilidad, bajo ciertas condiciones13
.
Siguiendo con el esquema de análisis propuesto por el autor en función del orden normativo previsto en la Directiva, cabe ponderar primeramente que en el caso
del prestador de servicios de mera transmisión de datos (mere conduit) y de provisión
de acceso, el legislador comunitario lo exime de responsabilidad, cuando el prestador
de tales servicios: a) no haya originado él mismo la transmisión (lo que debe entenderse en el sentido de que el prestador de servicios no debe ni ser el creador del
contenido de la transmisión, ni tampoco debe ser él quien tome la iniciativa de realizar una concreta transmisión, ya que esta decisión la toma el destinatario del servicio, que es quien suministra los datos y pide que se transmitan); b) no haya seleccionado al destinatario de la transmisión, y c) no haya seleccionado ni modificado los datos de la transmisión. Exención que abarca también a las operaciones técnicas y pasivas de almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos transmitidos, siempre que este almacenamiento sirva

13 Agrega el autor que el sentido de establecer esas exenciones se basa en la posibilidad de imputación
de responsabilidad en función del nexo causal, puesto que cualquier daño concreto producido en o a
través de la red habrá tenido como una de sus concausas necesarias (o sine qua non) la actuación de un
prestador de servicios intermediarios, pues sin éste el elemento dañoso no habría podido hacerse
presente ni circular en la red. Y explica que si se tiene en cuenta la teoría de la equivalencia de las
condiciones, donde todos los factores causales concurrentes implican la responsabilidad de sus agentes,

entonces el servicio llevado a cabo por el prestador intermediario habrá constituido un elemento suficiente como para imputarle el deber de resarcir y ello llevaría a imputaciones de responsabilidad exageradas, de muy difícil justificación. Por ello, con frecuencia se ha entendido que para imputar responsabilidad no basta con que la actuación del agente haya sido un factor causal sine qua non en relación con la aparición del resultado dañoso que la víctima no esté obligada a soportar. Será necesario, además, que el daño fuera previsible. Esto es, que el agente, en el momento de llevar a cabo su acción u omisión, pudiera prever (tuviera la posibilidad razonable de prever) los resultados dañosos —considerados abstractamente— que pudieran llegar a derivarse de su actuación. Así, el agente no tendrá que responder de los daños que superen los límites de lo que era razonable prever, a pesar que su actuación haya constituido uno de los elementos necesarios del conjunto de circunstancias causales, esto es, a pesar de existir relación de causalidad entre su acción/omisión y el daño. Finaliza sosteniendo que parece, por tanto, imprescindible, a los efectos de establecer satisfactoriamente la imputación del deber de resarcir, valorar la distinta relevancia de cada una de las acciones u omisiones que han contribuido a la aparición del daño, y que en este sentido, a veces se formula la distinción entre causas próximas, que comportarían responsabilidad, y causas remotas, que no implicarían el deber de reparar, y se ha dicho también que el agente sólo podrá ser considerado responsable cuando haya desplegado una acción u omisión que constituya causa adecuada para la producción del daño, entendiendo por tal aquella acción u omisión que con gran probabilidad producirá un daño, sin necesidad de particulares alteraciones inesperadas de curso causal, por lo que, de este modo, sólo quien

ha puesto en marcha una causa adecuada deberá responder del daño, y no responderán del mismo los
agentes de aquellas otras concausas, que, no obstante ser causas sine qua non en el caso concreto, no
resultan abstractamente y ex ante adecuadas para generar responsabilidad en relación con este tipo de
daños. (Miquel Peguera Poch, “Mensajes y mensajeros en Internet: la responsabilidad civil de los
proveedores de servicios intermediarios” (2001), en http://www.uoc.edu/web/esp/art/uoc/0103008/peguera.html).
exclusivamente para ejecutar la transmisión a la red de comunicaciones, y que su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para dicha transmisión –ello
aunque advierte que esta exclusión de responsabilidad no afectará a la posibilidad de
que los tribunales o autoridades administrativas exijan a un prestador de servicios intermediarios que impida o ponga fin a una infracción (art. 12.3), de modo que si los
continua prestando ya no podrá hacer uso de la exención de responsabilidad-.
Ya con respecto al caching (almacenamiento en memoria caché), la directiva dispone que el prestador del servicio no podrá ser considerado responsable del almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, realizado con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de éstos (art. 13), siempre que no modifique
la información (art. 13.1.a) y: a) cumpla con las condiciones de acceso a la información establecidas por el propietario del sitio original (art. 13.1.b); b) cumpla con las normas relativas a la actualización de la información especificadas de manera
ampliamente reconocida y utilizada por el sector (art. 13.1.c); c) no interfiera en la utilización lícita de tecnología ampliamente reconocida y utilizada por el sector con la
finalidad de obtener datos sobre la utilización de la información –esto porque muchas
visitas se hacen en la copia caché y al titular de la web le interesa saber cómo, cuándo, quién, y sobre todo cuántas veces, se consulta su página- (art. 13.1.d); d) actúe con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o hacer que sea

imposible acceder a ella, en cuanto tenga conocimiento efectivo del hecho de que la
información ha sido retirada del lugar de la red en que se hallaba inicialmente, o de que se ha imposibilitado el acceso a la misma, o de que un tribunal o una autoridad administrativa ha ordenado retirarla o impedir el acceso a la misma (art. 13.1.d).
Además, al igual que en el caso anterior, se establece también aquí que esta exención
de responsabilidad no afectará a la posibilidad de que los tribunales o autoridades administrativas, de acuerdo con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exijan a un prestador de servicios intermediarios que impida o ponga fin a una infracción.
Finalmente, en el caso del servicio de alojamiento de datos facilitados por el destinatario del servicio de forma que puedan ser consultados a través de la red, la directiva eleva notablemente los requisitos subjetivos que deben concurrir en la actuación del prestador de servicios para que de ella no pueda derivarse responsabilidad, exigiéndole a tal fin: a) la falta de conocimiento efectivo de la ilicitud de la actividad o de la información que aloja, y en particular, ante una acción de reclamación de daños y perjuicios, no haber tenido conocimiento de hechos o de circunstancias por las cuales se revele el carácter ilícito de la actividad o de la información, y b) desplegar una actividad positiva tan pronto como el prestador de servicios tenga conocimiento de aquellos extremos; actividad que consiste en actuar
con prontitud para retirar los datos, o bien hacer que el acceso a los mismos sea imposible. Para que opere la exención debe existir una verdadera independencia entre
el prestador del servicio de alojamiento y el destinatario que lo solicita, pues si este último actúa bajo la autoridad o el control del prestador de servicios, la exención de responsabilidad no será aplicable, y como en los casos anteriores, esta exención no afecta ni la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exija al prestador de
servicios poner fin a una infracción o impedirla, ni la de que los Estados miembros establezcan procedimientos que por los que se rija la retirada de los datos o el hecho
impedir el acceso a los mismos (art. 14)14
.
También resulta pertinente advertir que, como también lo señala el autor: a) en los casos de servicios de alojamiento de datos la exención de responsabilidad del

prestador del servicio se mueve entre dos extremos: o bien el prestador no tiene conocimiento del carácter ilícito de la actividad o de la información, quedando en tal caso cubierto por la exención; o bien tan pronto como tiene conocimiento de la ilicitud desarrolla una actividad diligente de retirada de los datos o de bloqueo del acceso, con lo que resultará también cubierto por la exención; b) entre el conocimiento y el desconocimiento existe una gran zona gris, que es la situación en la
que se halla el prestador que ignora culpablemente, y razona que esta ignorancia puede a veces parecer precisamente una falta de diligencia en el sentido de no haber
tomado ninguna iniciativa para conocer si la información alojada era o no ilícita, de modo que cabe preguntarse acerca de si el régimen que establece la directiva deja espacio para que los Estados miembros impongan al prestador, como deber de diligencia, la obligación de inspeccionar o examinar los datos que aloja al efecto de conocer si la actividad o la información es o no ilícita, asunto sobre el cual concluye

14 Miquel Peguera Poch, “Mensajes y mensajeros en Internet: la responsabilidad civil de los
proveedores de servicios intermediarios” (2001), en
http://www.uoc.edu/web/esp/art/uoc/0103008/peguera.html.
el autor en que es preciso distinguir entre obligaciones de carácter general y obligaciones específicas, y entonces, de acuerdo con el artículo 15.1 de la directiva, los Estados miembros no pueden imponer a los prestadores de servicios una obligación general, ya sea de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ya sea
de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas en relación a los servicios de alojamiento, y también en los de transmisión de datos, de provisión de acceso a la red y de caching, pero igualmente la directiva no excluye la posibilidad de establecer obligaciones de supervisión que no sean de carácter general (por ejemplo obligaciones de supervisión del contenido procedente de algún sitio determinado de la red) ni pone impedimento alguno a los Estados miembros para establecer obligaciones de comunicación, ya que concretamente prevé
la posibilidad de que los Estados exijan a los prestadores de servicios de la sociedad de la información que comuniquen con prontitud a las autoridades los datos presuntamente ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo por los destinatarios de
sus servicios; o también que les impongan la obligación de comunicar a las

autoridades, a solicitud de éstas, información que permita identificar a los destinatarios de sus servicios con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento (cfr. art. 15.2), de modo que son muchos, pues, los aspectos en los que el legislador comunitario deja un amplio margen de decisión a los Estados15
.

