

Título

Menos libertad de expresión en internet: el peligroso endurecimiento del TEDH sobre la responsabilidad de moderación de contenidos y discurso del odio

Title:

Less freedom of expression on the internet: the ECtHR's dangerous tightening of responsibility for moderating content and hate speech

LORENZO COTINO HUESO¹. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universitat de València. Valgrai

cotino@uv.es

CÓDIGO ORCID: 0000-0003-2661-0010

WoS Researcher ID: H-3256-2015

Resumen:

Se analiza críticamente la sentencia del TEDH caso Sanchez contra Francia de mayo de 2023 que admite la condena de un político francés por no moderar comentarios en su "muro" de Facebook. El TEDH considera delito de odio y discriminación unos comentarios que posiblemente estarían protegidos por la libertad de expresión. Especialmente el TEDH refuerza en una dirección muy preocupante la doctrina del caso Delfi de hacer responsables a los intermediarios por contenidos integrados por terceros. La doctrina se extiende al ámbito penal y para políticos en campaña electoral, esto es, precisamente donde la libertad de expresión es más intensa. El TEDH admite una normativa y jurisprudencia muy poco claras y delega exageradamente la solución de estas cuestiones internas de los Estados y sus jueces. Para concluir se enumeran las muchas cuestiones y posibles efectos que pueden degenerar en razón de esta sentencia.

Abstract

It is critically analysed the judgment of the ECtHR in the Sanchez v Francia case of May 2023, which upholds the criminal conviction of a French politician for not moderating comments on his Facebook "wall". The ECtHR considers comments that would arguably be protected by freedom of expression to be a hate crime and discrimination. In particular, the ECtHR reinforces in a very worrying direction the Delfi doctrine of holding intermediaries liable for content posted by third parties. The doctrine extends to the criminal field and to politicians in election campaigns, precisely where freedom of expression is most intense. The ECtHR accepts a very unclear normative and jurisprudential framework and delegates the solution of these issues to the internal questions of states and their judges in an exaggerated manner. As conclusion, the many questions and possible effects that may result from this judgement are listed.

¹ cotino@uv.es. OdiseIA. El presente estudio es resultado de investigación del proyecto ELPIS: Análisis de datos para la toma de decisiones espaciales e inteligencia artificial para la administración, Grupo de Investigación en Derecho Público y TIC Universidad Católica de Colombia; MICINN: "Derechos y garantías públicas frente a las decisiones automatizadas y el sesgo y discriminación algorítmicas" (PID2022-136439OB-I00); Retos "Derechos y garantías frente a las decisiones automatizadas..." (RTI2018-097172-B-C21); "La regulación de la transformación digital ..." grupo de investigación de excelencia Generalitat Valenciana "Algorithmic law" (Prometeo/2021/009, 2021-24); "Algorithmic Decisions and the Law: Opening the Black Box" (TED2021-131472A-I00) y "Transición digital de las Administraciones públicas e inteligencia artificial" (TED2021-132191B-I00) del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Estancia Generalitat Valenciana CIAEST/2022/1.

Palabras clave: libertad de expresión en internet, responsabilidad de prestadores, partidos políticos

Keywords: freedom of expression on the internet, provider liability, political parties

SUMARIO

1. Una sentencia cuestionable que nos aleja aún más de la jurisprudencia norteamericana recientemente ratificada; 2. El caso del político Sanchez del Frente Nacional que no moderó dos comentarios en su “muro” de Facebook; 3. Es cuestionable que los comentarios de terceros constituyeran delito de odio y discriminación; 4. La “vuelta de calcetín”: pese a que los políticos en campaña tienen una libertad de expresión reforzada, acaban siendo penalizados; 5. Condena penal a un político por no moderar y eliminar dos mensajes dudosamente ilegales y de autores conocidos; 6. La laberíntica normativa y la jurisprudencia que hizo responsable al creador del foro no era clara ni previsible; 7. Para el TEDH, no hay problema con una cuestión jurídica novedosa y, en todo caso, son cuestiones internas de los Estados y sus jueces; 8. La atribución de responsabilidad por no controlar los contenidos de terceros; 9. Para concluir, una sentencia que podría degenerar en muchos efectos negativos para libertad de expresión en internet y suscita preocupantes preguntas en Europa; 10. Bibliografía

