

DERECHOS Y GARANTÍAS EN TIEMPOS DIGITALES. EXAMEN DE CASOS Y NUEVAS ORIENTACIONES

Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Madrid, 23 de enero de 2024

SUMARIO: 1. Los derechos fundamentales y la realidad virtual. 2. La aproximación judicial a) la libertad de información y las páginas *web*; b) la inclusión en las páginas *web* de contenidos sujetos a derechos de propiedad intelectual; c) la responsabilidad las ofensas emitidas a través del perfil de un usuario de *Facebook*; d) la limitación temporal del uso de una cuenta de *Twitter* en el proceso electoral. 3. La aproximación normativa: a) viejos y nuevos moldes; b) los derechos digitales; y la Carta de Derechos Digitales. 4. La aproximación de la Unión Europea: a) aspectos ahora relevantes del Reglamento de Mercados Digitales; b) aspectos ahora relevantes del Reglamento de Servicios Digitales.

1. Los derechos fundamentales y la realidad virtual

Entre las consecuencias del constante y profundo cambio al que asistimos desde hace años en las tecnologías de la información y de las comunicaciones se encuentra la migración de múltiples actividades públicas y privadas de variada naturaleza al espacio virtual que ofrecen las redes. Nos desenvolvemos cada vez más en ese mundo y todo parece apuntar a que la vía telemática será el cauce por el que necesariamente deberemos relacionarnos con las Administraciones Públicas y con las entidades y sujetos privados cuyos servicios y prestaciones necesitamos o deseamos.

Durante la pandemia, además, se intensificó el recurso al teletrabajo en todos aquellos sectores en que no es imprescindible la presencia física en la sede del empleador. Ciertamente, se han aprobado ya disposiciones como la Ley 10/2021, de 9 de julio, sobre el trabajo a distancia, y de tiempo atrás existen regulaciones sobre los

servicios en la sociedad de la información --la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico¹-- a las que se han añadido recientemente el Reglamento 2022/1925, del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 1828 (*Reglamento de Mercados Digitales*). Y el Reglamento (UE) 2022/2065, del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (*Reglamento de Servicios Digitales*).

Mientras tanto, en el ámbito público hemos llegado a los tiempos de la que se ha venido en llamar Administración Electrónica, ahora contemplada en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, y en la Ley 40/2015, de la misma fecha, de Régimen Jurídico del Sector Público².

No obstante, pese a crecer a ritmo exponencial la legislación sobre la materia, los textos sobre derechos fundamentales permanecen sin modificaciones. A lo sumo, incorporan desde principios del siglo XXI, bien formalmente, bien de manera material, el derecho a la protección de datos, pero no se han incluido en ellos previsiones específicas sobre las exigencias que esos derechos imponen en este ámbito virtual en el que pueden confundirse planos que en la sociedad exclusivamente analógica ha sido posible distinguir con relativa claridad. Ni siquiera la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la más moderna de las declaraciones, da ese paso.

Y, en efecto, se plantea el problema de diferenciar el medio a través del que se entablan las relaciones virtuales y su contenido material. Además, nos encontramos con

¹ Esta Ley traspuso la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

² Véase al respecto, Pilar Martín Palacios, "Administración Electrónica y Derechos Digitales", en *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review*, n.º 9/2021.

que, frente al planteamiento tradicional que afirma los derechos frente a los poderes públicos, ahora es especialmente necesario esgrimirlos frente a sujetos privados³, muchos de los cuales, por añadidura, no están radicados dentro del territorio de la Unión Europea, con lo que surge la dificultad añadida de buscar la manera de sujetarlos a su ordenamiento jurídico y al de los Estados que la integran⁴.

En este escenario, mucho más complejo en la realidad de lo que apuntan las anteriores consideraciones elementales, nos encontramos con que, de un lado, los tribunales de justicia están abriendo camino en esta materia o, al menos, han debido precisar de qué manera se proyectan algunos derechos fundamentales en estas relaciones digitales o virtuales. Y, de otro, vemos cómo el legislador traslada en algunos campos principios y figuras ya conocidos al contexto actual. En fin, las nuevas regulaciones de los mercados y de los servicios digitales y la que se apunta para la inteligencia artificial presentan nuevas pautas, algunas ya adoptadas por el Reglamento (UE) 679/2016, General de Protección de Datos.

Me parece interesante detenerme sobre estos tres aspectos para poner de manifiesto sus extremos más destacados.

2. *La aproximación judicial*

Comenzaré repasando algunas sentencias recientes del Tribunal Supremo que han tenido que afrontar esta cuestión.

³ Véase, en este sentido, Pasquale Stanzione, (a cura di), *I “poteri privati” delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*. Giappichelli, Turín, 2022.

⁴ Son muy interesantes las consideraciones al respecto de Mark Dawson, “The accountability of non governmental actors in the digital sphere: A theoretical framework”, en *European Law Journal*, n.º 29/2023, págs. 78 y sigs.

No hay duda de que, situados en este campo, destaca inmediatamente la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en mayo de 2014 sobre el que se llamaba y se sigue llamando derecho al olvido. Se van a cumplir en pocos meses diez años desde entonces, ese derecho está recogido en el Reglamento (UE) 679/2016, del Parlamento y del Consejo, de 27 de abril de 2016, y en los artículos 93 y 94 de nuestra Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

Tan importante como la identificación de esta faceta del derecho a la protección de datos de carácter personal, son los criterios que sienta sobre la sujeción al Derecho de la Unión Europea de entidades de la dimensión y características de *Google*, también recogidos en el Reglamento (UE) 679/2016. Son muchas las sentencias del Tribunal Supremo que se han pronunciado sobre aspectos concretos del derecho al olvido y también el Tribunal Constitucional lo ha hecho en sus sentencias 105/2022, 89/2022, 23/2022 y 58/2018. Y, sobre todo ello, hay ya una abundante bibliografía de manera que me parece suficiente recordarlo.

Más recientemente se han producido pronunciamientos judiciales interesantes que sí conviene considerar.

En primer lugar, tenemos la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, la que lleva el número 1231/2022, de 3 de octubre, en el recurso de casación n.º 6147/2021. Aborda la cuestión de hasta dónde protege la libertad de información a una *web* en la que, además de exponer hechos e ideas, se ofrecen servicios. La segunda es la sentencia n.º 923/2019, de 27 de junio de 2022, dictada en el recurso de casación 3115/2016, sobre la inclusión en páginas *web* de contenidos sujetos a derechos de autor. Luego, tenemos el caso de la sentencia n.º 747/2022, de 3 de diciembre, de la Sala Primera que, al resolver los recursos de casación e infracción procesal n.º 997/2021, afronta la responsabilidad civil del titular de un perfil

público de *Facebook* por las ofensas proferidas por terceros publicadas en él. Por último, está la sentencia n.º 246/2022, de 28 de febrero, dictada de nuevo por la Sala Tercera, en el recurso contencioso-administrativo n.º 135/2021, sobre la limitación temporal de ciertas funciones de la cuenta en *TWITTER* de un partido político acordada por la propia red social.

a) La libertad de información y las páginas web

Ninguna mención hace la Constitución a las páginas *web* por razones obvias: no existían en 1978 y no ha sido reformada en este punto. No obstante, no hay duda de que una página *web* puede ser un medio a través del cual se difunde información y el artículo 20.1 d) de la Constitución reconoce el derecho fundamental a comunicar y a recibir información veraz por cualquier medio de difusión; y, además, el apartado 5 del mismo artículo 20 establece que “sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial”.

