

CENSURA COLATERAL Y PROCESO EFICIENTE: EFECTO HORIZONTAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL ÁMBITO DIGITAL

JESÚS IVÁN MORA GONZÁLEZ¹

jesusivanmora@ugr.es

Cómo citar/Citation

Mora González, J. I. (2023).

Censura colateral y proceso eficiente: efecto horizontal
de la libertad de expresión en el ámbito digital.

Revista de Derecho Comunitario Europeo, 75, 293-332.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.75.09>

Resumen

Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea han señalado el valor de la libertad de expresión no solo en las relaciones de verticalidad entre el Estado y el ciudadano, sino igualmente en las de carácter horizontalidad, requiriendo con ello una correcta ponderación de los intereses en juego a través del principio de proporcionalidad. La Directiva (UE) 2019/790, sin embargo, viene a desvincularse de esta ponderación a través del requerimiento de un mayor nivel de supervisión por parte de los intermediarios mediante técnicas de filtrado y con una redacción difusa de la norma que genera incentivos para el ejercicio de una censura colateral, con el consiguiente efecto desaliento. Frente a esta problemática, la delimitación de la responsabilidad del intermediario necesitaría de la implementación de mecanismos ponderativos respetuosos con la presunción de inocencia y el requerimiento de un conocimiento específico. Y ello a pesar de que implique una menor eficiencia en la identificación y eliminación de posibles infracciones, es decir, vinculando el alcance de su responsabilidad no solo con la necesidad de un proceso eficiente, sino fundamentalmente con el reconocimiento de la capacidad dia-

¹ Profesor contratado doctor de Derecho Penal, Universidad de Granada, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Melilla.

lógica ciudadana con un efecto horizontal en la libertad de expresión para el establecimiento de espacios de no colaboración que eviten la censura colateral del intermediario.

Palabras Clave

Efecto horizontal; libertad de expresión; intermediarios; censura colateral; proceso eficiente.

COLLATERAL CENSORSHIP AND EFFICIENT PROCESS: HORIZONTAL EFFECTS OF FREEDOM OF SPEECH ON THE INTERNET

Abstract

Both the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union have highlighted the value of freedom of speech not only in vertical relations between States and citizens, but also in horizontal relations through the proportionality principle. Directive (EU) 2019/790 by means of emphasizing the need for an efficient process has increased the requirements for the safe harbour, that is, to be considered neutral actors and avoid liability intermediaries must implement a higher level of supervision on content uploaded through filtering techniques that generates incentives for collateral censorship causing chilling effects on freedom of speech. Faced with this problem, the scope of internet service providers' liability should be delimited according to the due process rights and the requirement for specific knowledge even if this implies less efficiency to block infringing content. In other words, internet service providers' liability would be justified not only on the need for efficiency, but fundamentally on the recognition of citizens' dialogical capacity linked to the horizontal effect of freedom of speech to promote creativity and avoid collateral censorship on the internet.

Keywords

Horizontal effects; freedom of speech; internet service providers; collateral censorship; efficient process.

CENSURE COLLATÉRALE ET PROCESSUS EFFICACE : EFFETS HORIZONTAUX DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION SUR INTERNET

Résumé

Tant la Cour européenne des droits de l'Homme que la Cour de justice de l'Union européenne ont rappelé la valeur de la liberté d'expression non seulement

dans les relations verticales entre l'État et le citoyen, mais aussi dans les relations horizontales à travers le principe de proportionnalité. La Directive (UE) 2019/790 se dissocie du principe de proportionnalité à travers un niveau plus élevé de surveillance par les intermédiaires sur les infractions commises sur l'internet au moyen de techniques de filtrage avec une formulation diffuse qui génère des incitations à l'exercice de la censure collatérale. Face à ce problème, la délimitation de la responsabilité de l'intermédiaire exigerait la reconnaissance de mécanismes de pondération respectueux de la présomption d'innocence et de l'exigence de connaissances spécifiques, bien que cela implique une moindre efficacité dans l'identification et l'élimination d'éventuelles infractions, c'est à dire lier l'étendue de sa responsabilité non seulement à la nécessité d'un processus efficace, mais fondamentalement à la reconnaissance de la capacité de dialogue du citoyen avec un effet horizontal sur la liberté d'expression pour l'établissement d'espaces de non-collaboration qui évitent la censure collatérale de l'intermédiaire

Mots clés

Effet horizontal; liberté d'expression; intermédiaires; censure collatérale; processus efficace.

SUMARIO

I. PROBLEMÁTICA DE LA CENSURA COLATERAL Y LA RELEVANCIA DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN. II. NOTICE AND STAYDOWN: CENSURA COLATERAL EN LA DIRECTIVA DE MERCADO ÚNICO DIGITAL DE 2019. III. CONOCIMIENTO ESPECÍFICO Y DERECHO DE DEFENSA: CRITERIOS INTERPRETATIVOS PARA EL NUEVO REGLAMENTO DE SERVICIOS DIGITALES DE 2022: 1. Requisitos formales para la generación de un conocimiento específico de presunta infracción. 2. Generación del conocimiento específico de la infracción: necesidad del derecho de defensa. 3. Incumplimiento del deber de impedir la continuidad del acto ilícito: alcance de la responsabilidad del intermediario. IV. CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. PROBLEMÁTICA DE LA CENSURA COLATERAL Y LA RELEVANCIA DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN

La libertad de expresión reconocida como derecho fundamental y articulada en un mecanismo de protección frente al Estado ha sufrido una profunda transformación con el advenimiento de internet. La descentralización informativa y un marcado carácter internacional de las nuevas tecnologías de la información han propiciado un basculamiento hacia su necesaria horizontalidad como mecanismo de protección de los usuarios frente a usos abusivos de otros particulares. Ello ha permitido plantear si la libertad de expresión posee una aplicabilidad en las relaciones privadas y si esta tiene la capacidad para reducir el alcance de la autonomía de la voluntad en la fijación de las cláusulas contractuales de acceso y uso de los servicios en internet, convirtiéndose en mecanismo protector de la capacidad dialógica ciudadana. Ello se produce, a la vez, en un contexto donde la dicotomía público/privado se encuentra difuminada debido a una constante privatización de funciones públicas en el ámbito internacional, especialmente a través de la generación de nuevos deberes de instrucción y enjuiciamiento para el castigo de las infracciones que tienen lugar a través de los prestadores de servicios de intermediación ante la incapacidad del Estado de implementar un proceso eficiente (Prechal, 2020: 410-420; Leersen, 2015: 99-119).

De este modo, la necesidad por un proceso eficiente en la identificación y castigo de infracciones en internet nos permite visualizar un cambio de

modelo en la regulación de la libertad de expresión con tres partes diferenciadas: el Estado; los prestadores de servicios de intermediación, cuya importancia crece día a día por la necesidad de utilización de sus servicios para generar un impacto en la distribución de contenidos, y los usuarios, quienes como terceros tienen la capacidad de convertirse en productores y consumidores de contenidos en el denominado *user-generated content* de la web 2.0 (Balkin, 2014: 2296-2342; 2004: 1-55). De este modo, los ciudadanos han transitado desde el rol de mero consumidor pasivo de contenidos a auténticos *prosumers*, convirtiéndolos en potencialmente infractores cuando existen derechos de uso exclusivo sobre determinados contenidos. Ello ha permitido generar un auténtico debate sobre el alcance de la libertad de expresión en la web 2.0 y el correspondiente efecto horizontal (*drittwirkung der grundrechte*) en el uso de los servicios de intermediación (Tomás Mallén, 2022: 214-218; Cherednychenko, 2021: 130-141; Prechal, 2020: 407-426; Kuczerawy, 2017: 233-237; Castañeda Méndez, 2016: 35-44; Gerstenberg, 2015, 600-620; Leczykievitz, 2013: 483-496; Teubner, 2012: 191-210)².

Por tanto, donde un modelo dualista ponía el acento en castigar al infractor directo, el proceso de internacionalización de las nuevas tecnologías obligaría a focalizar esta necesidad de control no tanto en los infractores directos (quienes suben y distribuyen material prohibido), sino en los intermediarios. Y estos, como partícipes, estarían llamados a implementar una serie de deberes públicos en la detención y bloqueo de contenidos ilícitos por su capacidad de hacer este proceso más eficiente en comparación con el implementado por el Estado (*State interference by proxy*) y por el beneficio que obtendrían de la infracción. Sin embargo, esta apelación a la eficiencia no estaría exenta de problemas, ya que el establecimiento de una responsabilidad sobre los intermediarios como mecanismo incentivador de una serie de deberes de carácter público puede traer consigo una erosión de las garantías para la protección de la presunción de inocencia junto con una potencial censura colateral y efecto desaliento en la creatividad ciudadana. Ello sucede como consecuencia de generar incentivos normativos para eliminar contenidos supuestamente infractores con la contraprestación de conservar la *etiqueta* de actor neutral, eximiéndose con ello de toda responsabilidad directa o indirecta. Por tanto, ante la dicotomía de quedar sometido a una eventual sanción (entre

² Para un estudio detallado de la *Drittwirkung* inmediata y mediata en Alemania, vid. Borowski (2020: 3-27). Sobre la eficacia horizontal de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, vid. Prechal (2020: 407-426) y Cruz Villalón (2017: 101-120). Sobre las obligaciones positivas en las relaciones entre particulares, vid. Arzoz Santisteban (2017: 161-170).

ellas penal) por no haber bloqueado un contenido específico, el intermediario se verá motivado en la eliminación no solo de los contenidos ilícitos, sino igualmente de contenidos lícitos, generando con ello un espacio de incertidumbre con incentivos para una censura colateral, con el consiguiente efecto desaliento en la capacidad dialógica ciudadana (Bassini, 2019: 186-190; Klonick, 2018: 1622-1625; García Morales, 2013, 255-270; Kreimer, 2006: 27-33).

Puede afirmarse, por tanto, que la explosión de las nuevas tecnologías de la información ha traído consigo una privatización de la actividad sancionatoria sobre los prestadores de servicios de intermediación justificada en la necesidad de un proceso eficiente. En este sentido, uno de los representantes más llamativos de la apelación por un proceso eficiente es la necesidad de la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial en un contexto internacional donde las garantías básicas de tutela judicial efectiva parecen entorpecer la eficiencia en la identificación y castigo de este tipo de infracciones. Para visualizar esta problemática pueden destacarse la Digital Millennium Copyright Act estadounidense (1998)³ y en la Unión Europea la Directiva 2000/31 sobre los servicios de la sociedad de la información.⁴ En ambos casos, a través del concepto de puerto seguro (*safe harbour*) el intermediario sería considerado como actor neutral y, por tanto, no sometido a responsabilidad siempre y cuando no infringiera sus deberes de colaboración contenidos en el modelo denominado *notice and takedown*.

Conforme a este modelo, cuando un titular de un derecho de propiedad intelectual notifica al intermediario la existencia de una supuesta infracción, esta notificación estaría sujeta a una serie de requisitos formales que justificaría el requerimiento de conocimiento específico de la infracción por parte del intermediario, generando con ello un deber de colaboración para con el titular de este derecho en la eliminación del contenido infractor. Sin embargo, la incertidumbre generada ante la posibilidad de verse privados de la exención de responsabilidad (puerto seguro) y la apelación a un proceso eficiente han provocado que la implementación del modelo se haya traducido en respuestas automáticas y sin posibilidad de control previo que permita al presunto infractor una adecuada defensa para mantener dicho contenido como parte fundamental de la libertad de expresión y, a la vez, como manifestación del

³ Digital Millennium Copyright Act. 17 USC 101. Oct.28, 1998. Public Law 105-304.

⁴ 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 (DO L 178, de 17 de julio de 2000, p. 1).

derecho de información del resto de usuarios al verse privados del acceso a estos contenidos (Carpou, 2016: 551-563; Kaesling, 2018: 158-159).

Esto tiene varios efectos negativos. El primero derivado de la expansión de la responsabilidad sobre los prestadores de servicios de intermediación, donde la inexistencia de recursos económicos ilimitados los haría excesivamente adversos al sometimiento de una sanción y, por tanto, al deseo de mantener su condición de actor neutral con independencia de si ello implica una *sobreprevención* de los contenidos creados y distribuidos en internet. El segundo, derivado del primero, es su incidencia en la creatividad e innovación en internet y cómo la libertad de expresión quedaría afectada sin una adecuada protección del derecho de defensa de todo usuario, esto es, ¿hasta qué punto la actividad de supervisión del intermediario sería capaz de respetar la presunción de inocencia y la igualdad de armas de todo proceso? Y más ampliamente considerado, ¿cuál debería de ser el alcance de los derechos fundamentales en la esfera digital? (Kanalán, 2016: 424-457; Redeker, 2018: 302-319).