1. Una sentencia cuestionable que nos aleja aún más de la jurisprudencia norteamericana recientemente ratificada

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 15 de mayo de 2023, de Gran Sala, caso Sánchez vs. Francia² revisa la sentencia de Sala del TEDH que fue recurrida, STEDH de 2 de septiembre de 2021³. La misma admitió una condena penal a un político que en su “muro” de Facebook, en periodo electoral, no moderó y eliminó unos mensajes considerados de odio y discriminatorios. Se trata de una sentencia extensa (de unas 40 mil palabras), segmentada en 2010 apartados y que cuenta con una opinión concurrente y tres opiniones disidentes.

Este estudio presenta críticas en varios aspectos fundamentales que la sentencia implica para la libertad de expresión. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) endurece su percepción sobre lo que es odio y discriminación, excluyéndolos de la protección de la libertad de expresión. Y especialmente lo que aquí interesa es la vuelta de tuerca que esta sentencia implica respecto de las obligaciones de los responsables de los foros en internet para moderar, controlar y eliminar contenidos, al punto de la responsabilidad penal por no hacerlo. Ello se da particularmente respecto de usos políticos y partidistas, lo cual ya es bien relevante para la democracia y la libertad de expresión. En cualquier caso, esta sentencia puede tener implicaciones clara sobre la responsabilidad de los creadores de foros por los contenidos generados por terceros. Lo que se afirma podrá extenderse a otros muchos ámbitos “profesionales” y afectar negativamente a la libertad de expresión en línea.

Así las cosas, este estudio cuestiona si los dos mensajes que el político no moderó y eliminó de su "muro" pueden ser considerados ilegales, especialmente en términos de Derecho penal y como constitutivos de delito de odio y discriminación. Se considera especialmente preocupante la casi esquizofrénica estrategia que sigue el TEDH. Pese a

² <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-224928> La sentencia está en inglés, en el presente estudio se utiliza una traducción automatizada al español, en ocasiones revisada personalmente.

³ <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-7106081-9621530>

que afirma la intensa protección a la libertad de expresión de los políticos y partidos durante las campañas electorales, les impone responsabilidades no reguladas cuyo incumplimiento puede resultar en condenas penales.

Antes del análisis, es relevante mencionar que, al menos para quien suscribe, la sentencia en cuestión no logra transmitir una sólida convicción en cuanto a las afirmaciones presentadas. Los argumentos parecen estar elaborados de forma forzada. Un lector atento podría percibir que hay una repetición constante de afirmaciones, como si el texto intentara convencerse a sí mismo de su validez. Paradójicamente, los contraargumentos presentados dentro de la misma sentencia parecen poseer una mayor fuerza persuasiva.

Desde 2005 he escrito y coordinado más de una docena de obras y trabajos sobre las libertades informativas en internet⁴. Un tema que me parece especialmente importante para la libertad de expresión es la responsabilidad de los proveedores e intermediarios en Internet respecto de los contenidos de los usuarios⁵. Europa y EEUU cada vez se distancian más en los presupuestos a seguir y esta sentencia es el mejor ejemplo de ello⁶. La jurisprudencia del TEDH sobre libertad de expresión e internet, aunque empezó tarde respecto de EEUU, ha tenido lineamientos consistentes⁷, sin embargo, en materia de responsabilidad es más cuestionable.

En Estados Unidos, el régimen general de responsabilidad para los proveedores e intermediarios es el establecido en la Sección 230 de la Ley de Decencia en las Comunicaciones ("Sección 230")⁸. Se confiere un "puerto seguro" ("safe harbour") a los proveedores de "servicios interactivos" por el discurso y contenidos ilícitos de sus usuarios. Los tribunales interpretan esta exclusión de responsabilidad de manera muy amplia, blindando así a los grandes operadores y proveedores por los contenidos ilícitos que intermedian, incluso si se niegan a retirar el contenido a petición de la parte afectada. La jurisprudencia estadounidense es prácticamente unánime en este punto. Se basa en la protección de la libertad de expresión que implica la red. Al proteger a los proveedores e intermediarios, se busca evitar la "censura colateral" y el efecto

⁴ Me remito a www.cotino.es donde es fácil el acceso a las mismas.