En efecto, no es novedad considerar a una *web* un medio de información. Ya lo dijo hace años el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y no me parece necesario abundar en las razones por las que llegó a esa conclusión. El problema es, como sucede siempre en materia de derechos, hasta donde llega la protección constitucional a la que es acreedora en tal condición. Se ha planteado ya en muchas ocasiones, sobre todo, a propósito de la defensa de la propiedad intelectual, a la que me referiré después.

En el proceso que culminó en la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo n.º 1231/2022, de 3 de octubre (recurso de casación n.º 6147/2021), eran otras cuestiones las que estaban en juego. *Woman on Web International Foundation* (WOW), organización con sede en Canadá que se propone

aconsejar a las mujeres sobre salud sexual y derechos reproductivos, operaba en España, donde no tiene ningún establecimiento, a través de una *web* en español.

Desde una pestaña de su página *web*, titulada “Necesito un aborto”, permitía solicitar los medicamentos “mifepristone” y “misoprostol” y WOW los enviaba a cambio de una donación que se sugería fuera de 50€ a 70€. Como quiera que la comercialización de esos medicamentos --que, en todo caso, requieren receta médica-- está prohibida en España, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, al tener noticia de ello, advirtió por correo electrónico a WOW de la ilegalidad de su proceder y, como quiera que WOW mantuvo su actividad, incoó un expediente para interrumpir o retirar el servicio de la sociedad de la información y, cautelarmente, ordenó a los proveedores de acceso a *internet* en España que los interrumpieran a la *web* de WOW. Esta decisión, confirmada en reposición, fue objeto de recurso contencioso-administrativo.

Desestimado por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n.º 10, por sentencia de 9 de marzo de 2021, en apelación, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional mantuvo el pronunciamiento desestimatorio de instancia. Como veremos, la sentencia del Tribunal Supremo acogió el recurso de casación de WOW, anuló la de la Audiencia Nacional, estimó la apelación de esta organización, anuló la sentencia del Juzgado y estimó en parte su recurso contencioso-administrativo. En particular, consideró que la resolución de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios infringió el artículo 20.5 de la Constitución pues solo el juez puede ordenar el secuestro de medios de información. Hay que tener en cuenta que los artículos 8 y 11 de la Ley 34/2002 exigen la intervención judicial para acordar la interrupción de acceso a sitios *web* cuando venga constitucionalmente impuesta⁵.

⁵ Los principios cuya preservación puede fundamentar la interrupción del servicio o la orden de retirada de contenidos son, según el artículo 8.1 de la Ley 34/2002, los siguientes: “a) La salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional. b) La protección de la salud pública o de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores. c) El respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra

La sentencia resalta al respecto que la autoridad judicial es garante de los derechos a la libertad de expresión, a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, a la libertad de cátedra y a la libertad de información. Y entiende que ofrecer y facilitar los indicados medicamentos, al margen de la calificación que se le dé al negocio jurídico correspondiente, no es una actividad informativa. Por eso, limitó la prohibición de acceso telemático a la pestaña “Necesito un aborto” y la levantó en lo demás.

Es decir, aplicó una regla constitucional creada para el secuestro de publicaciones y de otros medios de información que en la idea de sus redactores se dirigía a los de carácter escrito y, a lo sumo, audiovisual. Al hacerlo, explica que “lo constitucionalmente prohibido no es aprehender publicaciones que incurran en alguna ilegalidad ni impedir su difusión --esto tiene que ver con los límites de las libertades de información y expresión, de que se ocupan los anteriores apartados del propio artículo 20 de la Constitución--, sino que lo constitucionalmente prohibido es que el secuestro lo decida por sí sola la Administración”.

La sentencia fue objeto de un incidente de nulidad de actuaciones, desestimado por auto de 12 de diciembre de 2022.

b) La inclusión en páginas web de contenidos sujetos a derechos de propiedad intelectual

circunstancia personal o social, y d) La protección de la juventud y de la infancia. e) La salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual”. La autorización judicial debe concederla si procede el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo según el artículo 9.2 de la Ley de la Jurisdicción-Administrativa.

Otro problema es el que se produce cuando desde una *web* se ofrecen contenidos sujetos a derechos de autor. Son numerosos los pronunciamientos judiciales al respecto y de diversa naturaleza: civil, penal y administrativa. De esta última es el de la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo n.º 923/2019, de 27 de junio de 2022, dictada en el recurso de casación 3115/2016, que confirma la actuación administrativa consistente en ordenar la retirada de contenidos ofrecidos en la *web* y prohibir ofrecerlos de nuevo sin autorización de los titulares de los derechos.

El servicio ofrecido por PC IRUDIA, S.L., a través de su *web* www.goear.com, consistía en la publicación gratuita de contenidos de audio, en particular, de más de seis mil ochocientos archivos musicales subidos por usuarios y que podían ser escuchados en *streaming* y la cuestión que se discutió fue la de si la actividad de ese sitio de internet era una mera labor de intermediación o si la prestadora de servicios de la sociedad de la información desempeñaba un papel activo en la determinación, presentación y mejora de los contenidos de fonogramas de canciones y obtenía un beneficio económico por la explotación comercial de su página *web*.

A denuncia de la entidad que gestionaba los derechos de propiedad intelectual de diversos contenidos publicados en ese sitio, la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual⁶ declaró la vulneración del derecho de propiedad intelectual y

⁶ La Comisión de Propiedad Intelectual está regulada en el artículo 193 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Está adscrita al Ministerio de Cultura y Deporte y le corresponde la salvaguardia de los derechos de propiedad intelectual. En particular, su Sección Segunda está llamada a ejercerla frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de la información. Está compuesta por el Ministro, que la preside, o por delegación del mismo por el Director General de Industrias Culturales, Propiedad Intelectual y Cooperación, y por cuatro vocales, dos procedentes del ámbito de propiedad intelectual, uno del ámbito de tecnología y uno de la Secretaría General Técnica, pertenecientes a grupos o categorías para los que se exija titulación superior y que posean conocimientos específicos acreditados en propiedad intelectual, tecnologías de la información y comunicaciones, Derecho Administrativo, Derecho Procesal, Derecho de las Comunicaciones Electrónicas o en materia de Jurisdicción Contencioso Administrativo. A su vez, hay que señalar que esa Sección Segunda requerirá autorización judicial para identificar al responsable del servicio de la sociedad de la información responsable de la vulneración y para la ejecución de medidas de interrupción del servicio de retirada de contenidos, según el artículo 122 bis de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

ordenó la retirada de los contenidos afectados así como la prohibición de ofrecerlos de nuevo sin autorización.

La controversia surgió a propósito de la responsabilidad del prestador de servicios de la sociedad de la información, porque la Ley 34/2002, que los regula, distingue entre esos servicios el de intermediación y la excluye (artículo 16) en los casos en que el servicio consista en albergar datos proporcionados por los destinatarios del mismo y el prestador del mismo no tenga conocimiento efectivo de su ilicitud o, teniéndolo, si actúa con diligencia para retirarlos o hacer imposible el acceso a ellos⁷. Es decir, cuando su actividad es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva y no introduce cambios en los datos transmitidos.