Esto es importante porque los intermediarios se verán motivados en la implementación de funciones de carácter público, pero al coste de no solo supervisar y eliminar contenidos supuestamente ilícitos, sino igualmente lícitos como mecanismo de precaución para evitar cualquier sanción económica que pueda poner en riesgo la viabilidad de su actividad empresarial. En otras palabras, dependiendo de cómo quede configurada la responsabilidad en el intermediario, el alcance de la censura colateral podrá ser más amplio o reducido, y con ello la libertad expresión e información de todo ciudadano (Urban y Quilter, 2006: 621-630). Esta problemática, a su vez, posee cierto eco en la jurisprudencia europea, donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH en adelante) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE en adelante) han tenido ocasión de pronunciarse, aunque todavía con un limitado efecto⁵.

En este sentido, destaca la sentencia del TEDH *Ahmet Yildirim c. Turquía* (2012)⁶, donde se cuestionaba el alcance de la libertad de expresión en el

⁵ Sobre un estudio de las obligaciones positivas del Estado relativas a la libertad de expresión derivados de la jurisprudencia del TEDH en las sentencias de 29 de febrero de 2000, Fuentes Bobo c España, CE:ECHR:2000:0229JUD003929398, §§ 36-50; de 16 de marzo de 2000, *Ozgür Gundem v Turkey*, CE:ECHR:2000:0316JUD002314493, §§ 51-71; de 6 de mayo de 2003 *Appleby y otros c. Reino Unido*, CE:ECHR:2003:0506JUD004430698, §§ 39-50. Para un estudio detallado sobre las obligaciones positivas, vid. Kuczerwy (2017: 226-237).

⁶ Sentencia del TEDH de 18 de diciembre de 2012, *Ahmet Yildirim c Turquía*. §§ 46-50. CE:ECHR:2012:1218JUD000311110.

ámbito digital, apelando al carácter horizontal de este derecho cuando terceros usuarios se expresan en plataformas sociales. El Alto Tribunal sostuvo que, aunque la libertad de expresión no era absoluta, cualquier restricción debería estar apoyada sobre la base del art. 52 de la Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH en lo sucesivo) y, en consecuencia, ser legítima y proporcional. Y en consonancia con esta decisión, el TEDH volvió a realzar el carácter horizontal de la libertad de expresión en *Cengiz y otros c. Turquía* (2015)⁷, sosteniendo que era contrario al art. 10 de la CEDH permitir que una orden judicial referente a una restricción de contenidos implementada por una plataforma social no pudiera ser apelada por el presunto infractor usuario, ya que ello supondría desconocer la necesaria ponderación de los derechos fundamentales en juego. A la vez, y sobre la base del principio de proporcionalidad, el TEDH en *Vladimir Kharitonov c. Rusia* (2020)⁸ mantuvo que toda restricción a la libertad de expresión debería estar prevista por la ley y debería estar encaminada a proteger un interés legítimo de forma proporcional. De acuerdo con este planteamiento el Tribunal entendió que la actividad censora de la Roskomnadzor rusa emitiendo órdenes de bloqueo de acceso a contenidos sin posibilidad de defensa sería desproporcional e incidiría negativamente en la libertad de expresión ciudadana (*Izyumenko*, 2020: 774-775).

Por tanto, el TEDH hace referencia al valor fundamental de la libertad de expresión en internet, valor que deberá de contextualizarse sobre el debate relativo al alcance de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación por los contenidos difundidos por terceros y cómo esta incentivaría una potencial censura colateral con incidencia en la capacidad creativa ciudadana. Conveniente, por su importancia, es traer a colación la sentencia del TEDH de 10 de junio de 2015⁹ cuyo objeto era la ponderación entre la libertad de expresión y derecho al honor. Los hechos se remontan a 2006 cuando *Delfi*, como mayor portal de noticias de internet de Estonia, permitió que se publicara (por parte de un tercero) un artículo bajo el título de «SLK Destroyed Ice Road», donde se hacía una crítica a la compañía SLK Ferry por haber cambiado sus rutas hacia determinadas islas del norte de Estonia. La publicación de este artículo generó numerosos comentarios de carácter

⁷ Sentencia del TEDH de 1 de marzo de 2016, *Cengiz y otros c. Turquía*, §§ 47-69. ECLI:CE:ECHR:2015:1201JUD004822610.

⁸ Sentencia del TEDH, de 23 de junio de 2020, *Vladimir Kharitonov c. Rusia*, §§ 48-56 CE:ECHR:2020:0623JUD001079514.

⁹ Sentencia del TEDH de 10 de junio de 2015, *Delfi c. Estonia*, CE:ECHR:2015:0616JUD006456909, §§ 56-162.

ofensivo hacia la compañía (con incitación en algunos casos a la violencia, o incluso de carácter xenófobo por el origen judío de la misma), que decidió demandar a *Delfi* por haber permitido que terceros vertieran en la red este tipo de comentarios. Ante dicha demanda, *Delfi* sostuvo que los comentarios habían sido realizados por terceros, y que una vez notificada la presunta infracción por parte de SLK Ferry, *Delfi* procedió a bloquearlos; es decir, el comportamiento sería estrictamente neutral, siendo únicamente responsables los usuarios autores de estos comentarios. Sin embargo, esta construcción argumentativa sobre el concepto de neutralidad fue rechazada por los tribunales nacionales en primera instancia y apelación, y confirmada por el Tribunal Supremo de Estonia en 2009 al sostener la responsabilidad de *Delfi* por una incorrecta supervisión de su plataforma.

La sentencia del Tribunal Supremo de Estonia fue recurrida por *Delfi* ante el TEDH por vulneración del art. 10 del CEDH. La Gran Sala del TEDH (2015) confirmó igualmente la responsabilidad de *Delfi* sobre la base varios argumentos. El primero, el contexto y la naturaleza del artículo., donde la compañía debería haber previsto estos comentarios ofensivos implementado con ello un grado de control adecuado para evitar que la reputación de la compañía fuera dañada. Segundo, el comportamiento de *Delfi* para prevenir la publicación de comentarios difamatorios, ya que incluso en las condiciones de uso de la página web se indicaba claramente que los autores de los comentarios serían responsables, no permitiéndose comentarios amenazantes o injuriosos, *Delfi* no realizó una correcta supervisión de los mismos permitiendo un daño en la reputación de la compañía. Tercero, la identidad de los autores de los comentarios, ya que *Delfi* permitió que los usuarios permanecieran en el anonimato, haciendo sumamente complicando demandarlos. De este modo, se haría necesario virar hacia el intermediario como responsable por hechos cometidos por terceros y como forma práctica de incentivar el desarrollo de mecanismos de control sobre los usuarios. Y sobre la base de estos argumentos, el TEDH sostuvo que la responsabilidad de *Delfi* estaría justificada y sería proporcionada al no ser suficiente los mecanismos de supervisión implementados y, por tanto, no contrario al espíritu del art. 10 del CEDH (Brunner, 2016: 163-174)

La solución interpretativa a la que llega el TEDH en este caso contrasta, sin embargo, con la sentencia más reciente en *MTE c. Hungría* (2016)¹⁰. Sobre la base de unos hechos similares se entendió que el reconocimiento de una responsabilidad objetiva sobre el intermediario incentivaría la imple-

¹⁰ Sentencia del TEDH de 2 de mayo de 2016, Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete c. Hungría, CE:ECHR:2016:0202JUD002294713, §§ 29-91.

mentación de un deber de supervisión general contrario a la libertad de empresa y generaría un efecto indeseado en la libertad de expresión. En este sentido, el proveedor de internet húngaro Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete (MTE)» y el principal portal de noticias online *Index.hu Zrt* (*Index*) habían publicado en 2010 un artículo de opinión (de un tercero) criticando el comportamiento poco ético de una sociedad inmobiliaria sobre la gratuidad engañosa de un servicio que ofertaban durante un período de treinta días. Este artículo atrajo numerosos comentarios negativos de carácter anónimo o bajo pseudónimos hacia esta sociedad inmobiliaria, afectando con ello a su reputación. Derivado de esta situación, *Index* y MTE fueron demandados por haber permitido que terceros realizaran comentarios difamatorios. MTE como *Index* tomaron como base de su defensa la apelación al puerto seguro del intermediario reconocido en el art. 14 Directiva 2000/31/CE. Los tribunales húngaros, sin embargo, lo rechazaron sosteniendo que el mismo solo se aplicaba a servicios electrónicos de naturaleza comercial (en particular a compras hechas vía internet) y, por tanto, al ser comentarios de carácter privado fuera de la esfera económica no serían susceptibles de esta exención.

Tanto MTE como *Index* decidieron apelar al TEDH por vulneración del art. 10 del CEDH (1950). El Tribunal, sobre la base del principio de proporcionalidad, sostuvo que sería contrario a este principio toda responsabilidad objetiva del intermediario por los comportamientos de terceros, ya que ello conllevaría una restricción injustificada de la libertad de expresión al legitimar mecanismos incentivos de deberes de supervisión general. De este modo, sería necesario desterrar cualquier manifestación de responsabilidad objetiva en favor de una responsabilidad subjetiva derivada del modelo *notice and takedown*, es decir, para que la afectación en la libertad de expresión no fuera desproporcional mediante la imposición de una responsabilidad en el intermediario sería necesario que los mismos conocieran previamente que dichos comentarios eran difamatorios y, a pesar de ello, se negaran a colaborar a través de su bloqueo de acceso a los mismos. El TEDH, igualmente, vino a resaltar que a diferencia del caso *Delfi c. Estonia* (2015) los comentarios de los usuarios no eran manifiestamente ilegales, ya que no podrían considerarse como discursos de odio o incitación a la violencia, no permitiendo sostener una responsabilidad automática por el mero hecho de haber permitido dichos comentarios. En consecuencia, el Tribunal entendió que no existía ningún motivo para sostener que el modelo *notice and takedown* era insuficiente, resaltando el valor del conocimiento de la infracción y rechazando la imposición sobre los intermediarios de un deber de supervisión general, el cual sería excesivo e impracticable, lesionando con ello la libertad de expresión y el derecho a distribuir libremente información en internet.

Aunque con diferencias claras en ambos casos, el TEDH viene a resaltar el valor fundamental de la libertad de expresión reconocido en el art. 10 del CEDH, no solo en una relación de verticalidad entre el Estado y el ciudadano, sino igualmente en las relaciones entre particulares (que va más allá de la autonomía de la voluntad expresada en la libertad contractual). De este modo, se requeriría de una correcta ponderación de los intereses en juego y, a la vez, poniendo de manifiesto que, ante la privatización de determinadas funciones públicas mediante la responsabilidad sobre los intermediarios, el principio de proporcionalidad debería desempeñar un papel clave para valorar toda restricción en los derechos fundamentales (Tosza, 2021:12-17; Pollicino, 2019:161-168)¹¹.

Esta importancia del principio de proporcionalidad en la restricción de los derechos fundamentales igualmente ha sido acogida por el TJUE con una aplicación en los prestadores de servicios de intermediación en sentencias de 29 de enero de 2008¹², 24 de noviembre de 2011¹³ o sentencia 15 de septiembre de 2016¹⁴. En las mismas, el TJUE estableció una clara prohibición en el reconocimiento de un deber de supervisión general sobre los intermediarios para identificar y bloquear contenido presuntamente infractor al entenderse que eran medidas desproporcionadas por su capacidad de alcanzar igualmente a usos lícitos, poniendo en peligro la propia dinámica de la neutralidad en la prestación de servicios de intermediación. A su vez, y más recientemente, el TJUE en sentencia de 22 de junio de 2021¹⁵ viene a recordar la necesidad de dicha proporcionalidad en la solicitud de medidas cautelares en relación con el art. 8.3 de la Directiva 2001/29/CE sobre los derechos de autor. Y conforme a este principio, el Tribunal entendió que el titular de dichos derechos solo podría obtener medidas cautelares contra el intermediario cuyo servicio haya

¹¹ Sobre el efecto horizontal de la libertad de expresión en el contexto de la actividad de los intermediarios, en concreto Google, vid. la sentencia del TEDH, 17 de septiembre de 2017, Tamiz c. Reino Unido, E:ECHR:2017:0919DEC000387714, §§ 77-92. Sobre la privatización de la actividad sancionatoria en las plataformas sociales, especialmente en el ámbito de los discursos del odio y de las *fake news*, vid. Kaesling (2018, 151-164).