⁵ Cotino Hueso, Lorenzo (2015), "Libertades informativas y responsabilidad de los prestadores de servicios en la red" en Rafael Bustos Gisbert Marta Fernández de Frutos Enric Fossas Espadaler (eds.) *La Protección Jurisdiccional de los Derechos, Actas del XI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, (ACE), 21 y 22 de febrero de 2013, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 171-230 [acceso](#) También, "Responsabilidad de intermediarios y prestadores de servicios de internet en Europa y Estados Unidos y su importancia para la libertad de expresión", en *Revista de Derecho Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, Universidad de los Andes (Colombia), Colciencias B, Colombia, nº 17, 2017. <http://dx.doi.org/10.15425/redecom.17.2017.08> Sobre el tema, entre otros Barrio Andrés, Moisés (2016), *Internet y derecho público: responsabilidad de los proveedores de internet*, Tesis doctoral (De la Quadra-Salcedo, Tomás, dir.) Universidad Carlos III de Madrid. Acceso en Dialnet.

⁶ Sobre el régimen de la UE, entre otros muchos, Tambiama, M. - Parlamento UE (2020), *Reform of the EU liability regime for online intermediaries. Background on the forthcoming digital services act. In-depth analysis*, EPRS (European Parliamentary Research Service), [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_IDA\(2020\)649404](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_IDA(2020)649404)

⁷ Aunque sólo hasta 2015, es de especial interés, Consejo de Europa (2015), *Internet: case-law of the European Court of Human Rights, Research Division*, Estrasburgo, junio, Acceso en <https://links.uv.es/1ab42S5>. Un seguimiento e interpretación completa de los lineamientos, Teruel Lozano, Germán. M. (2023), "Libertad de expresión, censura y pluralismo en las redes sociales: algoritmos y el nuevo paradigma regulatorio europeo", en Balaguer, Francisco y Cotino, Lorenzo, *Derecho público de la inteligencia artificial*, F. Jiménez Abad-Marcial Pons, pp. 181-222. De modo breve, factsheet, TEDH (2022), *Access to Internet and freedom to receive and impart information and ideas*, septiembre, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Access_Internet_ENG.pdf

⁸ Además de mis trabajos antes mencionados, especialmente cabe seguir en España, Peguera Poch, Miquel (2007). *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Comares, Granada.

disuasorio (“chilling effect”) que implica la otra opción: incertidumbre por la legalidad de los contenidos, altos costos de defensa y la amenaza de una sanción o indemnización significativa. Precisamente al mismo tiempo que la cuestionable sentencia del TEDH que aquí se analiza, en mayo de 2023 el Tribunal Supremo de EEUU ha resuelto los polémicos casos *Gonzalez v. Google, LLC*⁹ y *Twitter, Inc. v. Taamneh*¹⁰, sobre responsabilidad de Google y Twitter por la muerte de familiares miembros en los ataques terroristas de ISIS debido a “recomendaciones específicas” de “información proporcionada por otro proveedor de contenido”. El TS ha mantenido la exención de responsabilidad a las plataformas incluso por estas recomendaciones específicas, reforzando al más alto nivel la libertad de expresión respecto de la responsabilidad de los intermediarios.

Pues bien, como a continuación se expone, la STEDH va en la línea de restringir cada vez más la libertad de expresión al imponer deberes y responsabilidades de moderación y de retirada de contenidos, precisamente en el contexto del discurso político y, lo que es pero, el TEDH avala una grave falta de seguridad jurídica.