2.2. SU APLICACIÓN –E INTERPRETACIÓN- JURISPRUDENCIAL

En los asuntos de “Google France” y “Louis Vuitton”, la Gran Sala del Superior Tribunal de Justicia de la Unión de la Unión Europea, en sentencia del 23/03/10 señaló que el art. 14 de la Directiva 2000/31/CE “debe interpretarse en el sentido de
que la norma que establece se aplica al prestador de un servicio de referenciación en
Internet cuando no desempeñe un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados. Si no desempeña un papel de este tipo, no puede considerarse responsable al prestador de los datos almacenados a petición del anunciante, a menos que, tras llegar a su conocimiento la ilicitud de estos datos o de
las actividades del anunciante, no actúe con prontitud para retirar los datos o hacer

15 Miquel Peguera Poch, “Mensajes y mensajeros en Internet: la responsabilidad civil de los
proveedores de servicios intermediarios” (2001), en
http://www.uoc.edu/web/esp/art/uoc/0103008/peguera.html.

que el acceso a ellos sea imposible”16
.

En 16/02/12, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió una cuestión prejudicial en la cual se declaró contrario a la normativa comunitaria el requerimiento
judicial que ordenara a un prestador de servicios de alojamiento de datos establecer
sistemas de filtrado para bloquear la transmisión de archivos que vulneraran los derechos de autor, porque ello podría vulnerar la libertad de información, “dado que se corre el riesgo de que el citado sistema no distinga suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, por lo que su establecimiento podría dar lugar al bloqueo
de comunicaciones de contenido lícito”17
.

En 13/05/14, en “Costeja” el Superior Tribunal de Justicia de la Unión Europea

dictó sentencia en el asunto relacionado con Google Spain SL y Google Inc, la Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González, y en esencia dispuso: a) la actividad de los motores de búsqueda como Google constituye un tratamiento de datos de carácter personal, del que es responsable el propio motor, dado que éste determina los fines y los medios de esta actividad, que consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado; b) ese tratamiento está sometido a las normas de protección de datos de la Unión Europea, dado que Google
ha creado en un Estado miembro un establecimiento para la promoción y venta de espacios publicitarios y cuya actividad se dirige a los habitantes de ese Estado; c) las
personas tienen derecho a solicitar del motor de búsqueda, con las condiciones establecidas en la Directiva de protección de datos, la eliminación de referencias que
les afectan, aunque esta información no haya sido eliminada por el editor ni dicho editor haya solicitado su desindexación; en caso de no atenderse su solicitud, las personas tienen derecho a recabar la tutela de la AEPD y de los Tribunales; d) el derecho a la protección de datos de las personas prevalece, con carácter general, sobre
el “mero interés económico del gestor del motor de búsqueda” salvo que el interesado
tenga relevancia pública y el acceso a la información esté justificado por el interés público; e) a fin de viabilizar el pedido se tiene que analizar en concreto “si el interesado tiene derecho a que la información en cuestión relativa a su persona ya no

16 Asuntos acumulados C-236/08 y C-238/08.
17 Asunto C-360/10.

esté, en la situación actual, vinculada a su nombre por una lista de resultados obtenida
tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre, sin que la apreciación de la existencia de tal derecho presuponga que la inclusión de la información en cuestión en
la lista de resultados cause un perjuicio al interesado; f) puesto que éste puede, habida
cuenta de los derechos que le reconocen los artículos 7 y 8 de la Carta, solicitar que

la
información de que se trate ya no se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en tal lista de resultados, estos derechos prevalecen, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en acceder a la mencionada información en
una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona; g) Sin embargo, tal no sería
el caso si resultara, por razones concretas, como el papel desempeñado por el interesado en la vida pública, que la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate", y h) de cumplirse los requisitos para el ejercicio de estos derechos, "el gestor de un motor de búsqueda está obligado a
eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, también en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de estas páginas web, y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita".
Ya en el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Sala Primera
de este tribunal y luego la Gran Sala dictaron –en 2013 y 2015, respectivamente- dos
sentencias concordantes en "Delfi AS vs. Estonia", al evaluar la responsabilidad de los portales de información frente a los comentarios que realizan los lectores a noticias publicadas en el sitio, confirmando la condena que realizaron los tribunales nacionales estonios, sentencia que se alinea con la teoría -que se utiliza tanto en lo civil como en lo penal- que responsabiliza a quien, debiendo sospechar una violación
a la ley, decide no investigar –conocida como la de la "ceguera voluntaria" (willful blindness)-, que ha tenido recepción normativa en el ámbito penal, en el art. 28 del Estatuto de Roma18 y en el caso "Hard Rock Café"19
.

18 En lo pertinente, la norma dispone: "Responsabilidad de los jefes y otros superiores… Además de
otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la
competencia de la Corte… 2. En lo que respecta a las relaciones entre superior y

subordinado distintas
de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes… que

El caso originado en Estonia se relacionó con el más importante portal de noticias de ese país (“Delfi.ee”), que fue localmente condenado a abonar una indemnización a un particular perjudicado por comentarios enviados por varios lectores al portal y publicados en el sector precisamente destinado a insertar dichos comentarios relacionados.

La noticia que desató tales comentarios fue un artículo que el portal titulara “SLK broke the planned ice route”, en el cual se daba cuenta de la destrucción accidental de una carretera de hielo que, en invierno, une el continente con algunas islas, y se indicaba como responsable a la empresa de ferris SLK, que cubre el mismo
trayecto y que resultaba directamente beneficiada por el hecho (con perjuicio notorio
para la comunidad puesto que el costo de ese servicio era mayor al que se tenía si se
cruzaba por aquella carretera). Tal publicación –como era lógico esperar- desató muchos comentarios de los lectores, entre ellos una veintena injuriosos y que apuntaban contra el principal accionista de la empresa (refiriendo incluso a su origen
judío), quien solicitó y obtuvo (en el mismo día en que lo pidió) el retiro de esos comentarios insultantes, pero también pretendió que el portal se hiciera cargo de una
indemnización (a la cual no accedió) de unos 32.000 euros por daños morales.

Al tiempo de los hechos, entre las múltiples funciones que tenía el portal, se permitía a los lectores enviar comentarios sobre los artículos publicados y se los publicaba sin requerirles identificación a los remitentes y de manera automática, aunque existían algunas medidas tendientes a prevenir daños provocados por esos comentarios, en concreto al disponerse de: a) un filtro de mensajes que automática y
previamente a la publicación detectaba los que contenían palabras inapropiadas y los
descartaba, y b) un sistema de eliminación inmediata de mensajes perjudiciales, que
se activaba a partir de la notificación del carácter ofensivo de los mensajes y del cual
podía hacer uso tanto el ofendido como cualquier lector.

hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber
ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando: a) Hubiere tenido conocimiento o
deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los
subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos…”
19 En el caso, proveniente de la jurisprudencia estadounidense, el Séptimo Circuito aplicó este criterio a
la responsabilidad de un operador de un mercado de pulgas, donde se vendían mercaderías falsificadas
de la marca “Hard Rock Café”, el tribunal sostuvo que si bien no había ninguna prueba directa de que
hubiese tenido conocimiento efectivo de esas ventas, el administrador era concurrentemente
responsable con los vendedores de esas mercaderías si se encontraba que permitió la consumación de
esos actos ilícitos dentro de sus instalaciones si tenía razones para saber que se estaba actuando o se
actuaría ilegalmente (“Hard Rock Café”, 955 F. 2d 1143)
Tramitado el pleito en Estonia, la demanda fue primeramente rechazada en baja instancia por considerar al portal exento de responsabilidad a la luz de la Directiva Europea sobre Comercio Electrónico. Sin embargo, tal criterio no fue confirmado en segunda instancia, lo que llevó al dictado de un nuevo fallo de primera instancia, que
fuera luego confirmado por la Alzada y por el Tribunal Supremo de Estonia, y en el cual se entendió que a Delfi no le eran aplicables las exenciones de responsabilidad previstas en tal directiva y por ello debía considerársela autora de los comentarios escritos por los lectores y no un intermediario neutro, ya que invitaba a los usuarios a
enviar comentarios, de modo que debía considerarse proveedor de contenidos y no prestador intermediario de servicios de la sociedad de la información, y para que las exenciones de la Directiva le fueran aplicables el proveedor no debía tener conocimiento ni control sobre la información transmitida o almacenada, cosa que no ocurriría en este caso, ya que Delfi tenía ese control a punto que podía retirarlos si así
lo decidía mientras que el usuario no podía ni modificar ni borrar sus propios comentarios una vez publicados. Se evaluó especialmente que resultaban