¹² STJUE de 29 de enero de 2008, Promusicae, C-275/06, EU:C: 2008:54, apdos. 61-70.

¹³ STJUE 24 de noviembre de 2011, Scarlet Extended, C-70/10, EU:C: 2011:777, apdos. 50-64.

¹⁴ STJUE 15 de septiembre de 2016, Tobias McFadden C-484/14, EU:C: 2016:689, apdos. 80-101.

¹⁵ STJUE 22 de junio de 2021, YouTube y Cyando, C-682/18 y C-683/18, EU:C: 2021:503, apdos. 103-143.

sido utilizado por un tercero para vulnerar sus derechos, sin que tal intermediario haya tenido conocimiento de ello (con arreglo al art. 14 de la Directiva 2000/31/CE) cuando antes del inicio del procedimiento judicial esta vulneración haya sido previamente notificada a dicho intermediario sin que este haya intervenido con prontitud para retirar el contenido en cuestión o para bloquear el acceso a este. Por su parte, la sentencia del TJUE de 22 de junio de 2021¹⁶ pone de manifiesto el valor fundamental del art. 15 de la Directiva 2000/31/CE. En este sentido, se prohibiría a los Estados miembros imponer a un prestador de servicios una obligación general de supervisar los datos que almacena o de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas. De este modo, el TJUE sostuvo que todo sistema de filtrado que implicara una supervisión general y permanente con el fin de evitar cualquier futura lesión de los derechos de propiedad intelectual sería incompatible con el art. 15. A la vez, y en lo que respecta a la adopción de medidas cautelares por parte de los intermediarios para proteger a los titulares de derechos de propiedad intelectual e industrial, se requeriría de la necesaria ponderación entre la protección de los mismos conforme al art. 17.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la libertad de empresa que protege a los intermediarios en relación al art. 16 de la Carta y la libertad de expresión e información que protegería a los usuarios contenida en el art. 11 de la Carta donde la prontitud en la cesación de la vulneración desempeñaría un papel clave, aunque teniendo muy presente la necesidad de no causar igualmente daños desproporcionados en los intereses afectados.¹⁷

Por tanto, puede decirse que al igual que el TEDH, el TJUE ha reconocido de forma limitada un efecto horizontal de la libertad de expresión e información en las relaciones entre particulares, especialmente en el contexto de la web 2.0.¹⁸ A la vez, este efecto horizontal debe contextualizarse en las dificul-

¹⁶ *Ibid.*, apdos. 134-143.

¹⁷ Sobre un análisis desarrollado de la sentencia 3 de octubre de 2019, Facebook Ireland Limited, C-18/18, EU:C:2019:821 y los requerimientos sobre el tipo de filtrado compatible con los derechos fundamentales, vid. Keller (2020: 616-623). Sobre la justificación del art. 17.2 de la Carta a través de la jurisprudencia europea vid. Husovec (2019: 840-863).

¹⁸ Téngase en cuenta el reconocimiento de efecto horizontal de la prohibición de discriminación del art. 21 de la Carta en la sentencia del TJUE de 22 de enero de 2019, Cresco Investigation, C-193/17, EU:C:2019:43, aplicado a las relaciones entre particulares relativo a legislación nacional austriaca en la que solo concedía el derecho a un día festivo el Viernes Santo a los trabajadores miembros de determinadas iglesias cristianas, un empleador privado sometido a esa legislación está obligado a conceder igualmente al resto de sus trabajadores el derecho a un día festivo el Viernes Santo,

tades de identificar y castigar al infractor primario, pero a la vez en el reconocimiento de la capacidad dialógica en la creación y distribución de material lícito (lo cual tiene especial prevalencia en el reconocimiento de excepciones en el uso de obras protegidas por *copyright* o en usos descriptivos sobre el derecho de marca). Ello generaría una necesidad de virar hacia un proceso eficiente sobre la base de una responsabilidad secundaria en los intermediarios, pero teniendo muy presente la ponderación de diferentes intereses legítimos existentes en internet. Es decir, aunque el TJUE reconoce la necesaria responsabilidad del intermediario, la misma debería venir modulada por el principio de proporcionalidad. Y este se traduciría en una prohibición sobre los Estados miembros de requerir de los intermediarios un deber de supervisión general, lo cual afectaría de forma desproporcionada a la libertad de expresión, generándose con ello incentivos para el ejercicio de una censura colateral y un efecto desaliento en la capacidad dialógica ciudadana (Angelopoulos y Smet, 2016: 1-26).

Sin embargo, incluso con esta apelación hacia una visión ponderada a través del principio de proporcionalidad, no se ha evitado la escalada de tensión entre los diferentes intereses presentes en internet. Por un lado, los intereses de los intermediarios con una intención clara de que el modelo no se extienda más allá del denominado «notice and takedown» sobre la base del requerimiento de conocimiento específico. Por otro, los titulares de derechos de propiedad intelectual e industrial, quienes agotados de cargar con la supervisión de las infracciones cometidas por parte de terceros en internet y el beneficio que de ello derivaban los intermediarios (*value gap*), comenzaron a requerir de un modelo más eficiente (*notice and staydown*), alegando que la notificación de una infracción debería ser suficiente para generar un conocimiento de la misma y un deber en el intermediario en la supervisión presente y futura de infracciones similares. En este sentido, si el intermediario se beneficia del uso infractor a través de terceros, sería justo que fuera el intermediario el responsable por un defecto en la organización del servicio ofrecido, ya que él podría haber controlado esta organización de forma más eficaz no permitiendo que terceros comentan el acto ilícito. Es decir, los riesgos carac-

siempre y cuando estos últimos le hayan solicitado de antemano no tener que trabajar ese día, y a reconocerles en consecuencia el derecho a un complemento salarial por el trabajo realizado en esa jornada cuando él no haya accedido a dicha solicitud. A la vez, téngase en cuenta el efecto horizontal de la igualdad de trato en el contexto de la libertad de pensamiento en la sentencia del TJUE de 17 de abril de 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257. Para un análisis más desarrollado sobre la eficacia directa entre particulares de la Carta, vid. Urgartemendia Eceizabarrena (2017: 361-386) y Frantziou (2015: 657-679).

terísticos o propios de una empresa deberían formar parte de sus propios costes, siendo el empresario (intermediario) quien mejor los internalizaría. Así, se estaría abogando por una auténtica responsabilidad vicaria del intermediario cuyo resultado normativo más visible ha sido la Directiva 2019/790 de 17 de abril, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital,¹⁹ especialmente en lo que se refiere al art. 17. Aunque más eficiente en la detección de infracciones, este instrumento normativo ha traído consigo nuevos retos para la valoración del alcance de la libertad de expresión en internet y la potencial censura colateral que se puede generar en un futuro (Van Eecke, 2011: 1455-1502; Hopkins, 2011: 558:565; Kohl, 2012: 185-200; Sauter, 2013: 439-466; Savola, 2014: 117-120; Bridy, 2020: 323:358; Moscón, 2020: 977-982).

II. NOTICE AND STAYDOWN: CENSURA COLATERAL EN LA DIRECTIVA DE MERCADO ÚNICO DIGITAL DE 2019

Como se ha manifestado anteriormente, la aparición de los prestadores de servicios de intermediación ha supuesto un cambio de paradigma al convertirlos en actores clave para la protección de la libertad de expresión y, por ende, para la promoción de la actividad creativa ciudadana dentro de una sociedad plural en un contexto 2.0 (*user-generated content*), pero igualmente en actores clave para la identificación y bloqueo de contenidos ilícitos producidos y distribuidos por terceros. De este modo, bajo la cobertura de un necesario proceso eficiente, el alcance de la responsabilidad del intermediario se ha convertido en piedra angular sobre la que desarrollar una privatización de la actividad sancionatoria en internet, aunque la misma traiga consigo una serie de peligros concretos para la libertad de expresión e información como son la censura colateral y el efecto desaliento en la actividad creativa ciudadana (Boyle, 1997: 196-199; Bambauer, 2012: 864-900; Frosio, 2017: 199-210).

Fiel reflejo de este conflicto de intereses ha sido la evolución jurisprudencial sobre el alcance de los actos de comunicación pública en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual. Partiéndose de la separación entre intermediario y usuario, imputando a este último la autoría de la comunicación pública, y reservando al segundo un mero nivel de participación vinculado al conocimiento del hecho ilícito tal como venía contemplado en la

¹⁹ Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE (DO L 130, 17.5.2019, p. 92).

Directiva 2000/31/CE, se ha ido produciendo una equiparación, sosteniéndose que el intermediario que permite que un tercero publique un contenido igualmente estaría incurriendo en un acto de comunicación pública.²⁰ De este modo, se transitaría hacia un modelo de responsabilidad vicaria con numerosos incentivos normativos para eliminar contenidos supuestamente infractores, pero muy pocos en sentido inverso, generando con ello una sobreprotección en la eliminación de contenidos lícitos e ilícitos. Y esta equiparación encuentra un referente jurisprudencial importante en la sentencia del TJUE de 22 de junio de 2021²¹. Este fallo viene motivado por un previo recurso de casación presentado ante el Tribunal Supremo alemán, y que entre otras cuestiones afectaba al alcance del concepto de neutralidad puesto en relación a la infracción del derecho de comunicación cuando el prestador del servicio de intermediación deviene en sujeto fundamental para que la obra protegida por *copyright* pueda ser comunicada.²² Y planteado de este modo, el TJUE entendió que la equiparación del prestador de servicios de intermediación con el usuario infractor (responsable directo) solo era posible cuando el intermediario fuera un actor activo y no pasivo, contribuyendo con su comportamiento a la puesta a disposición del público de dicha obra. El Tribunal, a la vez, dio un paso más allá mediante el reconocimiento de un deber de conocimiento de la infracción derivado de un conocimiento general donde usuarios pondrían ilegalmente a disposición del público obras protegidas, esto es, en la necesaria implementación de unos deberes de supervisión *ex ante* de forma «creíble y eficaz» para evitar la comisión de infracciones contra los derechos de propiedad intelectual. De este modo, jurisprudencial-

²⁰ El art. 17.1 de la directiva del mercado único digital (2019) viene a entender que los prestadores de servicios de «hosting» realizan actos de comunicación pública y, por tanto, serán responsables por el contenido creado por terceros dentro de su plataforma (lo cual tiene un reflejo en el considerando 62 de la Directiva), abandonando en lo que se refiere a la protección del *copyright* el modelo «notice and takedown» previsto en el art. 14 de la directiva de comercio electrónico (2000) por un modelo de presunción de responsabilidad por defecto de organización (si existe infracción, se presume que existe una falta de supervisión, y por tanto, una responsabilidad del intermediario), salvo que se pruebe que han hecho los mayores esfuerzos para obtener una licencia del titular de *copyright* correspondiente asegurándose de la no disponibilidad de la obra específica o similar.

²¹ Sentencia de 22 de junio de 2021, YouTube y Cyando, C-682/18 y 683/18, EU: C: 2021:503.

²² Para un estudio de la evolución jurisprudencial del concepto de *comunicación al público* y la responsabilidad de los intermediarios, vid. Barrero Ortega (2021: 107-132; Camacho Sepúlveda, 2015: 407-428; Sánchez Arísti, 2014: 45-95).

mente se reconocería un tránsito desde la separación entre responsables directos e indirectos (considerando al intermediario como un mero partícipe) hacia un modelo de responsabilidad vicaria, concibiendo al intermediario como un verdadero garante responsable directo de los peligros procedentes de terceros, modelo que encajaría con los nuevos deberes para la protección del *copyright* regulado en el art. 17 de la Directiva 2019/790²³.