2. El caso del político Sanchez del Frente Nacional que no moderó dos comentarios en su “muro” de Facebook

Como se detalla en la STEDH (§§ 12-34), el demandante es Julien Sanchez, un político francés del grupo del *Rassemblement national* (hasta 2018 conocido *Front national*, FN). Era alcalde de Beaucaire desde 2014 y preside el grupo de dicho partido en el Consejo Regional de Occitania. Fue responsable de la estrategia de Internet del FN durante 7 años y al momento de los hechos, era candidato del Frente Nacional por la circunscripción de Nîmes. Sanchez utilizaba su muro de *Facebook* para finalidades electorales y políticas. En periodo electoral lanzó una publicación sobre el alcalde de Nîmes y oponente político. Dicha publicación no tenía nada conflictivo ni incitaba al odio o discriminación. Sin embargo, al hilo de dicha publicación se generaron los mensajes conflictivos que se consideraron que eran ilícitos. Así, un sujeto (“SB”) afirmó que:

“Este GRANDE ha convertido NIMES en ARGEL, no hay calle sin KEBAB SHOP y MEZQUITA; LOS TRAFICANTES DE DROGAS Y LAS PROSTITUTAS REINAN SUPREMAMENTE, NO SORPRENDE QUE HA ELEGIDO BRUSELAS CAPITAL DEL NUEVO ORDEN MUNDIAL DE LA SHARIA... SALUD UMPS [fusión de UMP y PS, Partido Socialista], AL MENOS NO TENEMOS QUE PAGAR LOS VUELOS Y EL HOTEL ... SIMPLEMENTE AMO esta versión gratuita de CLUB MED... Gracias FRANCK y BESOS A LEILLA... POR FIN UN BLOG QUE CAMBIA NUESTRA VIDA...” (sic)

Y otra persona (“LR”) añadió:

“Bares de shisha por todo el centro de la ciudad y mujeres con velo... Mira lo que ha sido de nîmes, la llamada ciudad romana... La UMP y el PS son aliados de los musulmanes”. (si)

“El narcotráfico dirigido por los musulmanes rue des lombards, ha estado ocurriendo durante años... incluso con circuito cerrado de televisión en la calle... más tráfico de drogas a la vista en la avenida general leclerc donde la gentuza vende drogas todo el día pero la policía nunca llega e incluso fuera de las escuelas, se tiran piedras a los coches pertenecientes a la 'gente blanca' route d'arles en los semáforos todo el tiempo... nîmes, capital de la inseguridad del languedoc roussillon.” (si)“ prout ,

⁹ https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-1333_6j7a.pdf

¹⁰ https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-1496_d18f.pdf

concejal de desarrollo económico jajaja hallal desarrollo económico boulevard gambetta y calle república (islámica)”. (si)

LR fue identificado y afirmó que había estado trabajando como asistente en la campaña electoral del demandante. En la sentencia de 28 de febrero de 2013, el Tribunal de lo Penal de Nîmes declaró culpables a SB, LR por sus mensajes y al demandante Sanchez por no moderar y eliminar tales mensajes (si bien uno fue eliminado de inmediato, según se ha expuesto).

3. Es cuestionable que los comentarios de terceros constituyeran delito de odio y discriminación

El interés de este estudio no es el discurso de odio y la libertad de expresión y por tanto, la valoración de los dos mensajes que introdujeron en el “muro”¹¹. En todo caso, hay que tener en cuenta que las dos personas que publicaron estos mensajes en el muro de Facebook fueron condenadas penalmente, es decir, su responsabilidad fue determinada fuera del ámbito civil o de contextos administrativos. Y hay que subrayar ahora en modo alguno interesa ahora valorar si esos contenidos eran contrarios o no a las normas de la plataforma Facebook, lo cual constituiría un parámetro completamente distinto. En todo caso, considero forzada la valoración del TEDH de estos como delito de odio.