Este criterio es el mantenido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al interpretar el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE, de comercio electrónico [sentencia de 23 de marzo de 2010 (asuntos Google France y Google, n.º C-236/08 a C-238/08,) y sentencia de 14 de junio de 2017 (asunto c-610/15)].

Pues bien, en el asunto de *PC Irudia, S.L.* el Tribunal Supremo, como ya lo había hecho antes la Audiencia Nacional, confirmó la actuación administrativa. Tuvo en cuenta para calificar la naturaleza del servicio ofrecido en www.goear.com los términos en que ella misma se presentaba: ("la primera red social musical en internet" en la que "podrás escuchar música gratis en internet, subir tus canciones Mp3, crear listas de reproducción y radio on line, letras de canciones, lyrics y partituras"). Asimismo, señaló que la empresa

⁷ La regla sentada por el artículo 13 de la Ley 34/2002 es la responsabilidad civil, penal y administrativa de los prestadores de servicios. Las excepciones las establecen el artículo 14 para los operadores de redes y proveedores de acceso; el artículo 15 para los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios; el artículo 16 para los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos; y el artículo 17 para los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda. El Reglamento de Servicios Digitales (artículos 4 a 10) exime de responsabilidad a quienes prestan los de intermediación o alojamiento siempre que no conozcan el carácter ilícito de los contenidos subidos por los usuarios o que, una vez conocido, adopten con diligencia las medidas necesarias para retirarlos, bloquearlos o impedir el acceso a ellos.

era conocedora de la ilicitud de la actividad consistente en incorporar música sin la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual y que su actividad no era neutra o pasiva ya que filtraba que sólo se subieran archivos musicales, sugería resultados y realizaba autocorrecciones. O sea, desempeñaba un papel activo en la presentación y mejora de los contenidos de fonogramas de canciones y obtenía un beneficio económico por la explotación comercial de la *web*. No era, en definitiva, un mero intermediario que alojase contenidos de terceros.

De ahí que, no sólo fuera conforme a Derecho ordenar la retirada de los contenidos sujetos a derechos de propiedad intelectual, sino que también lo fuera ordenar a *PC Irudia, S.L.* que se abstuviera de ofrecer contenidos ilegales y adoptara las medidas precisas para no ofrecerlos en el futuro. Este deber, explica la sentencia de la Sala Tercera, no comportaba la imposición a la empresa de una obligación general de supervisión previa de los contenidos, prohibida por el artículo 15 de la Directiva 2000/31/CE⁸, ya que esa prohibición reza para quienes se dedican a la mera intermediación o al solo alojamiento de datos. De otro lado, advierte la sentencia que la orden se limitaba a determinadas obras, las consignadas en la resolución administrativa.

En este caso, vemos que la respuesta judicial se dirige a preservar la propiedad intelectual, garantizada por el artículo 20 de la Constitución, frente a prácticas que la vulneran desde sitios de internet que pretenden lograr un beneficio económico so pretexto de limitarse a intermediar entre particulares, cuando la realidad es que asumen un papel activo para atraer accesos y lograr así mayores ingresos por publicidad. Es importante precisar que no se exige responsabilidad al particular que sube o descarga contenidos, sino a los titulares de esos sitios sin perjuicio de que deban asumir también las de naturaleza civil o penal que pudieren contraer.

⁸ Y ahora por el artículo 8 del Reglamento de Servicios Digitales.

c) *La responsabilidad por las ofensas emitidas a través del perfil de un usuario de Facebook*

Acabamos de ver que un prestador de servicios de la sociedad de la información puede ser responsable de los contenidos de su *web* si va más allá de la intermediación o del alojamiento. Ahora examinaremos un supuesto en el que no será tenida por responsable una red social pero en el que el Tribunal Supremo sienta criterios que pueden llegar a serle de aplicación.

Me refiero a la sentencia n.º 747/2022, de 3 de noviembre (casación n.º 997/2021), de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Los hechos sobre los que se pronunció consistieron en que un particular publicó en su perfil de *Facebook* sus negativas impresiones sobre sus vecinos sirviéndose para ello de expresiones peyorativas. Fueron compartidas 1.280 veces y recibieron 447 “me gusta”, dándose, además, la circunstancia de que mantuvo en ese perfil manifestaciones recibidas de terceros que incluían apreciaciones ofensivas respecto de sus vecinos.

Los afectados demandaron al autor de dichos comentarios por intromisión ilegítima en su honor pero el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de los de Ferrol desestimó sus pretensiones que consistían en ser indemnizados con 10.000€ y en que se condenase al demandado a la publicación íntegra de la sentencia, que esperaban estimatoria, en el mismo lugar en que vertió las que aquél tuvo por injurias y en cualesquiera redes sociales de las que pudiera disponer. Apelada la sentencia de instancia, la Audiencia Provincial de La Coruña estimó en parte el recurso de apelación y la demanda y declaró la existencia de intromisión ilegítima en el honor de los recurrentes. Condenó, además, a los demandados a cesar en ella, a eliminar de su perfil esos comentarios y a publicar parte de la sentencia en el mismo. Les impuso, también, la obligación de indemnizar al recurrente con 3.000€.

El condenado acudió al Tribunal Supremo y la sentencia mencionada de la Sala de lo Civil desestimó su recurso por infracción procesal y, si bien acogió en parte el recurso de casación, en la práctica vino a mantener los pronunciamientos principales de la Audiencia Provincial. La estimación parcial se debió a que no consideró ofensivo, al contrario que la sentencia de apelación, que el demandado se refiriera a su vecina, panadera de profesión, diciendo: “esa cara de bollo de pan de 5 Kg”.

Le tuvo, sin embargo, por responsable de la intromisión ilegítima en el honor de los vecinos por haber mantenido en su perfil público de *Facebook* expresiones de terceros sobre sus vecinos verdaderamente ofensivas. A saber: “«gentuza», «sinvergüenzas», «incultos», «basura», «garrulos», «moscas cojoneras», «garrapatas hambrientas», «asquerosos», «yo los liquido y acabamos antes», «contrata a un matón», «unas ostias bien dadas y después a saber quién ha sido», «yo les pego un tiro al padre, a la madre y al hijo»)”.

La sentencia resalta las facultades de administración y control sobre el perfil que permiten a su titular bloquear a terceros, reaccionar a sus comentarios, ocultarlos, denunciarlos, tratarlos como *spam* o eliminarlos. Además, advirtió que el recurrente suprimió algún comentario y las contestaciones, es decir, no se mantuvo pasivo respecto de los contenidos que iban llegando a su perfil. Por todo ello, como ya hiciera la Audiencia Provincial, le tuvo por responsable de la evidente intromisión ilegítima en el honor de sus vecinos por esos comentarios de terceros y mantuvo la condena a indemnizar con 3.000€ y a hacer la publicación exigida⁹.

⁹ Aunque sea a propósito del derecho a la protección de datos personales, en este caso para determinar quién es el responsable de tratamientos que lo infringen, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de junio de 2018 (asunto C-210/16), entre otras de sentido semejante, utiliza criterios como el que ha seguido en el caso expuesto la Sala Primera del Tribunal Supremo.