De esta manera, el intermediario estaría llamado a observar determinadas precauciones en el desarrollo de su actividad, siendo el mejor posicionado para controlar el funcionamiento de su propio servicio a través de un conjunto de medidas que permitan identificar y bloquear los contenidos presuntamente ilícitos. Sin embargo, ello no deja de ser problemático por las dificultades de delimitación entre lícito e ilícito derivado de la capacidad potencial del uso transformativo en los contenidos protegidos por *copyright* (entre ellos el *remix* o *mash-up*), donde los titulares normalmente no suelen conceder autorización, afectando con ello significativamente a la diversidad de contenidos que se predica de una sociedad plural. Y en este contexto, es muy probable que todo uso transformativo sea considerado como parte de la extensión de una obra derivada sujeta a la correspondiente licencia, perdiendo con ello su potencial creativo en la generación de obras nuevas, y por ende afectando a la capacidad dialógica ciudadana. Ello tiene un claro efecto de censura colateral ejercida por el intermediario para no perder su condición de actor neutral y un efecto desaliento en el usuario, ya que los contratos de licencia cubren solo una parte concreta de contenido (lo cual no siempre queda bien definido a través del concepto de copia sustancial) que no puede contemplar la potencialidad de los usos transformativos si los mismos están sujetos a un permiso previo por parte del titular de ese contenido. De este modo, la capacidad actividad ciudadana quedaría significativamente reducida, especialmente cuando se trate de realizar comentarios críticos, parodias, remixes o *mash-ups* de material preexistente, ahogando con ello su capacidad dialógica en la construcción de significado (Samuelson, 2020: 311-329; Spindler, 2019: 362-370; Sites, 2016: 513-550; Heymann, 2007: 445-456).²⁴

²³ Sobre la problemática de un deber de supervisión general, vid. Amayuelas Arroyo (2020: 808-837); Cotino Hueso (2017: 1-32); Frosio (2017:199-216), y Peguera Poch (2007:1-18). Sobre una comparativa entre el modelo *takedown* y *staydown* a raíz de la directiva del mercado único digital vid. Sánchez Leria (2020: 163-198) y Husovec (2018:54-84).

²⁴ Para un estudio sobre la relación de la norma penal con el efecto desaliento, vinculada al principio de proporcionalidad en el ámbito de la jurisprudencia constitucional española, vid. Cuerda Arnau (2022: 88-131).

Como consecuencia de ello, la posibilidad de que los ciudadanos puedan ejercer su libertad de expresión sobre una audiencia amplia en internet y puedan recibir una retroalimentación de otros ciudadanos se verá seriamente reducida y sometida a una especie de censura previa a través de los contratos de licencia (*license first, ask questions later*)²⁵. Este paradigma queda reflejado en el art. 17.4 (b) y (c) de la Directiva 2019/790 con la generación de una serie de deberes de colaboración sobre el intermediario. El primero consistente en la obtención de licencia del correspondiente titular (lo cual no es siempre sencillo). Ante la imposibilidad de obtener dicha licencia, se generaría un segundo deber consistente en asegurar que dichos contenidos supuestamente infractores no estén disponibles en el futuro mediante mecanismos de filtrado *ex ante*, recayendo el coste de dicha supervisión en el intermediario. Ello plantea una nueva cuestión relativa al tipo de mecanismos de filtrado que pueden o deben implementarse, y si los mismos serán respetuosos con los derechos fundamentales o atenderán únicamente a un criterio de eficiencia económica para la supervivencia en el mercado del intermediario. La dicción del art. 17.4 de la Directiva es clara en este sentido, exigiendo mecanismos de filtrado de forma proactiva, aunque sin especificar el alcance y el tipo. Ello nos remitiría al contexto actual de la tecnología (destacándose los sistemas *finger-printing* y *watermarking*)²⁶, con una incapacidad manifiesta en la valoración contextual del contenido, lo que no solo servirá como mecanismos de identificación del material supuestamente infractor protegido por un derecho de

²⁵ Sobre la construcción romántica de la autoría y cómo afecta a la extensión del derecho de uso exclusivo del copyright, vid. Fukumoto (1997: 903-934) y Lange (1992:133-151).

²⁶ En lo que se refiere al primero, estos funcionan mediante el uso de *software* que vincula los *inputs* de un contenido concreto a un algoritmo que lo representa como un único *fingerprint* para el contenido concreto protegido por *copyright*. Estos *fingerprints* unidos constituirían una base de datos *fingerprint* para comprobar cada contenido que el usuario trata de subir y distribuir a internet, eliminando o bloqueando el acceso a dicho contenido que encuentre una similitud con el contenido protegido por *copyright*, incluso antes de que pueda estar disponible en internet. Por otro lado, el modelo de filtrado *watermarking* (marca de agua digital) consistiría en una operación de *tattooing* que individualmente se uniría al contenido, permitiendo la identificación de copias auténticas, es decir, sería una técnica de ocultación de información cuyo objetivo principal sería poner de manifiesto el uso ilícito de un cierto servicio digital por parte de un usuario no autorizado. Concretamente, esta técnica consistiría en insertar un mensaje (oculto o no) en el interior de un objeto digital (como grupo de bits) que contiene información sobre el autor o titular del copyright. Vid. Tripp-Barba (2018: 7-12); Wan, (2012: 331-386), y Sen (2012: 46-52)

propiedad intelectual, sino igualmente de usos reconocidos como lícitos en el ámbito no digital (Guzel, 2020: 1-30; Frosio, 2018: 101-138; Spoerri, 2019:174-185; Romero Moreno, 2020: 153-182).

Construidos de este modo, los mecanismos de filtrado tendrían una complicada legitimación si se contextualiza con la prohibición de implementar un deber de supervisión general reconocidos tanto en el art. 15 de la Directiva 2000/31/CE relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, así como como en el art. 8 del Reglamento (UE) 2022/2065 relativo a un mercado único de servicios digitales. A la vez, esta problemática queda patente en la sentencia del TJUE de 26 de abril de 2022²⁷, donde se cuestionaba por parte de la República de Polonia que los apdos. b) y c) del art. 17.4 de la directiva de mercado único digital (2019) eran contrarios al art. 52 de la Carta. En este sentido, ambos apartados no contendrían garantías suficientes que permitieran salvaguardar el principio de proporcionalidad en la aplicación de las obligaciones establecidas en el art. 17, apdo. 4, letras b) y c) de la Directiva 2019/790. Y ello porque no prescribían ninguna regla clara y precisa sobre la forma en la que los prestadores de servicios de intermediación implementaran estos deberes de colaboración, ofreciéndoles un amplio abanico de posibilidades para implantar mecanismos de control y filtrado previos vulneradores el derecho a la libertad de expresión y de información de los usuarios de estos servicios.

Sin embargo, el TJUE rechazó este planteamiento sosteniendo que la limitación requerida por el art. 17 respetaría el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión y de información garantizado en el art. 11 de la Carta, ya que el art. 17.7 de la Directiva 2010/790 vendría a garantizar una cooperación entre los prestadores de servicios de intermediación y los titulares para no impedir la disponibilidad de obras protegidas por *copyright* siempre y cuando sobre dichas obras se les aplique una excepción o limitación. A la vez, el art. 17.9 de la Directiva establecería una garantía adicional al expresar claramente que el procedimiento «notice and staydown» no afectaría a los usos lícitos al amparo de excepciones y limitaciones, reconociendo con ello un equilibrio ponderativo entre los diferentes intereses.²⁸

Sin embargo, y pesar de que el TJUE aboga claramente por la compatibilidad del art. 17 de la Directiva 2019/790 con la Carta, es necesario resaltar

²⁷ STJUE 26 de abril de 2022, Polonia/Parlamento y Consejo, C-401/19, EU:C:2022:297, apdos. 23-100.

²⁸ Para un análisis de esta sentencia *Polonia c. Parlamento y Consejo* vid. Martínez Espín (2022: 168-181).

que este art. posiciona a los prestadores de servicios de intermediación en la implementación de mecanismos de filtrado para no perder su condición de actor neutral y estar sometido eventualmente a responsabilidad. Y teniendo en cuenta el volumen ingente de contenidos que circulan diariamente en internet, una supervisión efectiva exigiría (muy a pesar de lo establecido por el legislador comunitario en su art. 17.8) de una supervisión general y automatizada (dada la imposibilidad en términos de eficiencia económica de llevarlo a cabo de forma manual) con una limitación importante en la identificación del contenido infractor de forma correcta sin arrastrar con ello al bloqueo de contenido lícitos. Ello se traduciría en una sobreprotección de los derechos de propiedad intelectual que podría devenir en una auténtica censura colateral no compatible con una valoración ponderada de la libertad de expresión e información.

De este modo, si los mecanismos de filtrado actuales tienen una capacidad bastante limitada para realizar dicha ponderación, y menos aún para una valoración concreta del contexto que permita comprender los usos permitidos (sin unos incentivos normativos claros para desarrollar dicha tecnología), en realidad solo puede esperarse de ellos una identificación de todo contenido presuntamente infractor mediante la identificación de contenidos específicos, los cuales pueden ser ilícitos o formar parte de usos permitidos amparados por la libertad de expresión dependiendo del contexto donde sean utilizados. En consecuencia, podría transitarse fácilmente desde un paradigma consistente en ilegalizar *online* todo lo que sería ilegal *offline* hasta un paradigma donde supuestos que serían legales *offline* podrían ser ilegales *online* con la afectación a la libertad de expresión e información tanto de emisores y receptores. Y ello tendría un consiguiente efecto desaliento en el usuario, ya que a la incapacidad de los mecanismos de filtrado en la valoración del contexto comunicativo (generando un espacio de incertidumbre sobre los contenidos permitidos y no permitidos) habría que sumar la protección de dichos mecanismos de filtrado por secretos industriales, lo que se traduciría en una difícil sino imposible comprensión para el ciudadano medio de la decisión final sobre el bloqueo de determinados contenidos en internet (Sag, 2018: 538-560; Seltzer, 2010: 171-225).

Esta situación ha tenido cierto eco en la jurisprudencia del TJUE en casos como *Scarlet* (2011)²⁹ y *Netlog* (2012)³⁰, declarando el Tribunal que los

²⁹ Sentencia de TJUE de 24 de noviembre de 2011, C-70/10, EU: C:2011:771, apdos. 29-54.

³⁰ Sentencia de TJUE de 16 de febrero de 2012, C-360/10, EU:C: 2012:85, apdos. 26-52.

sistemas de filtrado poseen el gran hándicap de distinguir entre contenido lícito e ilícito por una incapacidad manifiesta del algoritmo a la hora de entender la contextualización de usos permitidos. Ello hace inevitable la aparición de falsos positivos, no existiendo una garantía real de que el público pueda beneficiarse de aquellos contenidos que pasan a dominio público o de las excepciones reconocidas legalmente por la normativa comunitaria (Erikson y Kretschmer, 2018: 1-29).

Esta situación no tiene visos de poder cambiar a corto plazo con el desarrollo de nuevas tecnologías que sean capaces de reconocer las excepciones de uso de las obras protegidas por *copyright* y, por ende, de la capacidad creativa y transformadora del ciudadano, haciendo que la realidad tecnológica actual sea poco compatible con la previsión establecida en el art. 17.7 de la Directiva 2019/790. En este sentido, el conocimiento requerido para implementar medidas de eliminación de contenido derivado del modelo *notice and staydown* no requerirían de una constante notificación por parte del titular de un derecho de propiedad intelectual (con el coste que ello conlleva en la supervisión de los contenidos en internet), sino del deber (y por tanto su infracción) de sistemas eficientes de filtrado que eviten la comisión de futuras infracciones si desea mantener el puerto seguro y, por ende, su carácter de actor neutral (Quintais, 2020: 16-21).

Sin embargo, formulado en dichos términos, una obligación de implementar sistemas de filtrado sin que ello devenga en un deber de supervisión general parece que en realidad lo que busca es la práctica desaparición del puerto seguro para legitimar un modelo de responsabilidad directa donde la comisión de una infracción futura por un tercero se constituiría en elemento para justificar la responsabilidad del intermediario por una inadecuada supervisión de su servicio de intermediación. Es decir, no existiría una opción realista que sin llegar a implementar un deber de supervisión general permita mantener el puerto seguro. Al contrario, parece que un sistema de filtrado general es el único mecanismo para asegurarse el mantenimiento del puerto seguro, aunque ello implique una censura colateral como *efecto secundario* (Ferry, 2020: 21-38; Senftleben, 2020: 299-328; Montagnani y Yordanova, 2018: 294-310).

A la vez, el modelo *notice and staydown* trae consigo otra problemática, que es la privatización de funciones de carácter público y la necesaria eficiencia del proceso en lo que se refiere al filtrado y bloqueo de contenidos. Ello requiere de una automatización y rapidez muy poco compatibles con la presunción de inocencia derivada de la capacidad creativa ciudadana, especialmente cuando el volumen de contenidos creados por terceros usuarios se hace ingobernable de forma humana (Perel y Elkin-Koren, 2016 :497-516). De este modo, se asiste a un basculamiento hacia una justicia algorítmica eficiente para evitar perder la condición de neutralidad, aunque ello sea al precio de

erosionar ciertas garantías básicas del derecho de defensa (Montagnani, 2020: 1-49). Con ello se asiste a una más que cuestionable transferencia de autoridad judicial al sector privado cuando este último bajo el procedimiento *notice and staydown* viene motivado a eliminar contenidos de forma automatizada, no permitiendo la introducción de un debate sosegado y ponderado de los diferentes derechos fundamentales que puede haber en disputa, es decir, un proceso eficiente con grandes incentivos normativos para el ejercicio de una censura colateral (Castets-Renard, 2020: 309-317; De Gregorio, 2019: 12-17; Haber, 2016: 145-158).