insuficientes
los mecanismos adoptados para eliminar la responsabilidad de Delfi, y que en el caso
se vulneró la obligación legal de evitar la causación de daños a terceros al permitirse
la publicación de los comentarios y no retirárselos por propia iniciativa, y en consecuencia se la condenó por incurrir en culpa in vigilando, fijándose la indemnización en una cifra muy poco significativa (320 euros, en concreto una suma
diez veces inferior a la pretendida).
La decisión fue recurrida por Delfi ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), argumentando que se vulneraba su derecho a la libertad de expresión (art. 10, CEDH) y que al generarse esa obligación de censura preventiva de
los comentarios de terceros se vulneraba su derecho a “comunicar informaciones o ideas”.
Al resolver el asunto, la Sala Primera del TEDH (cuya decisión fue luego recurrida ante la Gran Sala del Tribunal) señaló preliminarmente que no era su tarea
sustituir a los tribunales nacionales en el rol de interpretar su legislación interna, y que
en el caso se daban las condiciones previstas en la Convención Europea de Derechos
Humanos para que se produjera una interferencia aceptable a la libertad de expresión,
desde que estaba en juego la reputación de una persona que resultó aludida en los comentarios, y por ello rechazó el recurso sosteniendo que para que tal libertad de expresión, en cabeza de Delfi (en el sistema europeo las personas jurídicas están legitimadas para acceder al tribunal comunitario) pueda ser interferida, la limitación debe estar: a) prevista por la ley; b) obedecer a uno de los motivos legítimos considerados en dicho precepto, y c) resultar necesaria en una sociedad democrática
(art. 10.2 CEDH), condiciones que a entender del tribunal efectivamente se habían acreditado en el caso concreto20
.
En realidad, el Tribunal no analiza si a partir del Convenio, existe una obligación general de impedir los comentarios difamatorios sino que se limita a considerar si la interferencia ha sido proporcionada en el caso concreto, y entiende

que, al publicar el artículo sobre los ferris, Delfi tenía que haberse dado cuenta de que
podría originar reacciones negativas por parte del público en contra de la empresa de
ferris, y que existía un riesgo mayor al habitual de que los comentarios se excedieran
de los límites de la crítica aceptable, incurriendo en injurias, de modo que “era
esperable que en las circunstancias del presente caso [Delfi] ejerciera una cierta
cautela para no ser declarada responsable de una infracción de la reputación de otras
personas”, aunque se dice que, en función de las medidas técnicas que había
adoptado, Delfi no fue completamente negligente en su deber de evitar causar daño a
la reputación de terceros, y reconoce que en cuanto el agraviado notificó a Delfi la
presencia de los comentarios dañinos, el portal los retiró sin demora, pero estuvieron
accesibles durante seis semanas. “[Delfi] -y no la persona cuya reputación pudiera
estar en juego- estaba en condiciones de saber que se publicaría un artículo, de
predecir la naturaleza de los posibles comentarios suscitados por el mismo y, sobre
todo, de adoptar las medidas técnicas o manuales para impedir que se publicaran
manifestaciones difamatorias”.
Agrega que el portal tendría interés en que hubiera muchos comentarios, porque

20 Sobre el primer aspecto (la previsión de ley), el tribunal no entra a valorar si la responsabilidad de
Delfi debería haber quedado excluida en virtud de las normas sobre responsabilidad de los
intermediarios derivadas de la Directiva de Comercio Electrónico, sino que señala que los tribunales
nacionales han llegado a la conclusión de que tales normas no eran de aplicación a Delfi, por carecer de
la necesaria neutralidad, y que el TEHD no puede suplir a los órganos domésticos en esta valoración,
limitándose su papel a valorar si los efectos de sus resoluciones son incompatibles con el Convenio,
por lo que se cumplía con el recaudo de excepción prevista en ley si la imputación de la
responsabilidad se basa en las leyes estonias, y según ella Delfi es un medio de

comunicación y por
ello debe ser responsable de cualquier manifestación difamatoria que se realice, resultaba aplicable tal
régimen como empresa periodística.
Sobre el segundo aspecto (la existencia de alguno de los motivos legítimos), el tribunal lo encuadra en
el objetivo de “la protección de la reputación o de los derechos ajenos”.
Por último, entiende que efectivamente la restricción es una medida necesaria en una sociedad
democrática según lo entiende Estonia.
estos atraen audiencia y por tanto publicidad, y que dada la dificultad de su identificación, no resultaba factible la alternativa de demandar a los ignorados autores
de los comentarios, siendo “decisión de la compañía recurrente la de admitir comentarios de usuarios no registrados, y que al hacerlo debe entenderse que ha asumido una cierta responsabilidad por dichos comentarios”. Por lo demás, dijo el tribunal que si bien existe una gran facilidad para publicar en la red y por ello gran cantidad de información que hace difícil detectar y retirar mensajes difamatorios, lo que hace que esta tarea sea ardua para el operador de un portal de noticias, aún es más
gravosa para la persona potencialmente agraviada, que carecerá de los medios para
supervisar continuamente la red.
El tribunal ponderó por último que las consecuencias que del fallo se derivan
para el portal no son especialmente gravosas, ya que: a) los tribunales domésticos no
le obligan a establecer medidas concretas, sino que dejan a su criterio el modo de impedir la publicación de comentarios injuriosos, y b) la cuantía de la indemnización fue escasa; c) se está ante un operador profesional del portal.
Dictado el fallo, Delfi solicitó la revisión del caso ante la Gran Sala, recurso que fue apoyado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Ghent (Human
Rights Centre –HRC- of Ghent University) a través de una carta dirigida a la Corte y firmada conjuntamente por organizaciones de 69 medios de comunicación, empresas
de Internet, grupos de derechos humanos e instituciones académicas, en la cual se señalaba que la sentencia tendría repercusiones adversas graves para la libertad de expresión y en la apertura democrática en la era digital. El 17/02/14 el panel de

cinco
jueces, en aplicación del artículo 43 de la Convención decidió la remisión del caso a la Gran Sala, que en su sentencia de 16/06/15 confirmó lo decidido, convalidando lo que a su criterio era una justificada y proporcionada restricción a la libertad de expresión a un portal de noticias que en definitiva no había adoptado medidas suficientes para eliminar una veintena de comentarios ofensivos pese a que era gestionado por profesionales y con una base comercial.
La Gran Sala compartió la opinión de que Delfi era responsable, como editor, de haber hecho accesible por algún tiempo los comentarios groseramente insultantes
en su sitio web, ya que Delfi ejercía un grado sustancial de control sobre los comentarios publicados en su portal y su rol fue “más que meramente pasivo, puramente proveedor de servicio técnico” (§ 146). Hizo además alusión a los “deberes
y responsabilidades” de los portales de noticias de Internet en el marco del art. 10 § 2
de la Convención, cuando se proporciona, con fines económicos, una plataforma para
comentarios de los usuarios y algunos de ellos -identificados o anónimos- participan en ella con expresiones que afectan a los derechos de la personalidad de los demás e
incitan al odio y a la violencia contra ellos21
.
La Gran Sala afirmó además que esta restricción justificada y proporcionada a la libertad de expresión del portal está de acuerdo en que la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, que transpone la Directiva sobre el comercio electrónico
(2000/31 / CE) a la legislación estonia, incluidas las disposiciones sobre la responsabilidad limitada de los ISP, no se aplica al presente caso ya que esta última relacionada con las actividades de una naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, mientras que las actividades de Delfi reflejan los de un editor de medios, la ejecución de un portal de noticias de Internet.
Dijo también que la injerencia de las autoridades estonias en la libertad de expresión de Delfi era suficientemente previsible y justificada por el objetivo legítimo
de proteger la reputación y los derechos de los demás, ello más allá de los importantes
beneficios que se pueden derivar del uso de internet en el ejercicio de la libertad de

expresión, porque las afirmaciones difamatorias y otros tipos de discursos ilegales deben, en principio, ser retenidos, y constituyen un remedio eficaz para evitar violaciones de derechos de la personalidad.
Se hizo hincapié en la decisión en que el portal era gestionado por profesionales y sobre una base comercial, con un importante grado de control sobre los comentarios
y que pese a ello se publicó un reportaje en el que se invitó a los lectores a opinar sobre ellos, habiendo descuidado –aunque no por completo- su obligación de no causar daños a terceros (se destaca que los comentarios permanecieron durante seis
semanas), ya que el filtro basado en el control de las palabras utilizadas falló para seleccionar y eliminar las expresiones evidentes de odio que incitaban a la violencia publicadas por los lectores (contenidos no amparados por el art. 10 de la Convención),