El resumen anterior no parece especialmente significativo. Sin embargo, su relevancia reside en que hace responsable al titular del perfil público de *Facebook* de los comentarios de los que son autores otras personas. Esa solución puede trasladarse al propio prestador de servicios de la sociedad de la información y a quien gestiona redes sociales, no tanto para imponerles la obligación de controlar previamente el contenido de lo que se comunica a través de ellos pero sí la de retirar a demanda de quienes se vean perjudicados el que sea lesivo de derechos fundamentales.

d) *La limitación temporal del uso de una cuenta en Twitter en el proceso electoral*

Es verdad que la relación que media entre los prestadores de servicios de la sociedad de la información y los usuarios de los mismos es de naturaleza privada y que, por tanto, la reacción frente a eventuales lesiones de derechos fundamentales que procedan de ellos habrá de servirse de instrumentos jurídico-privados, tal como hemos visto que sucedió en el caso de *Facebook* que acabamos de examinar. No obstante, puede haber supuestos en que proceda una intervención pública. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando se denuncian a la Agencia Española de Protección de Datos actuaciones contrarias al derecho al olvido o en el caso de la intervención de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios para prohibir la venta de sustancias ilegales. Y también sucede en las ocasiones en que se incide indebidamente en los procesos electorales, en los que la Junta Electoral Central debe actuar para preservar su regularidad.

La sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo n.º 246/2022, de 28 de febrero (recurso n.º 135/2021), se ocupó de un supuesto de este tipo. En efecto, en el período electoral abierto por la convocatoria de las elecciones al Parlamento de Cataluña del 14 de febrero de 2021, *VOX* publicó en su cuenta de la red social *TWITTER* el 27 de enero --el día anterior al comienzo de la campaña electoral-- que la población de origen magrebí residente en Cataluña era responsable del 93% de las denuncias por

delitos. El 28 de enero la red social comunicó a *VOX* que limitaba temporalmente algunas de las funciones de su cuenta porque este partido político había incumplido las “Reglas de *Twitter*” que prohíben “la incitación al odio” así como “amenazar, acosar o fomentar la violencia contra las personas por motivos de raza, origen étnico, nacionalidad, orientación sexual, género, identidad de género, religión, edad, discapacidad o enfermedad”. La limitación duró ocho días durante los cuales *VOX* pudo comunicarse con los demás usuarios mediante mensajes directos desde su cuenta y también podían consultarse las anteriores publicaciones.

VOX reclamó ante la Junta Electoral Central pidiéndole la restitución inmediata de su cuenta y que apercibiera a *Twitter* frente a conductas futuras similares de posible desobediencia y eventuales sanciones.

La Junta Electoral Central, entendió que a *Twitter* no le es aplicable el artículo 66.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General por no ser un medio de comunicación¹⁰ sino una “herramienta de contacto social”, y que su relación con los usuarios es de carácter privado. No obstante, señaló que, precisamente por la enorme difusión de sus mensajes y por su indiscutible relevancia, se ha convertido en un instrumento casi imprescindible en las campañas electorales. De ahí que considerara justificada en casos extremos la intervención de la Administración Electoral a fin de velar por respeto a los principios de pluralismo político (artículo 66.1), de transparencia, de objetividad y de igualdad (artículo 8.1), siempre de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, que presiden todo proceso electoral y trascienden a esa relación privada.

¹⁰ El artículo 66.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General dice así: “2. Durante el periodo electoral las emisoras de titularidad privada deberán respetar los principios de pluralismo e igualdad. Asimismo, en dicho periodo, las televisiones privadas deberán respetar también los principios de proporcionalidad y neutralidad informativa en los debates y entrevistas electorales así como en la información relativa a la campaña electoral de acuerdo a las Instrucciones que, a tal efecto, elabore la Junta Electoral competente”.

Por otra parte, concluyó que es legítimo, razonable y no discriminatorio, que la red social prohíba conductas que inciten al miedo o difundan estereotipos de temor sobre una categoría protegida de personas.

Explicó que la limitación a la libertad de expresión en que se tradujo la medida adoptada por *Twitter* respecto de la cuenta de *VOX* fue procedente porque este partido político infringió una regla general aplicable a todos los usuarios de la red social y que debía conocer y, sobre todo, porque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia es aplicable en virtud del artículo 10.2 de la Constitución, y el Tribunal Constitucional admiten ese límite. Y como existe un vacío normativo, la Administración Electoral sólo puede actuar en casos extremos de vulneración por las redes sociales de los principios de pluralismo político, transparencia, objetividad o igualdad entre las candidaturas presentadas, pero no era el caso. Por eso, rechazó las pretensiones de *VOX*, confirmando de este modo la decisión de *Twitter*.

Uno de los vocales de la Junta Electoral Central formuló voto particular discrepante por razones de forma y de fondo. Destacó que la actuación de *Twitter* se había producido de plano y consistió en imponer *inaudita parte* una sanción constitutiva de verdadera censura previa y de secuestro sin resolución judicial, además de ser desproporcionada.

La sentencia de la Sala Tercera desestimó el recurso de *VOX* que alegaba la vulneración por *Twitter* de su derecho fundamental a la libertad de expresión, le reprochaba arrogarse funciones propias de la jurisdicción y negó haber orquestado una campaña contra el Islam o estar en contra de la religión islámica. Atribuyó a la red social haberle causado un perjuicio muy grave ya que, por su enorme relevancia pública, su proceder superaba el ámbito privado y afectaba al derecho de sufragio pasivo de sus candidatos. Tachó en consecuencia de arbitraria la valoración del principio de

proporcionalidad por el acuerdo de la Junta Electoral Central, pues no había delito de odio y se sirvió de datos del Instituto Nacional de Estadística.

El Tribunal Supremo confirmó la naturaleza privada de la relación entre la red social y quienes abren cuentas en ella y destacó que las cláusulas que VOX reputaba abusivas e unilaterales las había aceptado en su momento y, en todo caso, no pueden ser anuladas por la Junta Electoral Central ni tampoco por la Sala Tercera, precisamente por su carácter privado. El desacuerdo sobre los límites que imponen las “Reglas de Twitter”¹¹, explicó, solamente puede ser enjuiciado por la jurisdicción civil. Ahora bien, juzgó justificada la intervención de la Junta Electoral Central por verse afectada una candidatura en un proceso electoral pero, no en razón del artículo 66.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, sino de los principios generales de su artículo 8.1: los de transparencia, objetividad e igualdad.

Se pregunta la sentencia hasta dónde puede llegar la Junta Electoral Central en ocasiones como ésta y coincide con el acuerdo impugnado en que evitar el llamado discurso del odio está amparado por la normativa y por la jurisprudencia mencionadas a pesar de que se trate de la aplicación de un contrato en el que la prestadora del servicio se reserva la posibilidad de limitar una cuenta si el usuario incurre en actuaciones prohibidas. En concreto, declara conforme a Derecho una intervención de la Junta Electoral Central dirigida a comprobar la existencia del pacto, que éste responde a un fin legítimo y que no se ha aplicado de manera irracional, parcial o discriminatoria para perjudicar a unas candidaturas en beneficio de otras. Una actuación de la Junta Electoral Central como la presente, añade, responde al ejercicio prudente de las potestades de ordenación del proceso electoral sin perjuicio de que VOX pueda acudir a la jurisdicción civil.