Para ello, el TEDH establece sus bases contra los discursos de odio: “fomentar la exclusión de los extranjeros constituye un ataque fundamental a los derechos individuales, y todos, incluidos los políticos, deben tener especial cautela al discutir estos asuntos. En consecuencia, los comentarios capaces de suscitar un sentimiento de rechazo y hostilidad hacia una comunidad quedan fuera de la protección garantizada por el artículo 10” (§ 150).¹²

Así, “difundir, incitar o justificar el odio basado en la intolerancia, incluida la intolerancia religiosa, no gozan de la protección otorgada por el artículo 10” (§ 156). Y para considerar cuándo se da esta acción, parte de los principios aplicables a los llamados a la violencia y al discurso del odio, a saber (§ 155):

“(i) La cuestión de si las declaraciones se hicieron en un contexto político o social tenso. La presencia de tales antecedentes generalmente ha llevado a la Corte a aceptar que alguna forma de interferencia con tales declaraciones estaba justificada.

(ii) La cuestión de si las declaraciones, correctamente interpretadas y valoradas en su contexto inmediato o más general, pueden ser consideradas como un llamado directo o indirecto a la violencia, o como una justificación de la violencia, el odio o la intolerancia. Cuando examina esta cuestión, la Corte ha sido especialmente sensible a las declaraciones radicales que atacan o arrojan una luz negativa sobre grupos étnicos, religiosos u otros grupos enteros.

¹¹ Sobre el tema, cabe remitir a LIBEX (2021), *Incitación al odio, la violencia o la discriminación contra grupos vulnerables*, , <https://libex.es/incitacion-odio-violencia-discriminacion-vulnerables/> ; Teruel Lozano, Germán. M. (2018), “Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español”, *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 38, Nº 114, pp. 13-45, doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc114.01> o Rollnert Liern, Göran (2020) “Redes sociales y discurso del odio: perspectiva internacional”. *IDP: revista de Internet, derecho y política*, Nº. 31, UOC, 2020, pp. 1-14. <http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i31.3233>

También, sobre el tema en el contexto específico de la política y los partidos, Quesada Alcalá, Carmen (2015), “La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española”, en *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, nº. 30, Acceso en Dialnet.

¹² Con menciones de la STEDH Le Pen c. France (dec.), de 28 de febrero 2017, , §§ 34 y ss.

(iii) la Corte también ha prestado atención a la forma en que fueron realizadas las declaraciones, y su capacidad -directa o indirecta- de generar consecuencias lesivas.”¹³.

El TEDH recuerda que en cada caso particular se debe considerar una interacción de estos factores (STEDH, Perinçek § 208). Admite que el llamamiento o la capacidad sean “indirectas” y, para forzar la consideración de los hechos, recuerda que el discurso del odio “no requiere necesariamente un llamamiento a actos específicos de violencia u otros delitos” (§ 155) y “no siempre se presenta abiertamente como tal”. Así pues, se admiten también “declaraciones implícitas que, aunque se expresen con cautela o de forma hipotética” (§ 157). Considero que la laxitud para considerar el discurso de odio puede considerarse excesivamente amplia en el penal (“indirectas”, “declaraciones implícitas” o de “forma hipotética”).

Para el caso específico en cuestión, debemos referirnos a los §§ 169-175. El TEDH no duda que las declaraciones estaban dirigidas al colectivo musulmán (§ 172)¹⁴ y las asocia a un “lenguaje objetivamente insultante e hiriente” con “asimilación entre un grupo -tomado en su conjunto debido a su religión- y la criminalidad.” (§ 173).

En consecuencia, los contenidos de los terceros “equivalían genuinamente a un discurso de odio, por su contenido y tono general, junto con la virulencia y vulgaridad de algunos de los lenguajes empleados.” (§ 176) y “eran claramente ilegales.” (§ 176).

El TEDH ignora, entre otras circunstancias, el contexto de normal vulgaridad que se da en los sitios de internet, así como especialmente las formas hirientes o exageradas en el contexto políticos y partidista, como lo era este foro. Tampoco tiene en cuenta circunstancias como que uno de los autores eliminó inmediatamente los contenidos que había incluido.