21 En este aspecto, señaló el tribunal: “Donde los comentarios de los usuarios respecto de terceros se
realizan en forma de expresiones de odio y amenazas directas a la integridad física de las personas, tal
como se entiende en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (…), los derechos e intereses de terceros
y de la sociedad en su conjunto puede dar derecho a los Estados contratantes a imponer responsabilidad
en los portales de noticias de Internet, sin contravenir el artículo 10 de la Convención, si no toman
medidas para eliminar los comentarios claramente ilegales sin demora, incluso sin previo aviso de la
presunta víctima o de terceros”(§ 159)
sin que en el caso se observaran metáforas sofisticadas, significados ocultos o amenazas sutiles.
Agregó la Gran Sala que un portal de noticias grande tiene la obligación de tomar medidas efectivas para limitar la difusión de mensajes de odio e incitación a la
violencia, y que la capacidad de una víctima potencial del discurso del odio para monitorear continuamente los contenidos de Internet es más limitado que la capacidad
de un gran portal de noticias de Internet, de carácter comercial, para prevenir o eliminar dichos comentarios rápidamente, y finaliza destacando que la

compensación
de € 320 que Delfi había visto obligado a pagar por concepto de daño inmaterial, no debía ser considerado como una interferencia excesiva con el derecho a la libertad de
expresión de la compañía de medios.
También el tribunal consideró que lo resuelto en el caso Delfi no concierne a "otros foros en Internet" donde los comentarios de terceros pueden ser difundidos, por
ejemplo, un foro de discusión o un tablón de anuncios donde los usuarios pueden libremente exponer sus ideas sobre cualquier tema si la discusión no se canaliza mediante el gerente del foro, de modo que la constatación del Gran Sala no es aplicable a una plataforma de medios sociales en el que el proveedor de la plataforma
no ofrece ningún contenido ni al caso en el que el proveedor de contenidos sea una persona privada que lleva como hobby un sitio web o un blog, que no se asemejan a
un portal de noticias de Internet gestionado por profesionales y sobre una base comercial, aunque como los dos jueces discrepantes observan: "La libertad de expresión no puede ser una cuestión de una afición".
Finalmente, la Gran Sala resaltó que en el caso el carácter ilegal de los comentarios no requerían ningún análisis lingüístico o jurídico por parte de Delfi, de modo que la sentencia impone una forma de "censura privada", sino que requiere la
adopción de medidas de interferencia y remoción de contenido tomadas por iniciativa
de los proveedores de plataformas en línea, a fin de proteger los derechos de las personas afectadas, lo que crea un nuevo paradigma para los medios de comunicación
participativos en línea22
.

22http://strasbourgobservers.com/2015/06/18/delfi-as-v-estonia-grand-chamber-confirms-liability-ofonline-news-portal-for-offensive-comments-posted-by-its-readers/.

2.3. LAS NORMAS DE TRANSPOSICIÓN NACIONALES Y SU APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL

Como se expresó supra, las Directivas europeas obligan a la adaptación o, en su caso, al dictado, de normativas nacionales compatibles con aquella.
En este contexto, v.gr., la "Multimedia Act" alemana establece diferentes tipos

de responsabilidades según se trate de Information Providers (que tienen plena responsabilidad por los contenidos) o de Hosting Providers o de Access Providers, que sólo lo son si tienen conocimiento de los contenidos y no tomaron las medidas técnicas adecuadas frente a tal conocimiento; que en la jurisprudencia inglesa, como
lo relata Melo se sigue este mismo criterio23. Y en España, la “Ley de Servicios de la
Sociedad de la Información y Comercio Electrónico” (LSSICE, n° 34/02, modificada por la ley nº 56/07), establece una serie de reglas que rigen el accionar de los servicios de la sociedad de la información y fija los supuestos en los cuales incurren en responsabilidad (arts. 11 a 17, que refieren al deber de colaboración de los prestadores; a la responsabilidad de éstos; de los operadores de redes y proveedores
de acceso; de los que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios;
de los que prestan servicios de alojamiento o almacenamiento de datos y de los que facilitan enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda).
En la jurisprudencia francesa, tal como lo destaca Lipszyc, en “Lynda L. y otros c. Société Multimania Production –medida cautelar–” la Corte de Apelaciones de Versailles, 12e. Chambre, en 08/06/00 con motivo de la transmisión en línea, sin autorización, de fotografías de la accionante en condiciones que involucraban su derecho a la imagen, destacó que: a) la responsabilidad principal del proveedor de contenidos del sitio web “no excluye que se investigue si el comportamiento erróneo
del prestador de alojamiento no ha contribuido a causar el perjuicio a la víctima”; b) “a una sociedad que provee alojamiento le cabe la obligación de vigilancia y de prudencia en cuanto al contenido de los sitios que acoge” y dicha obligación de vigilancia y de prudencia “se traduce en una obligación de medios referida a las

23 Ver: Metropolitan International Schools Ltd. (t/a Skillstrain and/or Train2game) v Designtechnica
Corp (t/a Digital Trends) & Ors, Court of Appeal – Queen’s Bench Division, July 16, 2009, [2009]
EWHC 1765 (QB), texto completo en
http://www.5rb.com/case/Metropolitan-International-SchoolsLtd-v-%281%29-Designtechnica-Corporation-%282%29-Google-UK-Ltd–%283%29-Google-Inc,
cit
por Verónica E. Melo, “Responsabilidad civil del buscador de Internet por contenidos

de terceros”, en
El Derecho – Rosario Digital, publicación del 26/08/13, en
https://www.google.com.ar/#q=ver%C3%B3nica+melo+Responsabilidad+civil+del+buscador+de+Inte
rnet+por+contenidos+de+terceros.
precauciones y los controles a emplear para prevenir o hacer cesar el almacenamiento
de mensajes contrarios a las disposiciones legales vigentes o perjudiciales a los derechos de a los derechos de terceros afectados”; c) “esta obligación de medios, que
no implica el examen general y sistemático de los contenidos de los sitios alojados, sin embargo debe traducirse, en la etapa de la formación del contrato con el cliente creador del sitio, en medidas preventivas tales como la prohibición del anonimato o de la no identificación, la adhesión a las reglas de conducta y cualquier otro procedimiento que estimule el respeto a los textos legales y los derechos de las personas, y, en la etapa de la ejecución del contrato, en las diligencias apropiadas para
detectar cualquier sitio cuyo contenido sea ilegal, ilícito o perjudicial, a fin de inducir
a la regularización o proceder a la interrupción de la prestación”, y d) “al margen de los casos en que sean requeridas por la autoridad pública o por resolución judicial, tales diligencias deben ser espontáneamente encaradas por la sociedad proveedora de
alojamiento desde el momento en que tiene conocimiento o es informada de la ilegalidad o del carácter dañoso del contenido de un sitio o, cuando las circunstancias
o modalidades de realización, evolución o consulta de un sitio –que debe vigilar mediante instrumentos, métodos o procedimientos técnicos de análisis, de observación y de investigación– le creen sospechas sobre el contenido”24
.
En España, las reglas comunitarias no sólo han sido objeto de aplicación por los tribunales españoles como veremos inmediatamente, sino también por la Agencia Española de Protección de Datos, que, v.gr., avaló la decisión de Google Spain de responder negativamente al ejercicio del derecho de oposición articulado por un particular respecto de una noticia que lo afectaba – y que no podía considerarse ni inexacta ni obsoleta- y por el cual pretendía la desindexación de 75 enlaces en los que
se daba cuenta de que pesaba sobre él un auto de prisión dictado en 2009

vinculado
con un caso de narcotráfico25. Por su parte, la jurisprudencia española ha interpretado

24 Delia Lipszyc, “Responsabilidad de los proveedores de servicios en línea por las infracciones del
derecho de autor y derechos conexos en el entorno digital: análisis de la jurisprudencia internacional”,
documento OMPI-SGAE/DA/ASU/05/7, en
http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_sgae_da_asu_05/ompi_sgae_da_asu_05_7.pdf.
25 En el marco del procedimiento nº TD/00284/2012, la AEPD, mediante resolución nº R/01754/2012
sostuvo que el denominado “derecho de olvido” no puede convertirse en un instrumento indiscriminado
de reescritura de hechos pasados y que la relevancia pública de los hechos narrados y la cercanía
temporal de dichos hechos ameritaban la desestimación de la reclamación, resultando además que entre
las direcciones web que se pretendían desindexar figuraban blogs y medios de comunicación. Agregó,
respecto de los comentarios introducidos en los blogs de Internet por particulares, que el ejercicio del
derecho para que se supriman del blog sus datos de carácter personal unidos a los comentarios que
sobre él se realizan, debe ejercitarse ante el responsable del fichero, de modo que no procede exigir a
reiteradamente las normas comunitarias -aunque no siempre de manera uniforme-, en
un contexto donde al calor de los arts. 13 y 17 de la LSSICE y del art. 15 de la Directiva 2000/31/CE, se busca responsabilizar a estos servicios por los contenidos ajenos que transmiten, alojan o a los que facilitan acceso, sólo cuando toman una participación activa en su elaboración o cuando, conociendo la ilegalidad de un determinado contenido, no actúan con celeridad para retirarlo o impedir el acceso. Explica al respecto Turiño que al interpretar el juego de estas normas, originariamente los tribunales españoles habían configurado una tímida doctrina respecto del alcance del supuesto del “conocimiento efectivo”, donde se requería alguna declaración de órgano competente previa a la demanda en la que se

establezca
la ilicitud de los datos almacenados o que se ha producido la lesión de los derechos[26]
,
pero luego, tal tendencia primitiva cambió cuando el Tribunal Supremo entendió que
dicho conocimiento “no está limitado a los supuestos en los que un órgano competente haya declarado previamente a la demanda la ilicitud de los datos almacenados o que se ha producido la lesión de los derechos de los actores, ordenado
la retirada de contenidos, sino que, conforme a la normativa interna y comunitaria, pueden existir otros medios de conocimiento efectivo, como cuando existan circunstancias que posibiliten, aunque sea mediatamente o por inferencias lógicas al
alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate”[27]
,
quedando ratificado en este contexto la línea que considera que un operador de Internet puede ser responsable de actuaciones de terceros si, por cualquier medio, conoce de su ilicitud y no actúa prontamente en resguardo de los derechos de los afectados[28]
.
Así, v.gr., en el caso “Ramoncín vs. alasbarricadas.org”, el 10/02/11 la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, mediante Sentencia n° 72/2011, analizó el supuesto en