¹¹ Se pueden consultar en <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies>.

A partir de ahí, la sentencia encuentra no sólo razonable sino también proporcionado el control de la Administración Electoral que se produjo sobre la actuación de *Twitter*. No obstante, observa que pudieron valorarse dos circunstancias de sentido contrario que se compensan entre sí: de un lado, *Twitter* pudo escuchar a *VOX* antes de limitar su cuenta; de otro, *VOX* no reaccionó hasta el día en que acababan los efectos de la limitación de manera que poco daño debió causar a su campaña si no actuó antes para pedir, al menos, una medida cautelar.

Termina la sentencia de este modo:

“(…) se desestima la demanda, no sin dejar constancia de lo insatisfactorio que, tanto en lo procedimental como en lo material, es el escaso tratamiento legal de ese poder censor que se reservan contractualmente las redes sociales, erigidas hoy día en medios de difusión masiva de todo tipo de contenidos, también políticos, con un poder e influencia manifiestos en tiempos electorales. E insatisfactoria es, también por su escasez, la regulación de la potestad de control atribuida a la Administración electoral”.

De nuevo, vemos que disposiciones y principios pensados para una realidad analógica se aplican al medio digital¹² y que es preciso hacer el esfuerzo de argumentar que así debe ser para que no queden espacios carentes de regulación aunque la existente sea la que ofrecen los principios generales. Puede parecer insatisfactorio en la medida en que recurrir a ellos deja en la indeterminación cuáles puedan ser las soluciones. No es, sin embargo, algo desconocido, no se produce ahora por vez primera, sino que sucede siempre que los cambios sociales, económicos y culturales dejan atrás normativas establecidas en contextos anteriores, diferentes a los nuevos. En tales ocasiones, son los principios los que ofrecen criterios válidos. No en vano son, en

¹² Otra muestra la ofrece la sentencia del pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo n.º 32/2024, de 11 de enero (casación n.º 1671/2022), que aplica el derecho de rectificación a un medio de comunicación digital y le condena a efectuarla “mediante un nuevo vínculo” con “relevancia semejante” y aviso aclaratorio en lugar visible junto con la información original. No es suficiente, pues, para satisfacer ese derecho con que el medio en cuestión publique la rectificación, sino que es preciso, además, que la difunda íntegramente de la forma indicada.

expresión de don Federico de Castro y Bravo, como el aire en el que jurídicamente se vive, cuya existencia no se advierte mientras no está en cuestión¹³.

3. *La aproximación normativa.*

A) Viejos y nuevos moldes

Del mismo modo que hay viejos derechos que adquieren contenidos nuevos, hay nuevos derechos que surgen a partir de viejos contenidos, sea porque los existentes amplían su contenido sea porque les dan cobertura principios ínsitos en el ordenamiento jurídico que con anterioridad tuvieron una proyección más limitada que la que pasan a recibir.

Basta con reparar en las dimensiones actuales del principio de igualdad para constatar la amplia variedad de intereses que protege. Algo parecido sucede con el derecho a la vida, que ampara también la salud, si no en todos los casos, sí en los más importantes y con el derecho a la integridad física y moral que comporta el derecho a morir en los términos reconocidos por la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, según ha dicho la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 94/2023.

A partir de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos n.º 16798/90, de 9 de noviembre de 1994 (caso *López Ostra contra España*), la inviolabilidad del domicilio sirve para defender un medio ambiente respetuoso con el desenvolvimiento de la vida privada. La imposición al legislador de la limitación del uso

¹³ Federico de Castro y Bravo, *Compendio de Derecho Civil*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, pág. 112.

de la informática encubre el derecho a la protección de datos según declaró la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 292/2000. Son numerosas las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que mantienen que el derecho de acceder a los cargos públicos implica el de permanecer en ellos y el derecho a la tutela judicial reúne tal gama de facetas que es en sí mismo todo un catálogo completo. Algo parecido ocurre con el derecho a la legalidad sancionadora y con los derechos educativos.

En realidad, la doble naturaleza objetiva y subjetiva de todos los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución hace posible que acojan pretensiones con anterioridad no previstas entre las que amparan y lo mismo sucede con los que han sido reconocidos como principios generales del Derecho. De ahí que, sin esperar a las reformas constitucionales, al igual que la interpretación de los tribunales puede ampliar el alcance de los derechos existentes, eso mismo pueda hacerlo el legislador.

B) Los derechos digitales y la Carta de derechos digitales

En la tarea de ofrecer cobertura jurídica en forma de derechos fundamentales a las nuevas necesidades de la vida cabe, por tanto, según decía, la ampliación de las figuras existentes. Es lo que hizo la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Aprobada años antes de que se reconociera judicialmente y por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea el que los protege, sin embargo expresamente admitió que daba carta de naturaleza a un nuevo derecho, aunque no calificara su naturaleza.

Esa misma senda, para ya con el derecho fundamental reconocido a nivel europeo e interno es la que sigue la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos que, no por casualidad, se llama también de garantía de los derechos digitales.

Su Título X se dedica a ellos. Son los artículos 79 a 97 los que lo hacen¹⁴.

Importa indicar que el primero de esos preceptos, el artículo 79, bajo la rúbrica “Los derechos en la Era digital”, se preocupa de recordar que los reconocidos por la Constitución y los tratados “son plenamente aplicables en Internet” y dice que “Los prestadores de servicios de la sociedad de la información y los proveedores de servicios de Internet contribuirán a garantizar su aplicación”. Si se tiene en cuenta que los derechos fundamentales valen porque los han reconocido la Constitución o los tratados y que vinculan a todos, al igual que la propia Constitución y los tratados, esta declaración no parece comportar especiales consecuencias efectivas.

No obstante, está bien precisar que Internet y, en general, las relaciones que se producen en las redes no son un ámbito exento de Derecho objetivo ni ajeno a los derechos fundamentales y que el sometimiento, a menudo problemático, de ese espacio a disciplina jurídica y la garantía en ese ámbito de estos últimos no deriva de la prescripción de la Ley Orgánica, sino de las fuentes superiores que proclaman tales derechos fundamentales.

Por lo demás, el repaso a las figuras recogidas en los artículos 80 a 97 revela que parte de ellos está presente con mayor o menor precisión en el Reglamento Europeo. Así, la protección de los menores en Internet (artículos 84 y 92), el derecho al olvido (artículos 93 y 94) y el derecho de portabilidad (artículo 95). O son cercanas a las previstas en aquél: el derecho a la seguridad digital (artículo 82), los derechos de rectificación en Internet (artículo 85) o el derecho a la actualización de informaciones en medios de comunicación digital (artículo 86).

¹⁴ En el *gran Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales*, dirigido por Antonio Troncoso Reigada (Civitas, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2021), tomo II, págs. 3855 y sigs, se analizan las distintas previsiones y figuras que contemplan estos preceptos.