4. La “vuelta de calcetín”: pese a que los políticos en campaña tienen una libertad de expresión reforzada, acaban siendo penalizados

El TEDH tiene en cuenta que los contenidos y acciones se realizaron en el contexto muy específico “previo a unas elecciones” (§ 175). Y en este ámbito la doctrina del TEDH ha sido clara: hay un “mayor nivel de protección de la libertad de expresión en el ámbito de la expresión política, militante y polémica en Internet”¹⁵. La doctrina del TEDH concede y mayor protección para la libre contribución al debate político por parte de un representante electo del pueblo. Ello, aunque se ignore en el presente caso, supone “moderación en el uso de procedimientos penales, especialmente si existen otros medios de responder a los ataques y críticas injustificadas de los oponentes.”¹⁶ Existe un “alto nivel de protección del derecho a la libertad de expresión en Internet, al igual que para los demás medios de comunicación” y ello “permite a un representante electo, en un contexto de oposición política, utilizar comentarios críticos

¹³ Estos parámetros, mencionados en la sentencia (§ 154), son textuales de la STEDH Erkizia Almandoz c. España (§§ 40-41, 22 de junio de 2021, síntesis a partir de la STEDH Perinçek v. Suiza de 15 de octubre de 2015, §§ 204-208).

¹⁴ “las declaraciones habían definido “perfectamente” a un grupo concreto de personas, a saber, los musulmanes, utilizando frases como “la UMP y el PS son aliados de los musulmanes” o “tráfico de drogas a cargo de los musulmanes”, sino también junto con palabras como “kebab”, “mezquita”, “sharia”, “bares de shisha” y “desarrollo económico hallal” (véanse los párrafos 15, 16 y 26 supra). El Tribunal comparte esta opinión y añade que las palabras “mujeres con velo”, de un comentario de LR, también denotan claramente a musulmanes”.

¹⁵ Es precisamente el título del repertorio y sistematización de la jurisprudencia de libertad de expresión en internet por el TEDH. Consejo de Europa, *Internet: case-law ... cit.*, ver pp- 32.33. Acceso en <https://links.uv.es/lab42S5>

¹⁶ Al respecto, STEDH Féret contra Bélgica, de 16 de julio de 2009, § 80.

virulentos sobre dirigentes políticos en relación con un asunto de interés general [...] y puede tolerarse cualquier exageración escrita o verbal sobre este tema¹⁷. Además, se recuerda que “hay muy poco margen para restringir la expresión política o los debates sobre asuntos de interés general¹⁸. Sin embargo, también se menciona que existen límites, especialmente en casos de incitación al odio por un político en Internet.¹⁹

Pues bien, la sentencia que se analiza recoge esta doctrina (§§ 146 y ss.) y, en consecuencia, “la injerencia en la libertad de expresión [...] exige el escrutinio más estricto” (§ 147).²⁰ Por lo tanto, “los partidos políticos deben gozar de una amplia libertad de expresión” (§ 153). Sin embargo, “los partidos políticos tienen derecho a defender sus opiniones en público, incluso si algunas pueden ofender, escandalizar o perturbar a parte de la población. En consecuencia, pueden proponer soluciones a los problemas relacionados con la inmigración, *pero al hacerlo deben evitar abogar por la discriminación racial y recurrir a comentarios o actitudes vejatorias o humillantes*” (§ 151). Asimismo, en una línea favorable a la libertad de expresión, recuerda que “deben tenerse en cuenta las especificidades del estilo de comunicación en ciertos portales en línea, donde los comentarios se expresan comúnmente, como en el presente caso, en lenguaje conversacional o incluso en un registro coloquial o vulgar” (§ 175).²¹ De hecho se recuerda que en estos contextos “se permite cierto grado de exageración, o incluso de provocación” (§ 149).

El TEDH también minimiza el hecho de que las expresiones se dirigieran a un foro que difícilmente generarían más tensión, al ser un partido político que probablemente estaría de acuerdo con estas expresiones. Sin embargo, subraya que, como el foro era abierto, iban “más allá de un público estrictamente partidista.” De hecho, el TEDH afirma que “la consideración de que los comentarios se ajustaban al manifiesto de su partido, como pretendía el demandante, carece de importancia.” (§ 178). Tampoco parece tener en cuenta que en estos contextos “se permite cierto grado de exageración, o incluso de provocación” (§ 149), “En el contexto de una campaña electoral, se puede tolerar una cierta vivacidad de los comentarios más que en otras circunstancias” (§ 152)²².