III. CONOCIMIENTO ESPECÍFICO Y DERECHO DE DEFENSA: CRITERIOS INTERPRETATIVOS PARA EL NUEVO REGLAMENTO DE SERVICIOS DIGITALES DE 2022

Frente a la disyuntiva entre un proceso eficiente en la identificación y castigo de infracciones cometidas internet, por un lado, y las garantías derivadas del derecho de defensa de todo presunto infractor, el principio de proporcionalidad aparece como un criterio hermenéutico que permitiría legitimar un modelo de responsabilidad sobre el intermediario que incentivara la implementación de determinados deberes de supervisión, pero teniendo muy presente los efectos indeseables de la censura colateral en la capacidad dialógica ciudadana (Mostert, 2020: 1-23; Balkin, 2018: 2011-2056; Keats Citron, 2008: 1249-1314). Ello es especialmente relevante tras las últimas manifestaciones internacionales sobre el necesario reconocimiento de las garantías derivadas de la tutela judicial efectiva y con un rechazo claro a cualquier forma de responsabilidad objetiva en el intermediario. En este sentido, pueden citarse los Principios de Manila (2015)³¹, donde existe un reconocimiento del derecho a que los intermediarios no sean obligados a evaluar la legalidad del contenido de terceros, convirtiéndose en jueces *de facto*, y requiriendo de cualquier solicitud de restricción de contenidos el cumplimiento de una serie de requisitos formales que permita generar un conocimiento específico de una concreta infracción³². A la vez, hay que citar

³¹ Principios de Manila sobre responsabilidad de los intermediarios. Guía de buenas prácticas que delimitan la responsabilidad de los intermediarios de contenidos en la promoción de la libertad de expresión e innovación, disponible en: https://tinyurl.com/2p8x7wbx_

³² Entre ellos se destaca la necesidad de indicar el fundamento jurídico para afirmar que el contenido es ilegal, el identificador de internet y una descripción del contenido

los Aequitas Principles on Online Due Process (2021)³³, que reconocen las garantías de la tutela judicial efectiva con efectos horizontales en las relaciones entre intermediarios y usuarios, sosteniendo la necesidad de un proceso no solo eficiente sino especialmente transparente, lo cual sería de importancia capital ante restricciones de la libertad de expresión bajo la cobertura de modelos como el denominado «notice and staydown»³⁴.

Por tanto, ambas manifestaciones internacionales no rechazan la responsabilidad en el intermediario, sino que abogan por la introducción del principio de proporcionalidad y la necesidad de quedar vinculados por modelos más ponderativos en la valoración de los diferentes intereses confluyentes en la web 2.0. En este sentido, el nuevo Reglamento 2022/2065³⁵ viene a ofrecer una visión más ponderada del modelo *notice and takedown*³⁶ (con un claro referente normativo contenido en la sección 512 de la Digital Millenium Copyright Act estadounidense de 1998),³⁷ destacando la importancia del

supuestamente ilícito, la consideración proporcionada a las limitaciones, excepciones, y mecanismos de defensa disponibles al usuario proveedor del contenido, los datos de contacto de la parte emisora o su representante, a menos que esto esté prohibido por ley, una evidencia suficiente para documentar la legitimación legal para emitir tal solicitud y una declaración de buena fe de que la información brindada es exacta. Sobre una valoración de la necesidad de convertir a los intermediarios en jueces de *facto* y su problemática en internet, vid. Van Loo (2016: 571-84).

³³ Disponible en: <https://tinyurl.com/3bfdxjms>.

³⁴ Viene a destacarse un derecho de revisión transparente e implementado en un tiempo razonable, la necesidad de una notificación previa a todas las partes, la oportunidad de que las partes puedan responder aportando las pruebas que estimen convenientes, el reconocimiento de la representación legal, el derecho de recibir una respuesta de forma escrita expresando un razonamiento jurídico claro y sencillo con un reconocimiento del derecho de apelación de las partes. Para un debate sobre la constitucionalización de los derechos fundamentales en internet, vid. Redeker (2018: 302-319).

³⁵ 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) (DO L 277, de 27 de octubre de 2022, p. 1).

³⁶ En este sentido, el art. 89 del Reglamento relativo a un Mercado Único de Servicios Digitales de 19 de octubre de 2022 viene a suprimir los arts. 12 a 15 de la Directiva 2000/31/CE, entendiéndose que las referencias a los arts. 12 a 15 de la Directiva 2000/31/CE serían hechas a los arts. 4, 5, 6 y 8 del Reglamento (UE) 2022/2065.

³⁷ Sobre la problemática de no prohibir la censura privada en los intermediarios a través del puerto seguro reconocido en la sección 510 DMCA y sección 230 CDA, vid. Keller (2020: 616-623).

principio de proporcionalidad en la valoración de los diferentes intereses en conflicto conforme a la Carta, así como una clara recepción de la jurisprudencia interpretativa del puerto seguro del TJUE (Castelló Pastor, 2021: 49-72).

Por otro lado, este nuevo Reglamento clarifica que la exención de responsabilidad no se aplicará a aquellos prestadores de servicios de intermediación que desempeñen un rol activo, permitiéndoles tener conocimiento o control del contenido supuestamente infractor, cuestión ya señalada por la jurisprudencia del TJUE, pero sin aclarar si sería posible desempeñar un determinado papel activo reteniendo el carácter neutral, por ende exento de responsabilidad.³⁸ A la vez, se abandona la parquedad de la Directiva 2000/31 (la cual remitía a la regulación nacional de los Estados miembros), para pasar a una mayor armonización comunitaria siempre dentro de un modelo negativo de exención de responsabilidad. En este sentido, el art. 14 del nuevo Reglamento viene a requerir que los proveedores de alojamiento de contenidos establezcan un mecanismo que permiten a los individuos o entidades notificar la supuesta infracción de forma sencilla, clara y con la posibilidad de realizarse de forma electrónica. A la vez, el art. 16 establece que la notificación deberá ser suficientemente precisa para poder generar un conocimiento específico, incluyendo las razones por las cuales el notificante entiende que el contenido es ilegal, su nombre y dirección de *email* y la confirmación de una creencia de buena fe que la notificación no se sustenta sobre hechos falsos, exigiendo a los intermediarios proceder de forma diligente y de una manera objetiva (Wilman, 2021: 317-341; Savin, 2021: 15-25).

A pesar de que no se reconoce un derecho de *contranotificación* con carácter general³⁹, es cierto que el Reglamento 2022/2065 supone un cambio

³⁸ Existe una clara referencia a la no aplicación del puerto seguro en ciertas circunstancias basadas en la protección del consumidor y que se conectan con el supuesto de riesgo de confusión en las plataformas *online* que ofertan bienes o servicios a distancia. En este sentido, si existe base suficiente para entender que el consumidor puede llegar a creer que quien realmente está ofertando el producto es el intermediario, el mismo dejaría de considerarse como tal y pasaría a valorarse el caso como de infracción directa (autoría y no participación) conforme al art. 5.3 Reglamento. A la vez, se reconoce la cláusula del *buen samaritano* para promover de forma voluntaria la colaboración del intermediario sin que ello suponga la pérdida de su condición de actor neutral por ser considerado como *muy activo*. Para un análisis de la cláusula del *buen samaritano*, vid. Barata (2020: 1-15). Sobre la responsabilidad por el producto de acuerdo con la regulación del Reglamento 2022/2065 de Servicios Digitales, vid. Busch (2021: 18-41).

³⁹ No obstante, téngase en cuenta el sistema interno de gestión de reclamaciones regulado en el art. 20 del Reglamento 2022/2065 de servicios digitales.

respecto del modelo anterior. En este sentido, el modelo anterior focalizaba exclusivamente en identificar y eliminar el contenido infractor con independencia de posibles vulneraciones a los intereses de las diferentes partes y donde la autorregulación se constituía en parámetro clave a pesar de la privatización de funciones públicas a la que se estaba asistiendo. En cambio, el nuevo Reglamento viene a realzar la necesidad de una visión ponderada en la resolución de los conflictos. Ello nos situaría en la necesidad de ofrecer un criterio hermenéutico que permita construir un modelo garantista y a la vez armonizador de la responsabilidad del intermediario no solo desde un punto de vista negativo, delimitando en qué circunstancias el intermediario no sería responsable sino especialmente positivo mediante el establecimiento de unos requisitos que regulen la relación entre infractores primarios y secundarios y permitan generar una mayor certidumbre en el alcance de la libertad de expresión (Cauffman y Goanta, 2021: 758-774; Savola, 2017:143-150)⁴⁰.

Para ello se considera necesario que la delimitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación pivote sobre dos variables básicas como son la capacidad del intermediario en la valoración de la

⁴⁰ En el ámbito estadounidense, dos aproximaciones sobre la responsabilidad del intermediario se han desarrollado: *contributory liability* y *vicarious liability*. En lo que se refiere a la *vicarious liability*, la responsabilidad se justificaba a través del principio *respondeat superior*, el cual mantenía que todo empresario era responsable de los actos de sus empleados siempre y cuando hubiera un interés financiero en la infracción y el mismo tuviera capacidad de controlar el hecho ilícito. Y aplicada en el campo de la propiedad intelectual destacaba el caso *Metro-Goldwyn Mayer Studios, Inc v Grokster* (2005). En este supuesto, la Corte Suprema de los Estados Unidos entendió en una controvertida decisión que Grokster era responsable vicario de una infracción de *copyright* por distribuir *software* que permitía e incentivaba a los usuarios compartir ficheros que infringían derechos de propiedad intelectual con independencia de si este *software* era capaz de generar usos lícitos (Holt, 2011:173-200) Esta decisión, contrastaba, sin embargo, con la mantenida por la Corte Suprema en *Sony Corporation of America v Universal City Studios, Inc* (1984) rechazando la responsabilidad del intermediario respecto de una infracción de *copyright* sobre la base de la *contributory liability* porque Sony no era responsable por las infracciones de *copyright* que pudieran derivarse de la venta de videos de grabación, ya que grabar un programa en casa para verlo más tarde (*time-shifting*) constituía «fair use» y, por tanto, al tener esta tecnología capacidad de realizar usos no infractores, el intermediario estaría exento de responsabilidad (Mehra y Trimble, 2014: 685-706; Martin, 2010: 1-36; Reis, 2009: 223-268; Levin, 2006: 271-310). Por otro lado, en el ámbito estadounidense para la valoración del concepto de neutralidad con carácter general en el sector de las telecomunicaciones, 47 USC § 230, vid. Barron (2020: 1-24)

infracción previa cometida por un tercero y el reconocimiento de un ejercicio efectivo del derecho de defensa por parte del presunto infractor previo al bloqueo de acceso al contenido y vinculado al concepto de conocimiento específico. Ambas variables permitirían, a su vez, reconocer un espacio de no colaboración sin que ello suponga la pérdida de la condición de actor neutral, siempre que de la contradicción de las partes derive una justificación de un posible uso lícito del contenido en controversia, es decir, fortaleciendo el efecto horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares (Frosio y Geiger, 2022: 39-43).

Para dar cabida a este modelo, los conceptos de participación omisiva concebida como responsabilidad indirecta por contribución y la posición de garante del intermediario como protector de los derechos fundamentales en internet aparecerían como criterios que facilitarían una armonización más allá de una delimitación negativa de responsabilidad en el intermediario y, a su vez, una interpretación garantista realizando el efecto horizontal de la libertad de expresión en la web 2.0. En primer lugar, porque del concepto de participación omisiva puede derivarse un deber especial. Sin embargo, a diferencia de una responsabilidad directa, la necesidad de conocer la infracción previa cometida por tercero permitiría introducir el requerimiento de una efectiva *contranotificación* (lo cual ya tiene una previsión concreta en el art. 20 del Reglamento 2022/2065) para delimitar correctamente el alcance de dicho deber y ponderando con ello los diferentes intereses en juego.