La declaración del derecho de acceso universal a Internet (artículo 81) dependerá de la creación de las infraestructuras y medios que lo permitan. Desde la Ley 11/2007 (artículo 6) y ahora con la Ley 39/2015 (artículo 12), existe un cierto soporte a la pretensión que quiere satisfacer esta proclamación, pero solamente a efectos de sus relaciones con las Administraciones Públicas. Por tanto, serán necesarias medidas concretas e inversiones para que llegue a ser plenamente efectivo este derecho y se puedan lograr los objetivos de igualdad que al respecto se proclaman.

De ahí que el último de los artículos del Título X, el 97, bajo la rúbrica “Políticas de impulso de los derechos digitales”, comprometa al Gobierno a presentar, en colaboración con las Comunidades Autónomas, un Plan de Acceso a Internet que supere las brechas digitales y ofrezca espacios de conexión de acceso público. También le obliga a aprobar un Plan de Actuación encaminado a promover la formación, difusión y concienciación para que los menores usen de manera equilibrada los dispositivos digitales y las redes sociales. El catálogo de medidas impuestas al Gobierno se completa con la obligación de presentar un informe anual “ante la comisión correspondiente del Congreso de los Diputados” que dé cuenta de “la evolución de los derechos y garantías y mandatos” del Título X y de las medidas necesarias para promover su impulso y efectividad.

El derecho a la educación digital (artículo 83) se traduce en la exigencia de que en la formación que debe ofrecer el sistema educativo se incluya la correspondiente al uso de los medios digitales y se enseñe a respetar en su utilización los derechos fundamentales, en especial los derechos a la intimidad y a la protección de datos. A tal fin requiere que se prevea la correspondiente formación del profesorado y que, en los procesos selectivos a los cuerpos superiores de las Administraciones Públicas y a aquellos cuyos miembros, por las funciones que les corresponden, deban acceder habitualmente a datos personales, se incluyan temas sobre los derechos digitales y sobre el de protección de datos.

Por su parte, el derecho al testamento digital (artículo 96) se proyecta sobre los contenidos gestionados por los prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas y apodera a los herederos para acceder a ellos y disponer de los mismos e incluye en esa facultad de disposición el mantenimiento o supresión de los perfiles del causante en redes sociales o servicios equivalentes.

Las restantes figuras se encaminan a proteger a los trabajadores¹⁵. Así, ponen límites a la utilización por el empleador de dispositivos digitales para superar los horarios laborales (artículo 88), se dirigen a preservar espacios de intimidad frente a posibles injerencias en las comunicaciones digitales de los trabajadores (artículo 87), limitan la videovigilancia o la grabación de sonidos en el lugar del trabajo (artículo 89) al igual que la utilización de instrumentos de geolocalización (artículo 90). Todavía en el plano laboral, se dice que en la negociación colectiva los convenios pueden establecer garantías adicionales de estos derechos (artículo 91).

En general, se ha de decir que estos derechos digitales y las orientaciones que les acompañan son concreción de otros ya reconocidos o de principios que ya informan los ámbitos materiales sobre los que se proyectan. Esa circunstancia relativiza el significado de su inclusión en la Ley Orgánica. En todo caso, la realización de los más ambiciosos dependerá, sobre todo --ya se ha dicho-- de la determinación del legislador y de los gobernantes para allegar los recursos y medios necesarios y para aplicarlos con eficiencia a los objetivos enunciados en el Título X.

En otro nivel, cabe señalar que el 14 de julio 2021 se publicó la Carta de Derechos Digitales¹⁶. Se trata de un documento sin valor normativo, elaborado con la participación de un amplio número de expertos, que no pretende crear nuevos derechos fundamentales --cosa que no podría hacer de ningún modo-- sino “perfilar los más relevantes en el entorno y espacios digitales o describir derechos instrumentales o

¹⁵ Materia en la que la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de septiembre de 2017 (asunto *Barbulescu contra Rumanía*) ha sentado pautas fundamentales.

¹⁶ Accesible en <https://espanadigital.gob.es/lineas-de-actuacion/carta-de-derechos-digitales>.

auxiliares de los primeros”. Se inscribe en un proceso abierto de reflexión para mejorar la adecuación del marco jurídico a las nuevas realidades¹⁷.

Tiene, desde luego, la utilidad de identificar derechos y sistematizarlos en los siguientes grupos: (i) *derechos de libertad*, que son los derechos a la identidad en el entorno digital, a la protección de datos, al pseudoanonimato, a no ser localizado ni perfilado, a la ciberseguridad y a la herencia digital; (ii) *derechos de igualdad*, que son el derecho a no ser discriminado en el entorno digital, a acceder a internet, el derecho de los menores en el entorno digital, a la accesibilidad universal al mismo y a la superación de las brechas de acceso; (iii) los *derechos de participación y de configuración del espacio público*, que son el derecho a la neutralidad de internet, las libertades de expresión e información, el derecho a recibir información veraz, el derecho a la participación ciudadana por medios digitales, el derecho a la educación digital y los derechos digitales de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas; (iv) los *derechos del entorno laboral y empresarial*; (v) los *derechos digitales en entornos específicos*: el derecho de acceder a datos con fines de archivo, investigación, estadísticos y de innovación y desarrollo, el derecho al desarrollo tecnológico y digital sostenible, el derecho, el derecho a la protección de la salud en el entorno digital, la libertad de creación y el derecho a de acceso a la cultura en el entorno digital, los derechos ante la inteligencia artificial, y los derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías.

La Carta finaliza con unas previsiones sobre las garantías y la eficacia de estos derechos. A este último respecto dice:

“XXVIII

Eficacia

El Gobierno adoptará las disposiciones oportunas, en el ámbito de sus competencias, para garantizar la efectividad de la presente Carta”.

¹⁷ Sobre su naturaleza y contenido versan los trabajos reunidos en Lorenzo Cotino Hueso (coord.), *La Carta de Derechos Digitales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Del resumen anterior se desprende que, efectivamente, no estamos ante un texto especialmente creativo sino, como reconoce en sus consideraciones previas, “descriptivo, prospectivo y asertivo”. Refleja, asimismo, por la manera en que se expresa lo que podríamos llamar sin ningún sesgo negativo, sino todo lo contrario, “ideología digital”. Quiero decir que es militante tanto a favor de la consolidación y fortalecimiento de los derechos que ya están presentes en el ordenamiento jurídico, bien específicos bien en su vertiente digital, cuanto de la formulación de otros, ya sean especificación ulterior de los reconocidos, ya sean de nueva creación. En la medida en que esta Carta ha sido fruto de una iniciativa acogida y presentada como propia por el Gobierno, es de esperar que sirva de acicate para la aprobación de proyectos de ley dirigidos a ese objetivo. En todo caso, servirá como instrumento interpretativo de las disposiciones normativas vigentes.

4. *La aproximación de la Unión Europea*¹⁸

En 2022 la Unión Europea aprobó dos reglamentos de importancia fundamental para la cuestión que estamos examinando. Son los que he mencionado al principio: el Reglamento 2022/1925, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 1828 (*Reglamento de Mercados Digitales*). Y el Reglamento (UE) 2022/2065, del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (*Reglamento de Servicios Digitales*).