La diferenciación entre el discurso de odio y el discurso impopular u ofensivo en el ámbito político y partidista es una línea roja extremadamente delgada. La doctrina del TEDH al respecto no se define con claridad, como bien ha señalado Quesada²³. En este caso específico, la decisión se inclina notoriamente en contra de la libertad de expresión.

Si se me permite, *se da la vuelta al calcetín*: “libertad de debate político no es de naturaleza absoluta” (§ 148); puede ser necesario “sancionar o incluso impedir toda

¹⁷ STEDH Renaud c. Francia, de 25 de febrero de 2010, § 38.

¹⁸ STEDH Mouvement raëlien Suisse c. Suiza [GC], § 62.

¹⁹ STEDH Willem v. France, de 16 de julio 2009, §§ 36-38.

²⁰ “147 . La libertad de expresión es especialmente importante para un representante electo del pueblo, los partidos políticos y sus miembros activos y, en consecuencia, la injerencia en la libertad de expresión de un miembro de la oposición, que representa a su electorado, llama la atención sobre sus preocupaciones y defiende sus intereses, por lo que exige el escrutinio más estricto por parte de la Corte (véase Selahattin Demirtaş c. Turquía (n.º 2) [GC], n.º 14305/17, § 242, 22 de diciembre de 2020; Karácsony y otros c. Hungría [GC], n.º 42461/13 y 44357/13, § 137, 17 de mayo de 2016, Otegi Mondragon c. España , n.º 2034/07, § 50, TEDH 2011, y Féret c. Bélgica , n.º 15615/ 07, § 65, 16 de julio de 2009).”

²¹ Menciona a este respecto STEDH Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete e Index.hu Zrt v . Hungría, de 2 de febrero de 2016 §§ 69-70 y § 77.

²² STEDH Desjardin c. Francia, de 22 de noviembre de 2007, § 48 y STEDH Brasilier c. Francia, de 11 de abril de 2006, § 42.

²³ Quesada Alcalá, Carmen (2015), “La labor del Tribunal Europeo... cit.

forma de expresión que propague, alentar, promover o justificar el odio basado en la intolerancia” (§ 149). El TEDH realiza un giro copernicano en su argumentación, que podría calificarse casi de esquizofrénico y acaba penalizando estas expresiones en el debate político por realizarse, precisamente, en este periodo electoral. Así, “las figuras políticas también tienen deberes y responsabilidades [...] es fundamental que los políticos, al expresarse en público, eviten comentarios que puedan fomentar la intolerancia” (§ 150)²⁴.

En la misma línea, “debe decirse que, en un contexto electoral, el impacto del discurso racista y xenófobo se vuelve mayor y más dañino” (§ 176). A pesar de que se proteja la mayor vivacidad, exageración, o incluso de provocación, “El impacto del discurso racista y xenófobo se vuelve entonces mayor y más dañino”. (§ 153).

Como consecuencia, se afirma el “estatus del demandante como político y de ello dedujeron que le incumbía una obligación especial [...] un político tiene deberes y responsabilidades [...] se puede esperar que él o ella a estar “totalmente más atentos” (§ 187). Se concluye pues que “pueden exigirse deberes específicos del solicitante en razón de su condición de político” (§ 188).

El mismo TEDH es consciente de que está formulando un giro copernicano y trata de justificarse: “no debe entenderse que esta conclusión implique una inversión de los principios establecidos en su jurisprudencia hasta el momento” (§ 188). El tema también se tiene en cuenta en el ámbito del análisis de proporcionalidad. Así: “procede proceder a un análisis de proporcionalidad en función del grado de responsabilidad que pueda imputarse a dicha persona” (§ 201) respecto de su impacto “para intervenir de manera eficiente en las plataformas de redes sociales”, pues “cierto grado de notoriedad y representatividad otorgan necesariamente cierta resonancia y autoridad a las palabras, hechos u omisiones de la persona en cuestión” (§ 201). El TEDH distingue a meros particulares, a “un político local y un candidato a las elecciones a un cargo local”, con “carga menor que una figura nacional para la cual los requisitos serán necesariamente aún más pesados”.²⁵ En lugar de conferir una mayor protección a la libertad de expresión en proporción a la relevancia del político que se postula a unas elecciones, este enfoque implica un aumento en las responsabilidades y obligaciones y, en relación con lo que nos concierne aquí, una mayor restricción de la libertad de expresión al requerir la supervisión, control y eliminación y regulación de los contenidos en las redes sociales. La mayor libertad de expresión de un candidato a elecciones locales le lleva a ser responsable penal de los contenidos que terceras personas insertan en su foro de internet.