En segundo lugar, esta participación omisiva quedaría vinculada con una posición de garante en la protección de los derechos fundamentales. En este sentido, esta posición de garante no solo se aplicaría en el compromiso de neutralización de un riesgo que de modo indirecto o mediano se realizaría en el resultado, como es la infracción de un deber de impedir la continuidad del ilícito cometido por un tercero siempre que el mismo se haya determinado conforme a una contradicción efectiva entre las partes, sino que de esta contradicción efectiva pueda derivarse el necesario conocimiento específico que permita valorar y diferenciar entre contenido lícito e ilícito y, por ende, ofreciendo con ello un efecto horizontal protector de la libertad de expresión frente al ejercicio abusivo del intermediario (Longke, 2019:153-159; Demetrio Crespo, 2017: 161-175; Thomson, 2016: 784-795; Rueda Martín, 2013: 124-264; Rodríguez Mesa, 2013: 107-126; Robles Planas, 2012: 16-20).

Esta aproximación tendría un perfecto acomodo dentro de la interpretación del art. 16.3 del Reglamento 2022/2065, ya que difícilmente podrá un prestador de servicios de intermediación determinar si la actividad pertinente es lícita o ilícita sin una mínima contradicción entre las partes que permita decidir si el caso requiere de un examen jurídico detallado. A la vez, esta visión del intermediario como partícipe omisivo permitiría desvincularse de un

modelo de autoría directa donde el compromiso del intermediario vinculado a la contención del riesgo principal llevado a cabo por el tercero implicaría una equiparación al propio comportamiento del tercero, al existir un dominio directo del intermediario sobre el hecho ilícito que debe impedirse (lo cual ya ha sucedido con la jurisprudencia del TJUE en relación con el concepto «comunicación pública»)⁴¹. A la vez, esto legitimaría la necesidad de un modelo de responsabilidad vicarial sobre la base de una justicia algorítmica eficiente, pero no por ello transparente y garantista conforme a la Carta. Por tanto, es necesario reconocer la importancia de los prestadores de servicios de intermediación mediante el desarrollo de una posición de garante vinculada con la protección de los derechos fundamentales y sobre unas bases interpretativas que permitan delimitar claramente un espacio de no colaboración como manifestación de la ponderación de intereses confluyentes en internet. Ello sería factible y fácilmente predicable por la función clave que desempeñan en la era digital. En este sentido, los usuarios como potenciales creadores son cada vez más dependientes de las nuevas tecnologías, donde el uso de material protegido deviene cada vez más relevante en la participación comunicativa. Igualmente, esta posición de garante vendría justificada sobre un fortalecimiento de las garantías derivadas del derecho de defensa, las cuales serían imprescindible respetar para generar un conocimiento específico de la concreta infracción sobre el intermediario, permitiendo con ello una mayor claridad entre el contenido lícito e ilícito y reduciendo con ello los posibles efectos de una censura colateral (Bassini, 2019: 187-196; Thomson, 2016: 743-848).

Aquí es donde el concepto de participación omisiva y la posición de garante pueden dar sus mayores réditos para una interpretación garantista del Reglamento 2022/2065. En este sentido, el concepto de participación omisiva permitiría hablar de una diferenciación de responsabilidades entre el tercero (infractor directo) y el partícipe (infractor indirecto), quien únicamente se comprometería a la neutralización de un riesgo que solo de modo indirecto se realiza en el hecho ilícito. Ello expresaría, a su vez, una identidad de la omisión de un deber de impedir la continuidad del hecho ilícito cometido por un tercero con conductas de participación consistentes en favorecer o contribuir en los hechos de riesgo ajeno y, por tanto, manifestando un mero dominio potencial negativo a diferencia del infractor primario, quien poseería

⁴¹ Vid. entre otras, sentencias del TJUE de 13 de febrero de 2014, Svensson (C-466/12, EU:C:2014:76); de 8 de septiembre de 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644); de 14 de junio de 2017, Ziggo (C-610/15, EU:C:2017:456); y de 22 de junio de 2021, Youtube y Cyando (C-682/18 y C-683/18, EU:C:2021:503).

un mero dominio positivo y actual del ilícito (Longke, 2019: 153-160). Este dominio potencial negativo implicaría un alejamiento de la infracción directa en el sentido del dominio del hecho ilícito, deslegitimando con ello la necesidad del modelo *notice and staydown* y revitalizando la necesidad de contradicción de las partes para llegar a tener un conocimiento específico del hecho ilícito. Por tanto, este dominio potencial y negativo exigiría el reconocimiento de un requisito adicional en la parte subjetiva de la infracción consistente en hacer depender el conocimiento específico del derecho de contradicción de todas las partes implicadas.

De este modo, cuando se parte de un modelo de participación omisiva vinculado al reconocimiento de un ejercicio del derecho de defensa de todas las partes implicadas, el conocimiento específico no puede derivarse únicamente de presuntas infracciones que tienen lugar dentro de un servicio organizado por el intermediario, ya que las mismas serían meras presunciones que requieren de al menos un trámite de audiencia respecto de la parte afectada. En otras palabras, el favorecimiento o contribución al hecho ilícito cometido por tercero no debería nunca implicar un dominio positivo y actual (que solo posee realmente el tercero infractor); antes al contrario, serviría únicamente para justificar una mera reacción *ex post* de bloqueo de acceso al contenido infractor siempre que la misma sea desarrollada conforme a una efectiva contradicción entre las partes generadora de un conocimiento específico. De este modo, la figura de la participación omisiva vinculada al derecho defensa de todas las partes interesadas podría erigirse en un criterio interpretativo del Reglamento 2022/2065, permitiendo concebir al prestador de servicios de intermediación como un auténtico garante de los derechos fundamentales en internet mediante el establecimiento de una serie de requisitos mínimos:

1. REQUISITOS FORMALES PARA LA GENERACIÓN DE UN CONOCIMIENTO ESPECÍFICO DE PRESUNTA INFRACCIÓN

El reconocimiento del intermediario como garante debería venir dado por su capacidad en la implementación de un deber específico de protección consistente en impedir la continuidad de la actividad infractora por parte de terceros, especialmente ante notificaciones masivas redactadas de forma amplia y sin concretar la infracción. Desafortunadamente, en la Directiva 2000/31 no existían unos requerimientos formales sobre la notificación para generar ese deber de colaboración (a diferencia de la sección 510 Digital Millennium Copyright Act), lo cual generaba un espacio de incertidumbre con grandes incentivos para una colaboración acrítica (y. por ende, para una censura colateral), a fin de no perder la condición de actor neutral (Tehrani,

2015:103-140). El legislador de la UE, inspirado en la normativa estadounidense, ha intentado corregir ese espacio de incertidumbre con la introducción del art. 16 del Reglamento 2022/2065. Este art. requeriría que las notificaciones sean precisas y adecuadamente fundamentadas a través de una serie de requisitos:

- una explicación suficientemente motivada de las razones por las que una persona física o entidad considera que la información es ilícita;
- una indicación clara de la localización electrónica exacta de esa información, el nombre y una dirección de correo electrónico de la persona física o entidad que envíe la notificación; y
- una declaración que confirme que la persona física o entidad que envíe la notificación está convencida de buena fe de que la información y las alegaciones que dicha notificación contiene son precisas y completas.⁴²

Sin embargo, la previsión del art. 16 Reglamento 2022/2065 posee una problemática específica en lo que concierne a la protección de los derechos de propiedad intelectual. Junto al modelo general *notice and takedown* regulado en el nuevo Reglamento, existe otro más específico, *notice and staydown*, regulado en la Directiva 2019/790. En este sentido, para la protección de obras protegidas por *copyright* la exigencia de una serie de requisitos formales en la notificación (los cuales vienen a ser reflejo de una necesidad ponderada de todos los intereses confluyentes) estaría ausente, basculando únicamente en el interés de identificar y castigar el contenido presuntamente infractor de forma eficiente y proactiva. Ello supondría un problema de discriminación normativa por una sobreprotección sobre los derechos de propiedad intelectual en comparación con otros derechos, como el de marca o patente (propiedad industrial) o el derecho al honor, dando lugar a dos procedimientos diferenciados para el mantenimiento del puerto seguro. Sin embargo, incluso la

⁴² Téngase en cuenta, igualmente, los requisitos del Reglamento (UE) 2021/784 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2021, sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas en línea (DO L 172, 17.5.2021, p. 79) donde el art. 3.4 requiere una serie de requerimientos formales para la notificación, entre ellos: la identificación de la autoridad competente, motivación suficiente, el localizador uniforme de recursos, una referencia jurídica, la marca de fecha y hora, como firma electrónica de la autoridad competente que firmó la orden de retirada, y la información fácilmente comprensible sobre las vías de recurso disponibles. Sobre la relación entre libertad de expresión y difusión de contenidos terroristas vid. Hoboken (2019: 1-10; Coche, 2018: 1-17).

necesidad por esta diferenciación pierde su sentido cuando el modelo *notice and staydown* se compara con el estadounidense o canadiense, ambos aplicados a la delimitación de la responsabilidad del intermediario en la protección de los derechos de propiedad intelectual. Respecto del modelo estadounidense, la sección 510 de la Digital Millennium Copyright Act (1998) establece una serie de requisitos en la notificación, clave para ofrecer cierta transparencia al modelo y, por ende, para limitar los problemas de indefensión a los que puede conducir la actividad de los intermediarios. En lo que se refiere al modelo canadiense, el mismo se desvincula de cualquier posición de garante en la protección del *copyright*, concibiendo al intermediario como mediador y, por tanto, con una función meramente de acercamiento de las partes.⁴³ Por último, y más importante, esta diferenciación traería consigo un problema de falta de proporcionalidad, ya que no siempre es evidente la delimitación de una infracción de *copyright* por la existencia de excepciones (*fair use* en el ámbito estadounidense) o por la difícil distinción entre usos transformativos y obras derivadas (y más generalmente por la complicada ponderación entre incentivos y acceso a la obra), haciendo más necesario que exista una notificación clara y con una serie de requisitos que permitan identificar el hecho ilícito concreto.

Esto no solo se predica de los derechos de autor, ya que en el ámbito marcario existe igualmente la misma problemática en supuestos como riesgo de dilución o aprovechamiento indebido de la fama ajena. Ello podría traducirse en supuestos donde el intermediario estaría motivado (por la pérdida de puerto seguro) en la eliminación de contenidos que desagradan al titular marcario por afectar a su reputación, desconociendo con ello los intereses presentes en la libertad de empresa (y, por ende, de expresión de terceros) cuando el hecho no afecta a la función de indicación del origen empresarial. Pero más allá de esta problemática, lo que el modelo *notice and staydown* viene a realzar es el desconocimiento sobre qué tipo de interés jurídico se protege y qué tipo de lesividad sobre el mismo debería de generar un deber de colaboración por parte del intermediario. Y estas cuestiones difícilmente pueden

⁴³ Regulado en las secciones 41.25 y 41.26 de la Copyright Act de 1985 (tras la reforma acaecida en 2012 por la Copyright Modernization Act), que consideran al intermediario como un mero mediador entre las partes. En este sentido, cuando un intermediario recibe una notificación sobre una presunta infracción del *copyright*, esta notificación generaría una obligación de notificación al presunto infractor para darle la oportunidad de defensa, pero sin la generación de ninguna obligación en el intermediario de bloquear el acceso a dicho contenido, aunque sí de comunicar al titular de *copyright* que dicha notificación ha tenido lugar. Para un análisis del modelo *notice & notice*, vid. Solomon (2021: 1-18).

responderse sin una serie de requisitos en la notificación que permitan conocer con meridiana claridad el hecho ilícito, es decir, sin estos requisitos el deber de colaboración del intermediario tendería a ejercerse de forma abusiva y con respuestas desproporcionadas, especialmente cuando se requiere del establecimiento de mecanismos de filtrado con una incapacidad para la valoración del contexto donde aparece el contenido presuntamente ilícito (Wallberg, 2017: 922-936).

2. GENERACIÓN DEL CONOCIMIENTO ESPECÍFICO DE LA INFRACCIÓN: NECESIDAD DEL DERECHO DE DEFENSA

Una vez delimitada su capacidad de examinar dicho contenido, el intermediario se vería obligado a implementar un deber específico de notificación al tercero presunto infractor, identificando claramente el derecho de *contranotificación*. Dicho trámite debería ser obligatorio para garantizar un mínimo derecho de defensa con anterioridad al bloqueo del contenido en internet y, a la vez, como requerimiento para determinar el conocimiento específico de la infracción (lo cual toma un cariz sumamente importante en relación con el modelo *notice and staydown* regulado en el art. 17 de la Directiva 2019/790), promoviendo con ello una adecuada ponderación de los diferentes derechos fundamentales de las partes interesadas.