¹⁸ Es muy interesante el número que el *European Law Journal* n.º 29/2023, bajo el título “Law and common good in the digital age: Where are thou?” dedica a las dificultades que supone el sometimiento a Derecho de los nuevos espacios y actividades que trae consigo la tecnología digital.

Además, se ha anunciado a finales de 2023 un acuerdo sobre la regulación de la Inteligencia Artificial pero todavía no se ha plasmado en un texto normativo¹⁹. No obstante, por las informaciones que se han facilitado al respecto parece que seguirá pautas inspiradas en las que animan estos reglamentos, las cuales, a su vez, guardan estrecha relación con la técnica utilizada por el Reglamento (UE) 676/2016.

A) Aspectos ahora relevantes del *Reglamento de Mercados Digitales*

En efecto, vemos que el *Reglamento de Mercados Digitales* se construye principalmente sobre la noción de los guardianes de acceso (*gatekeepers*). Esto es, aquellas empresas calificadas como tales por la Comisión Europea, en razón de su gran influencia en el mercado interior, que prestan servicios de acceso importantes para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales y gocen de una posición afianzada y duradera²⁰. Los servicios básicos de plataforma que prestan (artículo 2) pueden ser los de intermediación en línea, los motores de búsqueda, los de redes sociales, los de plataformas de intercambio de videos, los de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración, los sistemas operativos, los navegadores de red, los asistentes virtuales, los de computación en la nube, los de publicidad en línea.

Pues bien, lo significativo es que este Reglamento establece para estos guardianes de acceso, cuya designación como tales no depende de su voluntad sino de

¹⁹ Ya entregado el texto se ha publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea n.º 1689, de 12 de julio de 2024 el Reglamento (UE) 2024/1689, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE), n.º 167/ 2013, (UE) 2018/858; (UE) 201871139, y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Digital).

²⁰ Según el artículo 3 del Reglamento de Mercados Digitales, se presumirá esa cualidad de aquellas empresas que alcancen un volumen de negocio anual superior a 7.500.000.000€ de media en los tres últimos años; o con un valor bursátil sea de al menos setenta y cinco mil millones de euros en el último ejercicio; o con al menos cuarenta y cinco millones de usuarios finales activos en la Unión Europea, de los cuales, al menos 10.000 usuarios profesionales activos anuales.

su peso específico en el mercado, un régimen especial que les obliga a extremar todas las cautelas a su alcance para evitar que se sirvan en su provecho de los datos personales de los usuarios finales, que su preponderancia limite el acceso de los demás a los servicios o que sean desleales.

Y, a fin de asegurar que respetan los límites que el Reglamento, además de someterles a los controles que ejercen de manera continuada las autoridades encargadas de velar por la competencia, obliga a los guardianes de acceso a dotarse de agentes de verificación del cumplimiento (artículo 28), a los que dota de un estatuto singular y obliga a cooperar con la Comisión Europea. Se añaden los rasgos principales de esta regulación las importantes sanciones previstas para las infracciones en que incurran los guardianes de acceso: sus cuantías van desde el 1% del volumen de negocios total a nivel mundial en el ejercicio anterior hasta el 20%. También prevé multas coercitivas diarias de hasta el 5% del promedio diario de dicho volumen para obligarles a cumplir las medidas que especifique la Comisión.

En fin, el Reglamento completa su diseño con la creación de una instancia consultiva: el Grupo de Alto Nivel, integrado por estos organismos europeos: a) Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas; b) Supervisor Europeo de Protección de Datos y Comité Europeo de Protección de Datos; c) Red Europea de Competencia; d) Red de cooperación en materia de protección de los consumidores, y e) Grupo de Entidades Reguladoras Europeas para los Servicios de Comunicación Audiovisual.

B) Aspectos ahora relevantes del *Reglamento de Servicios Digitales*

A su vez, el *Reglamento de Servicios Digitales*, por un lado, exime de responsabilidad a los prestadores de los servicios de intermediación y de alojamiento

por los contenidos ilícitos que suban los usuarios siempre que sean del todo ajenos a ellos y actúen con diligencia nada más saber de esa ilicitud para retirarlos o bloquearlos e impedir el acceso a los mismos (artículos 4 a 7). De otro lado, afirma la inexistencia de una obligación general de los prestadores de servicios intermediarios de monitorización o de búsqueda activa de hechos indicativos de la existencia de actividades ilícitas (artículo 8).

Asimismo, se preocupa por crear un entorno en línea transparente y seguro (artículos 11 y siguientes). Para ello, obliga a todos los prestadores a ofrecer un punto único de contacto con las autoridades competentes y otro con los destinatarios. Exige que informen, al menos, anualmente con claridad de cualquier actividad por su parte de moderación de los contenidos, ya sea a requerimiento de las autoridades, a consecuencia de notificaciones o por iniciativa propia, con indicación en todo caso del contenido presuntamente ilícito de que se trate.

Impone a los prestadores de plataformas dotarse de un sistema interno eficaz de gestión de reclamaciones (artículo 20) y también se ocupa el Reglamento de la resolución extrajudicial de litigios (artículo 21) ante órganos certificados para esa labor, a los cuales reconoce la imparcialidad necesaria para realizar ese cometido. El destinatario del servicio no estará obligado a soportar los gastos del procedimiento si el litigio se resuelve a favor del prestador a no ser que el órgano de resolución extrajudicial determine que aquél actuó manifiestamente de mala fe. En caso de que el destinatario obtenga un pronunciamiento favorable, el prestador deberá sufragar todos los honorarios del órgano de resolución y reembolsar al destinatario los gastos razonables que haya abonado.

Habilita también a los prestadores de plataformas para, previa advertencia, suspender temporalmente el servicio a destinatarios que proporcionen con frecuencia contenidos manifiestamente ilícitos (artículo 23).

Para un mejor control del respeto a sus disposiciones, el Reglamento obliga a los Estados a instituir un coordinador de servicios digitales (artículos 49 a 51), dotado de autonomía, y crea la figura de los “alertadores fiables” --*trusted flaggers*-- (artículo 22), los cuales serán reconocidos por los coordinadores de servicios digitales a solicitud de los interesados que cuenten con estas condiciones: a) poseer conocimientos y competencias específicos para detectar, identificar y notificar contenidos ilícitos; b) no depender de ningún prestador de plataformas en línea; c) realizar sus actividades con el fin de enviar notificaciones de manera diligente, precisa y objetiva. A estos “alertadores fiables” se les reconoce la facultad de notificar a los prestadores de servicios digitales la presencia en ellos de elementos de información concretos ilícitos.

El Reglamento descansa en medida fundamental en el tratamiento singular de los prestadores de servicios en línea y de los motores de búsqueda de muy gran tamaño (artículos 33 a 44 y 64 a 83). O sea, aquellos con más de cuarenta y cinco millones de usuarios. Al igual que a los guardianes de acceso al mercado digital, a estas grandes entidades se les imponen deberes especiales y se les exigen medidas organizativas y de funcionamiento rigurosas para reducir los riesgos (artículo 35) y responder a las crisis (artículo 36). Deben, además, someterse a auditorías independientes (artículo 37), ofrecer una transparencia adicional (artículos 39 y 42) y establecer una función de comprobación del cumplimiento (artículo 41) y crear un jefe de la misma con autoridad, rango y recursos suficientes para seguir eficazmente el cumplimiento del Reglamento.