Google la eliminación de los citados datos al no ser él el responsable del blog, resultando los
comentarios introducidos en los blogs de Internet por los particulares una manifestación de la libertad
de expresión proclamada que la Constitución reconoce para cualquier medio, incluso autocreado, de
divulgación (sentencia del Tribunal Constitucional 12/82).
(http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/tutela_derechos/tutela_derechos_2012/common/pdf
s/TD-00284-2012_Resolucion-de-fecha-09-07-2012_Art-ii-culo-16-LOPD.pdf)
26 Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª, de 19/02/10 en el caso “particulares c/
Google” o el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 9 de Barcelona, de 27/03/03, en

el caso
“ajoderse.com c/Ono”.
27Doctrina que se fijó a partir del caso “putasgae.com” (sentencia nº 773/2009) y se reiteró en los casos
“quejasonline.com” (sentencia nº 316/2010) y “alasbarricadas.org” (sentencia nº 72/2011).
28Alejandro Turiño, en Revista Digital ElDerechoInformatico.com, Edición Nº 8, Julio de 2011, en
http://www.elderechoinformatico.com/index.php?option=com_content&view=article&id=678:iquienes-responsable-en-internet-por-alejandro-tourinno&catid=85:articulos&Itemid=107.
el cual se publicaron, respecto de un cantante a su vez miembro de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) una serie expresiones agraviantes (se lo trataba como “gilipollas”, “tocapelotas”, “imbécil”, “payaso”, etc.) provenientes de miembros del “Foro anarquista para el debate y contacto directo entre compañer@s”
y se remitía, en un enlace externo, a una fotografía manipulada. El afectado solicitó el
retiro de los contenidos agraviantes, pero ello sólo se efectivizó con el traslado de la demanda y sin que existiera resolución judicial alguna que lo ordenara.
El tribunal señaló que tanto las expresiones vertidas en la “web”, como la fotografía adjunta, implican una clara y evidente lesión al honor del actor, pues excede de la mera crítica o puesta en conocimiento de los demás de una simple información, dado que los mensajes y expresiones son claros insultos, incluso amenazantes para su integridad física, dirigidos simplemente a la vejación y menosprecio del afectado que implican un menoscabo en la fama, buen nombre y prestigio profesional, con independencia de que el mismo haya tenido o mantenga posiciones controvertidas de cara al público, sujetas a crítica y opinión, por la misma
posición pública asumida voluntariamente, sobre todo en las polémicas cuestiones referidas a la SGAE.
Se agregó que es absurdo, en el actual mundo de las telecomunicaciones, caracterizado por la facilidad y rapidez de difusión de los datos, remitir al perjudicado
a la previa obtención de una declaración formal de ilicitud cuando la intromisión en el
derecho fundamental al honor es tan notoria por la calidad de las expresiones utilizadas, y la ilicitud de los materiales alojados es evidente por sí sola desde que

no
depende de datos o información que no se encuentran a disposición del intermediario,
y por ello el prestador del servicio incurre en responsabilidad por no haber cumplido con el deber de diligencia a fin de detectar y prevenir determinados tipos de actividades ilegales.
Se aclaró además que, tal como lo ha destacado la Audiencia Provincial de Madrid en sentencias del 20/12/05 y 06/02/06, el derecho de crítica a la figura del actor en su actividad profesional no ampara ni la fotografía que lo representa con la cabeza cortada ni los ofensivos insultos a la persona misma manifestados por los usuarios de la web sus opiniones, ya que si bien el juicio sobre la actividad y la idoneidad profesional no constituye de suyo una intromisión ilegítima al honor, sí lo es cuando, evaluando las publicaciones dentro del contexto, el lugar y ocasión en que
se vertieron, ellas exceden de la libre evaluación y calificación de la propia labor profesional para encubrir una mofa o descalificación de la persona misma, a través de
un lenguaje que se aparta de la neutralidad que supone criticar constructivamente.
A la luz de dicha doctrina y de las previsiones de la LSSICE, se evaluó que por parte del demandado se habían vulnerado las obligaciones impuestas por dicha norma, desde que si bien en principio no debe responder del contenido de las comunicaciones remitidas por terceros a su página web mientras no tenga conocimiento efectivo de que las mismas son ilícitas o lesionan bienes o derechos de
distinta persona susceptibles de indemnización; sin embargo sí le es exigible una diligencia mínima para que, de producirse alguna de las situaciones descritas, pueda
el perjudicado comunicarse con él de forma fácil y directa para interrumpir la publicación de aquellas manifestaciones verbales o fotográficas que le resulten lesivas, diligencia (prevista en el art. 10 de la LSSICE) que no observó ya que no actualizó los datos del registro que aportó a los organismos administrativos reguladores de su actividad, a efectos de registrar su dominio, y no se corresponden
con su actual domicilio, como así tampoco probó (como le compete una vez verificada la lesión a un derecho fundamental al invertirse la carga de la prueba) que
la dirección de correo electrónico aportada fuese efectiva para contactar con él ni que

fuera imposible contar con un moderador o con filtros de contenidos, lo que implicó asumir y colaborar en la difusión de los mensajes y en prolongar indebidamente en el
tiempo su difusión.
Más recientemente, en “SGAE vs. merodeando.com” se planteó una demanda por “atentado al honor” contra la entidad actora (lo que es perfectamente viable ya que la LSSICE se aplica también a las personas jurídicas), a partir de la publicación, por parte del autor del blog, de una breve entrada titulada “SGAE=ladrones” donde se
refería al Google bombing que una web acababa de iniciar y que tenía por objeto relacionar, como criterio de búsqueda en Google, a la web de la SGAE con la palabra
“ladrones”.
La entrada recibió un buen número de comentarios de los lectores del blog, incluidos muchos despectivos hacia la SGAE, por lo que la entidad remitió un burofax al titular del blog instándolo a que inmediatamente procediera la eliminación
del artículo y sus comentarios incluidos en su página web y frente al incumplimiento,
inició la demanda.
La sentencia de primera instancia -en argumentos confirmados en segundacondenó al demandado a retirar los contenidos denunciados y a indemnizar a la actora con la suma de 9.000 euros, afirmándose que el blogger fue “una suerte de colaborador necesario”, y que “es claro y evidente (…) que las declaraciones objeto de denuncia, no son realizadas en su integridad por el demandado, quien sí interviene
contestando en ocasiones, mas se corresponden con una línea argumentativa que se
inicia con la información que el mismo ofrece en el blog que marca e insta a que se viertan opiniones sobre la actuación de la actora que finalmente sobrepasan los límites de una denuncia para derivar en manifestaciones atentatorias a su honor y dignidad tutelables en el ámbito de la ley 1/82”.
El Tribunal Supremo, en sentencia n° 742/2012 de 04/12/12, revocó la sentencia de primera instancia, y en consecuencia rechazó la demanda por entender
que si bien en abstracto no se cumplió con el requisito de actuar con diligencia para “retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos”, o para “suprimir o inutilizar el enlace correspondiente”, en realidad: a) la expresión “ladrones” en el lenguaje