Aunque no existe un reconocimiento general de la *contranotificación* en el Reglamento (UE) 2022/2065, la necesidad del establecimiento de una serie de garantías básicas derivadas del proceso debido vinculado con el conocimiento específico de la infracción podría encontrarse a través de una interpretación garantista del art. 16.3 del Reglamento al considerar que las notificaciones generan un conocimiento efectivo cuando permiten al prestador de servicios determinar sin un examen jurídico detallado que la información o la actividad pertinente son ilícitas. Esta previsión es importante porque si se requiriera de un examen jurídico detallado, el intermediario no estaría capacitado para llevar a cabo un deber de colaboración en el bloqueo del contenido presuntamente infractor. Sin embargo, es complicado encontrar una línea divisoria entre lo que se entiende por detallado y no detallado y que ello permita sin riesgo alguno mantener el puerto seguro sin estar sometido a una eventual responsabilidad. Para corregir esta incertidumbre, sería clave el reconocimiento del derecho de defensa del presunto infractor vinculado al conocimiento específico de la infracción. De este modo, el establecimiento de un período prudencial vinculado al concepto de neutralidad ofrecería una posibilidad real de defensa sin que el material objeto de controversia pueda ser bloqueado. Y con ello se resalta que el mantenimiento de dicho contenido no implicaría la pérdida de la condición de actor neutral por parte del prestador de

servicios de intermediación siempre que derive de la efectiva contradicción de las partes (Maayan y Elkin-Koren 2016: 497-516; Hua, 2014: 1-40; Thornburg, 2001: 170-219).

Este mantenimiento, a la vez, sería fundamental para no restringir la potencialidad del discurso en la audiencia, con los efectos distorsionadores que ello produce en la libertad de expresión. A la vez, si existiera una *contranotificación* por parte del presunto infractor, y de ella se derivara un uso lícito, el prestador de servicios de intermediación debería ponerse en contacto nuevamente con el notificante para informarle de que el contenido supuestamente infractor no se elimina o bloquea, y de que sus intereses deberían reconducirse a través de un proceso judicial, sin que ello implique una vulneración del deber específico de impedir la continuidad del acto ilícito. En otras palabras, la negativa a colaborar por el intermediario en el bloqueo del contenido presuntamente infractor no conllevaría en ningún caso la pérdida de la condición de actor neutral, lo que adicionalmente podría encajar en una interpretación garantista del art. 16.3 del Reglamento al requerirse en esta circunstancia de un examen jurídico detallado, el cual no sería posible de implementar por parte del intermediario. (Perarnaud, 2022: 24-25; Frosio y Geiger, 2022: 26-29).

3. INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE IMPEDIR LA CONTINUIDAD DEL ACTO ILÍCITO: ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DEL INTERMEDIARIO

Conforme a este modelo, la mera notificación de una infracción no puede aparecer como un instrumento que incentive la implementación de actuaciones de los intermediarios de forma automática y acrítica. Al contrario, requerirá de un comportamiento omisivo generado por un conocimiento específico y contrastado derivado de un efectivo ejercicio del derecho de defensa del presunto infractor, que permita establecer una equivalencia entre el comportamiento omisivo con un comportamiento activo de contribución a un uso infractor cometido por un tercero, quien sería en consecuencia el responsable directo. Esto será posible siempre y cuando en la *contranotificación* exista una aceptación de la infracción por parte del tercero (quien tendría su dominio directo), no exista una justificación coherente del uso lícito del contenido o la respuesta del presunto infractor sea inexistente. Por tanto, el prestador de servicios de intermediación solo será responsable por el comportamiento infractor de un tercero si decide no colaborar a pesar de que de la *contranotificación* se deduce claramente la existencia de una infracción que el intermediario tiene capacidad de bloquear. A la vez, si se decide bloquear el acceso al contenido como consecuencia de la inexistencia de respuesta del presunto infractor pasado un tiempo prudencial, pero posteriormente existe

dicha *contranotificación* por parte el presunto infractor, se debería facilitar la restauración del contenido siempre y cuando la respuesta tenga un fundamento suficiente para entender la existencia de un uso lícito y sin que ello implique la pérdida de la condición de actor neutral en el intermediario.

IV. CONCLUSIONES

En el contexto del alcance de los efectos horizontales de los derechos fundamentales en internet, el TEDH hace referencia al valor de la libertad de expresión no solo en las relaciones de verticalidad entre el Estado y los ciudadanos, sino también en las relaciones entre particulares (que va más allá de la autonomía de la voluntad expresada a través de la libertad contractual), requiriendo con ello una correcta ponderación de los intereses en juego a través del principio de proporcionalidad.

Este principio viene a desempeñar un papel clave en la jurisprudencia del TJUE al realzar la prohibición de requerir a los intermediarios que implementen un deber de supervisión general sobre la base de una necesaria ponderación de los diferentes intereses concurrentes en internet. Sin embargo, la Directiva 2019/790 se desvincula de esta ponderación, requiriendo un mayor deber de supervisión por parte de los prestadores de servicios de intermediación a través del modelo *notice and staydown*. Este modelo no llega a imponer un deber general de supervisión, pero con una redacción tan difusa en su regulación que genera grandes incentivos para el ejercicio de una censura colateral y, por ende, de un efecto desaliento en la capacidad creativa ciudadana.

Frente a esta problemática, el concepto de participación omisiva vinculado a la vulneración de un deber específico consistente en no haber impedido la continuidad del acto ilícito, cuando haya sido determinado conforme a una efectiva contradicción de las partes, favorece una interpretación garantista de los arts. 8 y 16 del Reglamento 2022/2065, delimitando un espacio de no colaboración vinculado a la condición de neutralidad que limite las necesidades en de un proceso eficiente. De este modo, la delimitación de la responsabilidad en la figura del prestador de servicios de intermediación requeriría la implementación de mecanismos ponderativos, respetuosa con unas garantías básicas derivadas del derecho de defensa, a pesar de que ello implique una menor eficiencia en la identificación y eliminación de posibles infracciones; es decir, vinculando la legitimidad de la responsabilidad del intermediario en el reconocimiento no solo de un proceso eficiente, sino fundamentalmente de la capacidad dialógica ciudadana y, por ende, del efecto horizontal de la libertad de expresión en internet.

Bibliografía

- Amayuelas Arroyo, E. (2020). La responsabilidad de los intermediarios en Internet ¿Puertos seguros a prueba de futuro? *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12, 808-837. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5225>.
- Angelopoulos, C. y Smet, J. (2016). Notice and fair balance: How to reach a compromise between fundamental rights in European intermediary liability. *Journal of Media Law*, 8, 1-26. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2944917>.
- Arzoz Santisteban, X. (2017). La eficacia del Convenio Europeo de Derechos Humanos en las relaciones entre particulares. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 21, 149-174.
- Balkin, J. (2018). Free speech is a triangle. *Columbia Law Review*, 118, 2011-2056.
- (2004). Digitals Speech and democratic culture: a theory of free expression for the information society. *New York University Law Review*, 79, 1-55.
- (2014). Old school/new school speech regulation. *Harvard Law Review*, 127, 2296-2342.
- Bambauer, D. (2012). Orwell's Armchair. *The University of Chicago Law Review*, 79, 863-944.
- Barata, J. (2020). Positive intent protections: incorporating a Good Samaritan Principle in the European Digital Service Act. *Center For Democracy and Technology*, 1-15.
- Barrero Ortega, A. (2021). Responsabilidad de los intermediarios de internet en el Derecho de la Unión Europea. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 123, 107-132. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.123.04>.
- Barron, J. (2020). Internet access, hate speech and the first amendment. *First Amendment Law Review*, 18, 1-24. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3726160>.
- Bassini, M. (2019). Fundamental rights and private enforcement in the digital age. *European Law Journal*, 25, 182-197. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/eulj.12310>.
- Blevins, J. (2013). Uncertainty as enforcement mechanism :the new expansion of secondary copyright liability to internet platforms. *Cardozo Law Review*, 34, 1821-1887
- Borowski, M. (2020). La Drittwirkung ante el trans fondo de la transformación de los derechos morales en derechos fundamentales. *Revista de Estado de Derecho*, 45, 3-27. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/01229893.n45.01>.
- Bridy, A. (2020). The price of closing the value gap: How the music industry hacked European Union copyright reform. *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, 22, 323-358.
- Brunner, L. (2016). The liability of an online intermediary/third party content: The watchdog becomes the monitor: intermediary liability after Delfi. *Human Rights Law Review*, 16, 163-174. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngy048>.

- Busch, C. (2021). Rethinking product liability rules for online marketplaces: A comparative perspective. *European Legal Studies Institute Osnatrück. Research Paper Series*, 1-43. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3897602>.
- Camacho Sepúlveda, R. (2015). Destinatarios de la función de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital: la Ley 21/2014. *Revista General de la Legislación y Jurisprudencia*, 3, 407-428.
- Carpou, Z. (2016). Robots, pirates and the rise of the automated takedown regime: Using the Digital Millennium Copyright Act to fight piracy and protect end-users. *The Columbia Journal of Law and the Arts*, 39, 551-590.
- Castañeda Méndez, J. (2016). El efecto horizontal de los derechos fundamentales en el contexto del constitucionalismo global del régimen jurídico privado digital. *Revista Jurídico Mario Alorio D'Filippo*, 8 (15), 29-47. Disponible en: <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.8-num.15-2016-1522>.
- Castelló Pastor, J. (2021). Nuevo régimen de responsabilidad de los servicios digitales que actúan como intermediarios a la luz de la propuesta de Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales. En J. Castelló Pastor (dir.). *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales* (pp. 38-77). Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters.
- Castets-Renard, C. (2020). Algorithmic content moderation on social media in European Union law. Illusion of perfect enforcement. *Journal of Law, Technology and Policy*, 283-324. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3535107>.
- Cauffman, C. y Goanta, C. (2021). A new order: The Digital Service Act and Consumer Protection. *European Journal of Risk Regulation*, 12, 758-774. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/err.2021.8>.
- Cherednychenko, O.O. (2021). Fundamental rights, contract law and transactional justice. *European Review Contract Law*, 17 (2), 130-141. Disponible en: <https://doi.org/10.1515/ercl-2021-2015>.
- Coche, E. (2018). Privatised enforcement and the right to freedom of expression in a world confronted with terrorism propaganda. *Internet Policy Review*, 7, 1-17. Disponible en: <https://doi.org/10.14763/2018.4.1382>.
- Cotino Hueso, L. (2017). Responsabilidad de intermediarios y prestadores de servicios de Internet en Europa y Estados Unidos y su importancia para la libertad de expresión. *Revista de Derecho Comunitario y Nuevas Tecnologías*, 17, 1-32
- Cruz Villalón, P. (2017). La incidencia de la carta (DFUE) en la confluencia de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y la ineficacia horizontal de las directivas: de Küçükdeveci a Dansk Industri. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 21, 101-120.
- Cuerda Arnau, M. L. (2022). La doctrina del efecto desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. *InDret*, 2, 88-131. Disponible en: <https://doi.org/10.31009/InDret.2022.i2.03>.
- De Gregorio, G. (2019). Democratising online content moderation: a constitutional framework. *Computer Law and Security Review*, 36, 1-17. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2019.105374>.