Es significativa la obligación de estos prestadores y motores de muy gran tamaño de evaluar con diligencia, al menos una vez al año, los posibles riesgos sistémicos en la Unión derivados del diseño o del funcionamiento de los servicios y de los sistemas relacionados con él, incluidos los sistemas algorítmicos o del uso que se haga de dichos servicios (artículo 34).

Los riesgos sistémicos que necesariamente deben ser evaluados son estos:

a) la difusión de contenido ilícito;

b) cualquier efecto negativo real o previsible para el ejercicio de los derechos fundamentales, en particular los relativos a la dignidad humana amparada por el artículo 1 de la Carta, al respeto de la vida privada y familiar amparada por el artículo 7 de la Carta, a la protección de los datos de carácter personal amparada por el artículo 8 de la Carta, a la libertad de expresión e información, incluida la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación, amparada por el artículo 11 de la Carta, a la no discriminación amparada por el artículo 21 de la Carta, a los derechos del niño amparados por el artículo 24 de la Carta y a un nivel elevado de protección de los consumidores, amparada por el artículo 38 de la Carta²¹;

c) cualquier efecto negativo real o previsible sobre el discurso cívico y los procesos electorales, así como sobre la seguridad pública;

d) cualquier efecto negativo real o previsible en relación con la violencia de género, la protección de la salud pública y los menores y las consecuencias negativas graves para el bienestar físico y mental de la persona.

El régimen sancionador (artículo 52) autoriza multas de hasta el 6% del volumen de negocios anual en todo el mundo del prestador de servicios intermediarios en el ejercicio fiscal anterior. Igualmente, el Reglamento prevé la posibilidad de imponer multas coercitivas de hasta el 5% del promedio diario del volumen de negocios en todo

²¹ Sobre las posibles tensiones entre el régimen de responsabilidad de las plataformas y los derechos fundamentales, véase Giancarlo Rossio, "Taking fundamental rights seriously in the Digital Services Act's platform liability regime", en *European Law Journal*, n.º 29/2023, págs. 31 y sigs.

el mundo o de los ingresos del prestador de servicios intermediarios en el ejercicio fiscal anterior.

Desde el punto de vista institucional, el Reglamento crea la Junta Europea de Servicios Digitales (artículos 61 y siguientes), integrada por los coordinadores de servicios digitales de los Estados, con competencias consultivas y de apoyo a las autoridades competentes.

C) Conclusiones

De manera parecida a la seguida por el Reglamento (UE) 676/2016 para establecer un régimen unitario de protección de datos personales en la Unión Europea y equilibrar sus exigencias con la circulación de esos datos, estos dos reglamentos europeos se esfuerzan por crear las condiciones de buen funcionamiento del mercado digital y de un entorno transparente y seguro en la prestación de servicios digitales.

Para ello, identifican tales condiciones y sientan las bases para que las empresas compitan lealmente sin restricciones indebidas y para que en la prestación de servicios digitales no se introduzcan contenidos ilícitos. A tal fin, ambos promueven actuaciones de empresas y prestadores conformes a los reglamentos, facilitan procedimientos para que sean ellos mismos los que afronten y resuelvan las disfunciones, rehúyen los controles previos y se centran en imponerles pautas organizativas y funcionales coherentes con los fines que persiguen.

Dedican ambos atención principal a las entidades más relevantes: los guardianes de acceso al mercado y los prestadores de servicios y los motores de búsqueda de muy gran tamaño, para sujetarles especialmente. En este último caso, se acude a la

colaboración de los “alertadores fiables” (*trusted flaggers*), figura que, pese a ser diferente, recuerda la de los *whistleblowers* prevista por la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, traspuesta por la Ley 2/2023, de 20 febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

Coinciden en reforzar la actuación pública dirigida a comprobar el cumplimiento de sus disposiciones, ya sea habilitando poderes específicos para la Comisión, bien imponiendo la creación de nuevas autoridades además de establecer mecanismos consultivos y auxiliares. Es, como he dicho, un patrón parecido al del Reglamento General de Protección de Datos.

¿Qué significa?

Pues, sencillamente, que la Unión Europea ha optado por seguir una orientación diferente a la de la intervención administrativa típica. Ha preferido la senda pragmática que deja a los operadores las adaptaciones organizativas y funcionales necesarias para que su actividad respete los derechos y los intereses públicos que subyacen a las respectivas regulaciones. Un camino que da preferencia a la prevención y al autocontrol, que fomenta la iniciativa de terceros cualificados y que contrapone a la ausencia de autorizaciones previas un muy severo régimen sancionador. Es el que se ha calificado de constitucionalismo procedimental digital²².

Dejando ahora al margen el problema, no menor, de que en el campo digital, las regulaciones, para ser eficaces verdaderamente, han de ser de alcance universal, de esta

²² Así, Oreste Pollicino, “The quadrangular shape of the geometry of digital power(s) ante the move towards a procedural digital constitutionalism”, en *European Law Journal*, n.º 29/2023, págs-10 y sigs.

opción pragmática se puede decir que es, ciertamente, practicable. Y que puede sujetar a las grandes empresas tecnológicas a las disposiciones europeas pues el mercado de la Unión es atractivo suficiente para aceptar el sometimiento a su Derecho para aquellas que radican fuera de sus fronteras.

Está claro que los dos reglamentos en los que me he detenido no se han dictado con el propósito de dar protección a los derechos fundamentales pero indirectamente contribuyen a ella. Sucede algo parecido a lo que ocurrió con las primeras regulaciones de las Comunidades Europeas. Su objetivo era la libre circulación de personas, bienes y servicios, realizar el entonces llamado “Mercado Común”. No obstante, de esa disciplina derivaron derechos y principios y técnicas jurídicas para su protección que hoy se proyectan a todos los comprendidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Pues bien, creo que de estos reglamentos derivarán efectos parecidos y, además, su aplicación abrirá el camino a ulteriores desarrollos garantistas. En especial, me parece muy importante que se identifiquen como riesgos sistémicos a prevenir y evitar los que amenacen a la dignidad humana, a los procesos cívicos y electorales, en definitiva a los derechos fundamentales.

No desconozco que no es lo mismo establecer reglas jurídicas que hacerlas valer. Tampoco ignoro que entidades tan importantes económicamente como las grandes tecnológicas y otras que no llegan a su dimensión universal pero sí la poseen en el ámbito europeo o en el nacional, cuentan con peso y resortes suficientes, si no para eludir las regulaciones, sí para protegerse de los instrumentos coercitivos que he mencionado y, por ejemplo, demorar la efectividad de las sanciones que se les puedan llegar a imponer.

Creo, sin embargo, que la posibilidad de verse enfrentado a ellas es, por sí solo, un factor de significativos efectos disuasorios pues no se podrá tener nunca la seguridad de que no acaben aplicándose. En cualquier caso, la natural tendencia de las grandes

operadoras a primar su beneficio nos sitúa ante un escenario nada nuevo. No es otro que el del sometimiento del poder al Derecho que está en el fundamento de nuestro constitucionalismo, si bien ahora con la singularidad de que no es el Estado, no es el poder político público, sino el privado y económico el que debe ser limitado, precisamente, por el poder político.