coloquial no necesariamente refiere a conductas delictivas, sino que abarca también la
obtención de beneficios ilegítimos, pero legales y b) si bien dicha expresión podría resultar literal y aisladamente inadecuada, al ser puestos en relación con la información difundida y dentro del contexto en el que se produjeron, esto es, de crítica a la actividad desarrollada por una entidad, no llegan al extremo de impedir el
carácter prevalente del derecho a la libertad de expresión sobre el derecho al honor.
Como lo indica Peguera Poch al comentar el fallo, el tribunal reiteró la doctrina ya fijada en sentencias previas (casos “asociación de internautas”, “quejasonline” y “alasbarricadas”) a favor de una interpretación amplia de la noción de conocimiento efectivo y dio por supuesto que el demandado lo obtuvo dado que en su propia página
se indica, a través de enlaces, cómo acceder a otras en las que se proporciona una información explícita sobre la actividad comercial desempeñada por la SGAE y la condición de “ladrones” atribuida, pero novedosamente se extiende la interpretación
del “conocimiento efectivo” del art. 16 LSSICE al supuesto de los enlaces, previstos por el art. 17 LSSICE, ya que si bien la definición de dicho conocimiento es idéntica en ambos preceptos, el principal argumento del TS para defender la tesis no limitativa
en la sentencia del caso “asociación de internautas” fue que una interpretación estricta
sería contraria a la Directiva, cosa que puede sostenerse en relación con el art. 16, pero no en relación con el art. 17, pues la Directiva no contempla el supuesto de los enlaces29
.
En sentencia aún más reciente, en el caso “Ramoncín vs. eleconomista.es” y en sentencia 1441/13, del 26/02/13, la Sala Civil del Tribunal Supremo abordó la responsabilidad del titular de un medio de comunicación en entorno web por comentarios indudablemente vejatorios enviados por usuarios en un foro de debate abierto de la edición digital del periódico “El Economista” y en relación a la noticia titulada “Los usuarios de Facebook fusilarán virtualmente a Ramoncín”, que obviamente también dirigidos contra ese personaje público miembro del SGAE y que
lo eran a tal punto que el Tribunal anonimizó su identidad -no con mucha suerte, por

el estado público del caso y las características del personaje demandante.
El núcleo de la discusión se afincó en el nivel de diligencia exigible a la web y la aplicación del régimen de exclusión de responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento de datos previsto en el art. 16 LSSICE.
En primera instancia se condenó al demandado a indemnizar con 10.000 euros al actor ya que a pesar de que no quedaba acreditado que el titular de la web hubiera
tenido conocimiento efectivo puesto que la intimación no fue recibida ya que no se dirigió precisamente al demandado sino al periódico y lo había enviado la SGAE y no
el afectado, no puede valerse de la exclusión de responsabilidad porque no agotó la diligencia que le era exigible.
La sentencia fue revocada por la Alzada al ponderarse que no hubo falta de diligencia, pero el Tribunal Supremo entendió, en consonancia con lo sostenido por el
fiscal en el recurso de casación, que hubo conocimiento efectivo del contenido vejatorio de las opiniones vertidas contra el actor, por ser éste notorio y evidente, de
modo que no podía la demandada alegar desconocimiento, ya que como titular de la
página web donde se vertieron tales datos, han estado a su disposición, no siendo preciso para su conocimiento, que fuera el demandante, como pretende la sentencia
recurrida, quien indicara qué mensajes eran ofensivos, ya que la ilegalidad de los contenidos del foro era claramente patente e incumbe al titular de la web un deber de
control de los contenidos potencialmente lesivos.

29 Miquel Peguera Poch, “Notas sobre la sentencia del caso SGAE contra merodeando” en
http://responsabilidadinternet.wordpress.com/2013/01/19/notas-caso-merodeand/.
Se entendió así que en atención a las características del foro en el cual se vertieron los contenidos injuriantes debió ejercerse –y no se hizo- un mayor control para retirar inmediatamente aquellas opiniones claramente ilegales, en conducta infractora agravada por el hecho de rehusarse el burofax circunstancia que “impidió la
comunicación del afectado con el prestador y supuso la difusión y prolongación en el

tiempo del contenido vejatorio".
Como lo indica Peguera Poch, dado que el TS dice que la sala "atribuye el mismo valor revelador del conocimiento efectivo al contenido y naturaleza de los mensajes, sumamente graves y claramente ofensivos al honor del demandante…", de esta declaración podría inferirse que el TS entiende que no es necesaria ninguna notificación del agraviado, situación que refuerza la idea acerca de que la demandada tenía un deber de control sobre las opiniones alojadas, pues se refiere a que: "la entidad demandada, como titular de la página web y creadora del foro de debate abierto, debió extremar las precauciones y ejercer un mayor control sobre las opiniones y comentarios alojados, cuyas connotaciones despectivas y peyorativas para el demandante no podían pasarle inadvertidas", y se agrega que "[n]o puede pasar inadvertido el papel desempeñado por el titular de la página que no solo alberga un contenido externo, sino que genera la posibilidad realizar comentarios, incorporándolos a la noticia y permite que se consideren como elemento de valoración de la misma", pero esto no queda claro, porque parece conectar el conocimiento con el hecho del envío del burofax que fue rechazado indiligentemente, cuando dice "…sin que pueda alegarse desconocimiento por parte de la entidad demandada a raíz del fax recibido, dado que en él se advertía con claridad la existencia de comunicaciones lesivas del derecho al honor y se reclamaba su retirada, hecho que respondía a la realidad y que impide que el titular de la página web pueda a partir de ese momento desconocer" y luego agrega "Dado que resulta probado que la demandada rehusó recibir el fax remitido por el demandante impidiendo a este poder comunicarse con ella y así conseguir la interrupción de la difusión de los comentarios lesivos y ofensivos para su persona facilitando su prolongación en el tiempo, cabe concluir que la entidad demandada incumplió el deber de diligencia que le incumbía".
Así, continúa el autor, la sentencia plantea importantes interrogantes pues la empresa titular de la web estaba perfectamente identificada y ponía a disposición del

público un sistema para contactar con ella por correo electrónico. La situación, por tanto, no es equivalente a la del caso “alasbarricadas”. Existiendo dicho mecanismo de contacto, el hecho de rehusar un burofax que no estaba correctamente dirigido a la
demandada y cuyo remitente no era el demandante sino la SGAE parece dudoso que
se pueda entender como un hecho que “impidió” la comunicación entre el demandante y la compañía demandada.
Por otra parte, el Tribunal Supremo atribuye a la demandada un deber de vigilancia de los contenidos que parece difícil de cohonestar con el artículo 15 de la Directiva de Comercio Electrónico y, como hemos visto, la redacción del fallo no deja claro del todo si la sola presencia de comentarios vejatorios sin comunicación alguna por parte del agraviado implica automáticamente el conocimiento efectivo30
.
Por último, en el caso “Miguel c/Google Inc. y otro”, el actor se vio afectado por la difusión en Internet de informaciones que lo vinculaban a una trama de corrupción en el sector inmobiliario de Marbella (conocida como “Operación Malaya”), situación que se daba porque los servicios que brindaba la demandada permitían el enlace a las páginas web de “PRNoticias”, Telecinco (“Aquí Hay Tomate”) y “Lobby per la Independencia” que contenían los artículos que lo involucraban en tal asunto. En vía extrajudicial reclamó a Google Inc. dos veces solicitó la retirada de determinados contenidos por su falsedad y luego, ya solo con respecto a la página de “PRNoticias” primero le informó acerca de la existencia de un
procedimiento judicial en marcha; después lo anotició que en una resolución judicial se determinó que la información de PRNoticias era falsa y que su autor fue condenado a pagar una indemnización y a rectificar por reconocer en sede judicial que lo publicado era completamente falso, y finalmente le hizo saber que inició un procedimiento judicial civil contra PRNoticias que finalizó mediante auto de homologación de acuerdo transaccional.
Frente a lo infructuoso de su reclamo, inició una acción contra Google Inc. en función de las previsiones de la LSSICE y contra su director ejecutivo, por entender que su responsabilidad derivaba de la Ley 14/1966 de 18 de marzo de Prensa e Imprenta (no demandó a los autores de los artículos). Sostuvo que se produjo una intromisión ilegítima en su derecho al honor, especialmente en su faceta profesional y
que no solo dicha información es falsa y carente de toda prueba, sino que además

no

30Miquel Pequera Poch, ¿Deber de controlar los comentarios? En

¿Deber de controlar los comentarios?