- Demetrio Crespo, E. (2017). *Responsabilidad penal por omisión del empresario*. San José: Editorial Jurídica Continental.
- Erikson, K. y Kretschmer, M. (2018). This video is unavailable: analysing takedown of user-generated content on Youtube. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 9, 1-29.
- Ferry, F. (2020). The dark side(s) of the European Union Directive on copyright and related rights in the digital single market. *China-EU Law Journal*, 7, 21-38. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s12689-020-00089-5>.
- Frantziou, E. (2015). The horizontal effect of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: Rediscovering the reasons for horizontality. *European Law Journal*, 21, 657-679. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/eulj.12137>.
- Frosio, G. (2017). The death of non-monitoring obligations: a story of untamable monsters. *Journal of Intellectual Property, Information, Technology and Electronic Commerce Law*, 8, 199-216. Disponible en: <https://doi.org/10.31235/osf.io/hy7fk>.
- (2018). Why keep a dog and bark yourself? From intermediary liability to responsibility. *Oxford International Journal of Law and Information Technology*, 26, 1-38. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ijlit/eax021>.
- y Geiger, C. (2022). Taking fundamental rights seriously in the digital services act's platform liability regime. *Social Science Research Network*, 1-45.
- Fukumoto, E. (1997). The author effects after the death of the author: Copyright in postmodern age. *Washington Law Review*, 72, 903-934.
- García Morales, M. J. (2013). La prohibición de censura en la era digital. *Revista de Teoría y Realidad Constitucional*, 31, 255-273.
- Gerstenberg, O. (2015). Constitutional reasoning in private law. *European Law Journal*, 21, 599-621. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/eulj.12121>.
- Guzel, S. (2020). Art. 17 of the CDSM directive and the fundamental rights: shaping the future of the internet. *European Journal of Law and Technology*, 12, 1-30.
- Haber, E. (2016). Privatization of the judiciary. *Seattle University Law Review*, 40, 115-172.
- Heymann, L. (2007). Everything is transformative: fair use and reader response. *Columbia Journal of Law and Arts*, 31, 445-466.
- Hoboken, J. (2019). The proposed European Union Terrorism Content Regulation: analysis and recommendations with respect to freedom of expression implications. *Transatlantic Working Group*, 1-10.
- Holt, K. (2011). Grokster and beyond: secondary liability for copyright infringement during live musical performances. *Journal of Intellectual Property Law*, 19, 173-200.
- Hua, J. (2014). Establishing certainty of internet service provider liability and safe harbor regulation. *National Taiwan University Law Review*, 9, 1-48. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-3-662-43517-5_4.
- Husovec, M. (2018). The promises of algorithmic copyright enforcement: takedown or staydown: which is superior and why? *Columbia Journal of Law and the Arts*, 42, 54-84.

- (2019). The essence of Internet Protocol rights under art. 17 (2) of the Charter. *German Law Journal*, 20, 840-863. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/glj.2019.65>.
- Izyumenko, E. (2020). European Court of Human Rights rules that collateral website blocking violates freedom of expression. *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 15, 774-775. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpaa135>.
- Kanalan, I. (2016). Horizontal effect of human rights in the era of transnational constellations on the accountability of private actors for human rights violations. *European Yearbook of International Economy Law*, 7, 424-457. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-3-319-29215-1_17.
- Kaesling, K. (2018). Privatising law enforcement in social networks: a comparative model analysis. *Erasmus Law Review*, 3, 151-164. Disponible en: <https://doi.org/10.5553/ELR.000115>.
- Keats Citron, D. (2008). Technological due process. *Washington University Review*, 85, 1249-1314.
- Keller, D. (2020). Facebook filters, fundamental rights and the Court of Justice of the European Union Glawischnig-Piesczek ruling. *Journal of European and International IP Law International*, 69, 616-623. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/grurint/ikaa047>.
- Klonick, K. (2018). The new governors: the people rules and processes governing online speech. *Harvard Law Review*, 131, 1598-1670.
- Kreimer, S. (2006). Censorship by proxy: the first amendment, internet intermediaries and the problem of the weakest link. *University of Pennsylvania Law Review*, 155, 11-102. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/40041302>.
- Kuczerawy, A. (2017). The power of positive thinking: intermediary liability and the effective enjoyment of the right of freedom of expression. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce*, 8, 226-237
- Lange, D. (1992). At play in the fields of the world: Copyright and the construction of authorship in the post-literature millenium. *Law and Contemporary Problems*, 55, 133-151. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1191779>.
- Leczykiewicz, D. (2013). Horizontal effect of fundamental rights: in search of social justice or private autonomy in European Unionl law? *European Law Review*, 4, 479- 497.
- Leersen, P. (2015). Cut out by the middle man: The free speech implications of social media blocking and banning the European Union. *Journal of Intellectual Property, Information, Technology and Electronic Commerce*, 6, 99-119.
- Levin, D. (2006). The future of copyright infringement: Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. vs. Grokster, Ltd. *St. John's Journal of Legal Commentary*, 21, 271-310.
- Longke, T. (2019). On an internet service provider's content management obligation and criminal liability. *Journal of Eastern-European Criminal Law*, 1, 145-158.
- Maayan, P. y Elkin-Koren, N. (2016). Accountability in algorithmic copyright enforcement. *Standford Tech Law Review*, 19, 473-532.

- Martin, T. (2010). Vicarious and contributory liability for internet host providers: Combating copyright infringement in the United States, Russia and China. *Wisconsin International Law Journal*, 27, 1-36.
- Martínez Espín, P. (2022). Responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por contenidos protegidos por la propiedad intelectual frente a libertad de expresión. *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 42, 168-181. Disponible en: https://doi.org/10.18239/RCDC_2022.42.3099.
- Mehra, S. y Trimble M. (2014). Secondary liability, internet service provider immunity and incumbent entrenchment. *American Journal of Comparative Law Supplement*, 62, 685-706. Disponible en: <https://doi.org/10.5131/AJCL.2013.0041>.
- Montagnani, M. y Yordanova, A. (2018). Safe harbors in deep waters: A new emerging liability regime for internet intermediaries in the digital single market. *International Journal and Law and Information Technology*, 26, 294-310. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ijlit/eay013>.
- (2020). Virtues and perils of algorithmic enforcement and content regulation in the European Union. A toolkit for a balanced algorithmic copyright enforcement. *Journal of Law, Technology and Internet*, 11, 1-49.
- Moscon, V. (2020). Free circulation of information and online intermediaries. replacing one value gap with another. *IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 51, 977-982. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s40319-020-00982-3>.
- Mostert, F. (2020). Digital due process: a need for online justice. *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 15, 1-23. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpaa024>.
- Peguera Poch, M. (2007). Solo sé que no sé nada (efectivamente): la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas de aplicación judicial de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico. *Revista de Internet, Derechos y Política*, 5, 1-18.
- Perarnaud, C. (2022). Para automatizar censura, pulse aquí: un nuevo reglamento europeo sobre servicios digitales. *Le Monde Diplomatique en Español*, 321, 24-25.
- Perel, M. y Elkin-Koren, N. (2016). Accountability in algorithmic copyright enforcement. *Stanford Technology Law Review*, 19, 473-533.
- Pollicino, O. (2019). Judicial protection of fundamental rights in the transition from the world of atoms to the world of bits: The case of freedom of speech. *European Law Journal*, 25, 155-168. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/eulj.12311>.
- Prechal S. (2020). Horizontal direct effect of the charter of fundamental rights of the European Union. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 66, 407-426. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.66.04>.
- Quintais, J. (2020). The new copyright in the digital single market directive: A critical look. *European Intellectual Property Review*, 1, 1-23. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3424770>.
- Redeker, D., Gill, L. Y Gasser, U. (2018). Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to craft an internet bill of rights. *International Communication Gazette*, 80, 302-319. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1748048518757121>.

- Reis, R. (2009). The Sony legacy: secondary liability. *Akron Intellectual Property Journal*, 3, 223-268.
- Robles Planas, R. (2012). Los dos niveles del sistema de intervención en el delito. *InDret*, 2, 1-25.
- Rodríguez Mesa, M. J. (2013). Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho en materia de autoría y participación. *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 11, 107-126. Disponible en: <https://doi.org/10.18172/redur.4125>.
- Romero Moreno, F. (2020). Upload filters and human rights: implementing art. 17 of the directive on copyright in the digital single market. *International Review of Law, Computers and Technology*, 34, 153-181. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/13600869.2020.1733760>.
- Rueda Martín, M. A. (2013). ¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito doloso cometido por un autor principal. Madrid: Atelier.
- Sag, M. (2018). Internet safe harbors and the transformation of copyright law. *Notre Dame Law Review*, 93, 499-564.
- Samuelson, P. (2020). Pushing back on stricter copyright internet service providers liability rules. *Michigan Technology Law Review*, 4, 299-343. Disponible en: <https://doi.org/10.36645/mtlr.27.2.pushing>.
- Sánchez Aristi, R. (2014). La provisión de enlaces en internet y el derecho de puesta a disposición del público (comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 2014 en el asunto C-466/12, caso Svensson). *Revista de Propiedad Intelectual*, 46, 45-95.
- Sánchez Leria, R. (2020). Plataformas de alojamiento y contenido ilícito en internet: reflexiones a propósito de la nueva Directiva 2019/790, sobre derechos de autor en el mercado digital. *Revista de Derecho Civil*, 3, 163-198.
- Sauter, W. (2013). Proportionality in EU Law: A Balancing Act? *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 15, 439-466.
- Savin, A. (2021). The European Union Digital Service Act: Toward a more responsible internet. *Journal of Internet Law*, 24, 15-25.
- Savola, P. (2014). Proportionality of Website Blocking: Internet Connectivity Providers as Copyright Enforcers. *Journal of Intellectual Property, Information, Technology and Electronic Commerce Law*, 5, 116-138
- (2017). European Union copyright liability for internet linking. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce*, 8, 139-150.
- Seltzer, W. (2010). Free speech unmoored in copyright's safe harbor: chilling effects of the Digital Millennium Copyright Act on the first amendment. *Harvard Journal of Law and Technology*, 24, 171-226.
- Sen, J., Sen, A. M. y Hemachandran, K. (2012). An algorithm for digital watermarking of still images for copyright protection. *Indian Journal of Computer Science and Engineering*, 3, 46-52.
- Senftleben, M. (2020). Institutionalized algorithmic enforcement. the pros and cons of the European Union approach to User Generated Content platforms liabi-

- lity. *Florida Law Review*, 14, 299-328. Disponible en: <https://doi.org/10.25148/lawrev.14.2.11>.
- Sites, B. (2016). Fair use and the new transformative. *Columbia Journal of Law and Arts*, 39, 513-550.
- Solomun, S., Polataiko, M. y Hayes, H. A. (2021). Platforms responsibility and regulation. Canada considerations on transparency, legislative clarification and design? *Harvard Journal of Law and Technology*, 34, 1-18.
- Spindler, G. (2019). The liability system of art. 17 DSMD and national implementation: Contravening prohibition of general monitoring duties. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 10, 344-374
- Spoerri, T. (2019). On Upload-Filters and other Competitive Advantages for Big Tech Companies under Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market. *The Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 10, 173-186
- Tehrani, J. (2015). The new censorship. *Iowa Law Review*, 101, 103-148.
- Teubner, G. (2012). Transnational fundamental rights: horizontal effect. *Rechtsphilosophie and Rechtstheorie*, 40, 191-215. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199644674.003.0005>.
- Thomson, M. (2016). Beyond gatekeeping: the normative responsibility of internet intermediaries. *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, 18, 783-848.
- Thornburg, E. (2001). Going private: technological due process and internet dispute resolution. *U.C. Davis Law Review*, 34, 151-220.
- Tomás Mallén, B. (2022). Derechos fundamentales y Drittwirkung en perspectiva multinivel: desarrollos recientes en el Derecho Europeo. *Universidad Nacional de Educación a Distancia: Revista de Derecho Político*, 115, 207-235. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.115.2022.36335>.
- Tosza, S. (2021). Internet service providers as law enforcers and adjudicators. A public role of private actors. *Computer Law and Security Review*, 43, 1-17. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2021.105614>.
- Tripp-Barba, C., Aguilar Calderón, J. A. y Zurita, C. E. (2018). Esquemas de finger printing como protección de los derechos de autor. *Revista de Investigación en Tecnologías de la Información*, 6, 7-12. Disponible en: <https://doi.org/10.36825/RITI.06.11.002>.
- Urban, J. y Quilter, L. (2006). Efficient process or chilling effects? takedown notices under section 512 DMCA. *Santa Clara Computer and High Technology Law Journal*, 22, 621-694.
- Urgatemendia Eceizabarrena, J. (2017). La eficacia entre particulares de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. *Teoría y Realidad Constitucional*, 39, 361-386. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.39.2017.19161>.
- Van Eecke, P. (2011). Online service providers and liability: A plea for a balanced approach. *Common Law Market Review*, 48, 1455-1502.

- Van Loo, R. (2016). The corporation as courthouse. *Yale Journal on Regulation*, 33, 547-601.
- Wallberg, K. (2017). Notice and takedown of counterfeit goods in the digital single market: A balancing of fundamental rights. *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 12, 922-936. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpx111>.
- Wan, K. (2012). Managing peer-to peer traffic with digital fingerprinting and digital watermarking. *Southwestern Law Review*, 41, 331-386.
- Wilman, F (2021). The European Union system of knowledge based liability for hosting service providers in respect of illegal user content between the E-Commerce Directive and the Digital Service Act. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce*, 3, 317-341.