se ha empleado la mínima diligencia profesional en la comprobación de los hechos, permaneciendo la información “colgada” en Google pese a los requerimientos actorales, con lo que se produjo un efecto multiplicador porque a ella acceden otros medios de comunicación y diariamente se producen miles de visitas en la página. En la sentencia de primera instancia se destacó que no se había demandado a los autores de los contenidos y que a la luz del art. 15 de la Directiva 200/31/CE el intermediario de la sociedad de la información no tiene una obligación general de supervisión de los contenidos, pero que frente a la publicación de uno de carácter lesivo podría ser responsable y sólo se eximiría de ello si el prestador no tuvo “conocimiento efectivo” del contenido dañoso, siendo que de acuerdo a las características del caso, para que exista la obligación de censurar los contenidos publicados debía existir una declaración emanada de un órgano competente que haya
declarado la ilicitud de los datos o la existencia de lesión, lo que implica que deba existir una resolución dictada por órgano jurisdiccional o administrativo al que se refiere el apartado j) del anexo de la Ley al definir “órgano competente”. Por ello, dado que los enlaces facilitados por Google se referían concretamente a artículos incluidos en las páginas web respecto de los cuales no existió esa resolución de “órgano competente” que declare la ilicitud, se tuvo por cumplidos los recaudos del art. 17 LSSICE (ya que Google encuadraba su actividad en dicha normativa al proporcionar enlaces a las copias almacenadas en su memoria caché, almacenamiento
de carácter temporal y provisional, en copia del código “html”, lo que implica brindar
un servicio de intermediación consistente en la facilitación de enlaces al que se refiere
el anexo de la Ley) respecto de aquellos, incluido el caso de PRNoticias, donde solo consta que se inició un procedimiento judicial en su contra y que se puso fin al mismo
mediante la homologación de un acuerdo transaccional, pero no que se comunicara

el
contenido de dicho acuerdo a la demandada.
Con respecto a la demanda dirigida contra el director ejecutivo, se la rechazó por entenderse que el prestador de servicios no es equiparable al editor porque es un
mero distribuidor de la información, desde que Google se limita a proporcionar enlaces a páginas web, por lo que no participa en ningún caso en la elaboración de la
información incluida en ellas ni el director ejecutivo interviene en la redacción de las
noticias incluidas en los resultados de las búsquedas ni en la selección de los contenidos a los que se remiten los enlaces, de modo que se acreditó la concurrencia
de los requisitos del art. 17 LSSICE para exonerar de responsabilidad a las empresas
que prestan servicios de intermediación, dado que Google no tenía conocimiento de que la titular de la página PRNoticias había reconocido haber atentado contra el honor
del demandante, y por ello era incluso innecesaria la notificación a Google puesto que
cumpliéndose el acuerdo transaccional la titular de la página retiraría la información lesiva, hecho que supondría la desaparición automática del enlace en al resultado de
búsquedas en Google.
La Audiencia Provincial de Madrid confirmó el veredicto en 19/02/10 reiterando que dado que en la información que aparece en las páginas web en cuestión
se incluyen informaciones que objetivamente pueden considerarse atentatorias al derecho al honor del apelante, en cuanto le vinculan a un grave caso de corrupción, debe si la entidad demandada ha actuado con diligencia o no desde el momento en que tuvo conocimiento efectivo de la ilicitud de dicha información o que la misma lesionaba derechos de terceros susceptibles de indemnización ya que la Directiva comunitaria indica que no puede imponerse a los prestadores de servicios una supervisión previa de dichos contenidos, da una definición y alcance que debe darse a
conocimiento efectivo, y para este caso, donde la información publicada implica una intromisión en el honor, debe existir una declaración de un órgano competente que establezca la ilicitud de los datos ordenando su retirada, o que la existencia de la

lesión, de la cual el proveedor del servicio haya tenido conocimiento efectivo y recién
allí se encontraría obligado a actuar con diligencia a los efectos de suprimir o inutilizar el enlace correspondiente. Agregó que en el caso cabía aplicar la exoneración de responsabilidad del art. 17 LSSICE, puesto que Google: a) se limitaba
a ser un prestador de servicios en una red de comunicaciones, facilitando datos o acceso a una red de comunicaciones, y b) no había actuado de forma negligente al no
retirar los contenidos, ante las comunicaciones remitidas por el demandante, pues si
bien en una de estas se le comunicaba la existencia de un procedimiento judicial en el
que se había dictado una resolución, no constaba la remisión de la copia de esta resolución.
La Sala Civil del Tribunal Supremo, en sentencia n° 144/2013, de 04/03/13, desestimó los recursos de casación y de apelación remitiendo a lo que entendió que en
las STS de 09/12/09 y de 10/02/11 sobre el concepto de “conocimiento efectivo” a la
luz de la Directiva, y a la no limitación de ese conocimiento sólo a los casos en que exista una resolución dictada por órgano competente que declarara la ilicitud, ya que
el art. 16 de la LSSICE prevé la posibilidad de “otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”, como el “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” o en palabras del art. 14 de la Directiva, “hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito”.
Aludió a la sentencia de 16/02/12 (C-360/10) del TJUE que declaró contrario a la normativa comunitaria el requerimiento judicial que exigiera a un prestador de servicios de alojamiento de datos establecer sistemas de filtrado para bloquear la transmisión de archivos que vulneraran los derechos de autor, puesto que éstos podrían no distinguir suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, bloqueándose
comunicaciones de contenido lícito y refirió a lo resuelto por la Gran Sala en STJUE de 23/03/10 (asuntos acumulados C-236/08 y c-238/08 Google France y Louis

Vuitton) donde se expresó que el art. 14 de la Directiva 2000/31/CE se aplica al prestador de un servicio de referenciación en Internet cuando no desempeñe un papel
activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados, supuesto en
el que no puede ser considerado responsable salvo que tras llegar a su conocimiento
la ilicitud de estos datos o de las actividades del anunciante, no actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.
Ya aplicando esta doctrina al caso, encontró que la conclusión alcanzada por la Audiencia Provincial es conforme con la doctrina de la Sala, pues de los hechos acreditados no puede inferirse de forma lógica, al alcance de cualquiera, que la información era falsa ni tampoco que se revelara de su contenido su carácter ilícito, y
que la circunstancia de que la persona que se consideraba ofendida se hubiera dirigido
a Google para la retirada de la información por considerarla ilícita no es suficiente para que se produzca esta conducta, cuando, como aquí ocurre, la información por sí
misma tampoco revelaba de manera notoria su carácter ilícito, siendo también a tal efecto insuficiente que se pusiera en conocimiento el inicio de acciones civiles y la carta comunicando la existencia de una resolución judicial, pues no se remitía junto a
ella la resolución judicial de homologación de acuerdo y consistía solo en eso, una homologación que no determinó la falsedad de la información, ni condenó a pagar ni
a rectificar al demandado, siendo lo único cierto que el demandado había reconocido
ante el Juzgado, porque así consta en el auto de homologación la falsedad de la noticia, pero este auto no fue remitido a la demandada, teniendo solo conocimiento de
lo que el actor afirmaba.
Como lo explica Peguera Poch al referirse al fallo, si bien el Tribunal Supremo, ya en la STS 773/2009, había declarado que la noción de conocimiento efectivo del art. 16 debía interpretarse en sentido abierto, admitiendo la posibilidad de adquirir tal
conocimiento por cualquier vía, es la primera que aplica el mismo criterio en el ámbito de los enlaces, esto es en el art. 17 LSSICE, y despeja la duda existente, ya

que en este caso no se podía acudir al argumento de la interpretación conforme a la Directiva, puesto que esta no contempla ninguna exclusión de responsabilidad para la
provisión de enlaces, y entonces el conocimiento efectivo puede adquirirse por cualquier medio también en el caso de los proveedores de enlaces y buscadores. Agrega que la diferencia con las sentencias anteriores, referidas a supuestos de alojamiento de datos, en este caso la ilicitud del contenido no resultaba evidente porque los contenidos no eran de carácter difamatorio ni surgía a simple vista, ya que
lo que estaba en cuestión era la veracidad o falsedad de las imputaciones, algo que no
resulta obvio a partir del solo texto de las noticias enlazadas, de modo que en este caso concreto el buscador solo podía obtener el conocimiento efectivo a través de una
resolución judicial que declarara la ilicitud del contenido, sin que fueran suficientes las notificaciones del perjudicado, lo que implica en definitiva haber llegado a la misma solución que se alcanzaría con una interpretación restrictiva de la noción de conocimiento efectivo, esto es, viene a exigir un previo pronunciamiento que declare
la ilicitud del contenido enlazado. Así, salvo que el TS altere la línea jurisprudencial de las anteriores sentencias citadas, habrá que entender, pues, que cuando los contenidos enlazados incluyan expresiones manifiestamente injuriosas, la mera notificación del agraviado será suficiente para que el buscador logre el conocimiento
efectivo y tenga que retirar los enlaces so pena de perder el beneficio de la exclusión
de responsabilidad.”31
Desde otro ángulo, Cotino Hueso entiende que con la clara afirmación de sumisión de Google a la LSSICE como prestador, queda obligado a retirar o no

31 Miquel Peguera Poch, Vulneración del derecho al honor y responsabilidad de los buscadores de
Internet, en
http://www.elderecho.com/www-elderecho-com/Vulneracion-derecho-responsabilidadbuscadores-Internet_11_556555005.html
facilitar el acceso (desindexar) contenidos ilícitos por vulnerar el derecho de protección de datos. Así sucederá cuando participe activamente de los mismos, o de

forma no neutral (por ejemplo con la función autocompletar). Asimismo, Google debe
desindexar cuando conozca efectivamente la ilicitud de los contenidos a los que enlaza. Como a continuación se expone, en cuanto recibiera una comunicación por el
afectado de la que se deduzca una evidente vulneración de protección de datos debe
desindexar. También, cuando reciba la resolución de una autoridad competente, como
resoluciones de jueces, o de las autoridades de protección de datos, entre otras. Y esto
también valdría para los grandes prestadores o redes sociales con alguna sede en España.
Se consolida así una clara interpretación material del “conocimiento efectivo” de la LSSICE, en función de una visión de justicia material del caso y circunstancias concretas, bastante alejada del texto de la ley española, fijándose como criterio, para
hacer responsable al prestador de servicios, que la ilicitud de los contenidos debe estar “al alcance de cualquiera”, se exige que la información revele “de manera notoria su carácter ilícito”, y por ello la sentencia considera que las comunicaciones que hizo el afectado a Google no fueron suficientes para que conociera efectivamente
la ilicitud de los contenidos que el buscador facilitaba32
.

3. LA RESPONSABILIDAD DE LOS BLOGGERS NO PERTENECIENTES A UN MEDIO DE PRENSA POR LA INSERCIÓN DE COMENTARIOS LESIVOS EN LA JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE

En el Sobre esta temática y por cuestiones de espacio nos limitaremos a comentar lo resuelto en el caso “Obsidian Finance Group vs. Cox”, que transitó por varias instancias hasta llegar al máximo tribunal de Oregon.
Inicialmente entendió en la causa un tribunal de primera instancia de Oregon, al evaluar la conducta de una bloguera que dirigía tres blogs dedicados a cuestiones financieras por haber publicado en uno de ellos (“obsidianfinancesucks.com”) un post
en el que acusó a los actores (Obsidian, una financiera, y Padrick, el síndico de una

32 Lorenzo Cotino Hueso, Comentario a la Sentencia Tribunal Supremo Google y LSSICE, en

http://www.cotino.net/2013/05/comentario-a-la-sentencia-tribunal-supremo-google-y-lssice/
quiebra) de corrupción, fraude impositivo, lavado de dinero, difamación, acoso y otras actividades ilegales. Cox fue condenada porque se entendió que dado que los contenidos publicados no estaban formulados a partir de un lenguaje figurativo e hiperbólico y no podían ser probados como verdaderos o falsos, Obsidian no tenía necesidad de probar que Cox había actuado con negligencia ya que la bloguera no demostró ser periodista (sobre esto aclaró que ninguno de los demandados eran figuras públicas y que la ley de protección de los medios de comunicación se aplica sólo a las declaraciones hechas en medios impresos o de difusión, y no a los blogs de
Internet y a una persona conectada con cualquier medio de comunicación dirigido al
público, y que no cabía incluir a los blogs en la definición de “medio de comunicación”) ni reveló la fuente interna de la cual se había nutrido para descargar
su responsabilidad33
.
La sentencia fue apelada y la Corte de Apelaciones del 9° Circuito de Oregon la revocó ordenando la celebración de un nuevo juicio sobre ciertas y nuevas bases que
debían ser instruidas al jurado, estableciendo que las protecciones a la libertad de expresión de un periodista tradicional se aplican a un blogger aunque no sea periodista, pues como la Corte Suprema ha advertido con precisión, la distinción, en el ámbito de la Primera Enmienda, entre la prensa institucional y otros oradores es inviable ya que con la llegada de Internet la línea entre los medios de comunicación tradicionales y otros que deseen formular observaciones sobre los temas políticos y sociales se vuelve más borrosa, y en los casos de difamación, es el carácter de figura
pública del aludido (que aquí descartó) y la importancia pública de la declaración de que se trata -no la identidad del orador- la que brinda la protección de la Primera Enmienda. Agregó que el tenor general de las entradas del blog de Cox, con su lenguaje extremo, niega la impresión de que ella estaba afirmando hechos objetivos y
llevan a leerlas más como un periódico o la entrada de un diario que revela los sentimientos de Cox (al expresar que “Padrick contrató a un sicario para matarla” o “que todo el sistema de los tribunales de quiebras está dañado”) antes que hechos objetivos, de modo que no están suficientemente basadas en hechos como para

demostrar que son verdaderas o falsas.”34

33 “Obsidian Fin. Grp., LLC v. Cox”, 812 F. Supp. 2d 1220, 1232–34 (D. Or. 2011)
34 http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2014/01/17/12-35238.pdf.

4. REFLEXIONES FINALES

La tan intrincada como relevante cuestión de la responsabilidad de quienes intervienen en alguna de las fases de la incorporación de contenidos disponibles en Internet ha tenido y tiene, en los países democráticos y respetuosos de los derechos humanos, variantes que van tendiendo a una bastante homogénea regulación internacional, sin por ello avasallar totalmente el margen de apreciación nacional, tal
como puede observarse de lo resuelto en el aquí analizado caso “Delfi”.
Particularmente, la aparición de ediciones digitales de medios de comunicación tradicionales y de nuevas formas de periodismo en línea, reavivó la antigua discusión
respecto de la forma de resolver las tensiones entre el “derecho de prensa” y el “derecho a la protección de datos” y pone además –nuevamente- en claro que toda solución que se adopte en este sentido debe ponderar adecuada y equilibradamente
tanto los alcances de la libertad de expresión como la de los derechos fundamentales
que pueden contraponérsele. A los medios jurídicos tradicionales de reacción disponibles frente a tales violaciones de derechos de quienes son referidos en las publicaciones lesivas (el derecho de réplica, la indemnización de los daños y perjuicios y la persecución penal del ofensor), se han agregado en los últimos años otro medios (judiciales y administrativos) destinados a ejercer los derechos típicos del
derecho a la protección de datos (v.gr., los derechos de cancelación, rectificación y desindexación, para cuya efectivización puede recurrirse a las autoridades administrativas de control –v.gr., las agencias de protección de datos- y a las judiciales, mediante procesos ordinarios o especiales –v.gr., en Argentina o Uruguay,
entre otros, el de hábeas data35).
La libertad de expresión en línea ha sumado editores de contenido no tradicionales y ello también ha llevado a la inacabada discusión acerca de si cabe o no
extender ciertas prerrogativas concedidas a los periodistas y a los medios de comunicación institucionales a estas nuevas formas de periodismo en Internet.

35 En este sentido, por ejemplo, la Sala Segunda (Integrada) de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario (Argentina), en el Acuerdo n° 17 del 17/02/10, despachó favorablemente un hábeas data -ordenando la desindexación de una noticia notoriamente falsa y perjudicial- que fuera interpuesto contra una información falsa contenida en una noticia publicada en la edición digital de un periódico. Esta solución es simétrica a la adoptada posteriormente por el Superior Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ya tratado caso “Costeja”.

La efectividad de las respuestas a estos nuevos fenómenos y conflictos -y a los que sigan surgiendo en el futuro- se encuentra condicionada por efecto del incesante y sorprendente avance tecnológico, actualmente liderado por los fenómenos del big data y la Internet de las cosas (IoT) -ambos en sinergia y potenciados por la computación en la nube (cloud computing)-, que provoca la multiplicación de fuentes y formas de las afecciones (v.gr., la multiplicación de aplicaciones que utilizan sensores, los wearables, la domótica, la aplicación de algoritmos para la formulación automatizada de perfiles de las personas). También se encuentra condicionada por el todavía insuficiente desarrollo normativo e institucional global que pueda brindar una inmediata y efectiva protección a los derechos de los afectados.

Por el momento, estas cuestiones deberán seguir siendo resueltas –en el tiempo que cada ordenamiento interno o comunitario permita- mediante la aplicación de los principios generales a los nuevos fenómenos -a falta o vetustez- de regulación expresa-, siempre teniendo en cuenta que deben buscarse soluciones que fomenten un equilibrio entre el avance de las tecnologías y los derechos fundamentales de las personas, tal como puede colegirse de los principios sentados, v.gr., por la Conferencia de Naciones Unidas sobre población y desarrollo, celebrada en 2012 en Río de Janeiro.

Un intento de actualización de las normas en función de tales principios que resulta destacable –aunque por supuesto insuficiente en términos globales, por

tratarse de una norma dictada en el marco de la Unión Europea- es la Propuesta de Reglamento General de protección de datos al cual hemos aludido supra, que, v.gr., y
con el fin de reforzar el derecho a la supresión en el entorno en línea, lo amplía de tal
forma que: a) dispone que los responsables del tratamiento que hayan hecho públicos
los datos personales sin justificación legal estarán obligados a tomar todas las medidas necesarias para que se supriman los datos -también por parte de terceros-, y a
bloquear los datos que sean objeto de impugnación por el interesado o cuya exactitud
o inexactitud no pueda determinarse, mientras la calidad de los datos esté en disputa
(ver considerandos 54 y 54 bis), y b) incluye en su articulado principios novedosos en
materia de protección de datos, entre los que se cuentan la Privacy by design (privacidad desde el diseño), la Privacy by default (privacidad por defecto) y la Accountability (principio de responsabilidad o compromiso de los responsables y encargados).

Las cuestiones aquí tratadas, como se ve, están en pleno despliegue normativo, doctrinario y jurisprudencial, y aunque como se dijo e intentó mostrarse, existe un progresivo acuerdo sobre las cuestiones centrales bajo estudio en los países tecnológicamente más avanzados, igualmente resulta más que probable que en un futuro no muy lejano surjan nuevas perspectivas de análisis a partir de nuevos avances tecnológicos que puedan alterar las conclusiones a las que se han arribado por estos días.