Los jueces Wojtyczek y Zünd, en su opinión disidente, también expresan su sorpresa por el hecho de que la establecida mayor protección a la libertad de expresión de los políticos se ignore o incluso se utilice en su contra: “el demandante debe ser considerado como un profesional de la política, entonces, según esa jurisprudencia, esto sería una consideración a favor de una mayor protección de su libertad de expresión.”

Conforme a lo indicado al inicio, el objeto de este estudio no es tanto esta cuestión de si los contenidos eran discurso del odio y no amparados por la libertad de expresión pero es necesario al menos señalar que como mínimo ello discutible. Y es que ello sí que tiene una relevancia especial en lo que aquí interesa: la condena penal al usuario de Facebook por no moderar estos contenidos que, como mínimo, no eran claramente ilegales. No en vano, ello conduciría a la lógica de que ante cualquier duda de la ilegalidad de un contenido, la mejor y más segura solución es eliminarlos.

²⁴ STEDH Erbakan c. Turquía , de julio de 2006, § 64.

²⁵ Al respecto menciona las SSTEDH Mesić v. Croacia , de 5 de mayo de 2022, § 104, y Melike c. Turquía , de 15 de junio de 2021, § 51.

5. Condena penal a un político por no moderar y eliminar dos mensajes dudosamente ilegales y de autores conocidos

Hay que discernir bien dos perspectivas. Lo que se acaba de analizar, esto es, que unos comentarios se consideren delito de odio y que ello sea discutible desde las libertades informativas. No obstante, de otro lado y lo más preocupante y es el centro de este estudio es que se considere un delito el hecho de no moderar y, por lo tanto, no eliminar estos mensajes por parte del titular de la página de Facebook que los alojó. Como señala claramente el TEDH, “el demandante fue procesado y finalmente condenado, no por los comentarios realizados por SB o LR, sino por no proceder a la pronta eliminación de todos los comentarios ilegales publicados por esos autores en su “muro” de Facebook.” (§ 196). Para llegar a tal conclusión, es necesario argumentar que existe una obligación de controlar, moderar y actuar contra los contenidos ilegales en el propio foro. Y a partir de ello, que el incumplimiento de estas obligaciones puede constituir un delito, incluso de odio.

Es importante recordar las circunstancias y los hechos más relevantes para analizar este punto de vista. El titular y responsable de la página de Facebook era un candidato a la alcaldía por el Frente Nacional en Nîmes, quien habitualmente utilizaba esta plataforma electrónica para asuntos políticos. Este individuo inició el hilo que posteriormente se tornaría conflictivo con un mensaje que, por sí mismo, no era conflictivo. Es importante señalar que al día siguiente de que este político supiera de la existencia de una denuncia presentada ante la fiscalía, publicó un mensaje en su “muro” pidiendo a los participantes que “tengan cuidado con el contenido de [sus] comentarios”. Sin embargo, no revisó ni moderó los comentarios ya publicados. También es relevante señalar que el candidato Sánchez tenía más de 1.800 “amigos” en Facebook y que en los procesos que hubo afirmó que no leía a menudo los comentarios se hacían en su “muro”. También es importante destacar que después de las primeras investigaciones, su “muro” dejó de ser accesible al público.

Finalmente, Sánchez fue multado con 1.500 euros por incitación al odio racial y religioso en virtud del artículo 24 de la Ley de Prensa francesa, aunque no se consideró necesario imponerle la sanción de inhabilitación electoral.

6. La laberíntica normativa y la jurisprudencia que hizo responsable al creador del foro no era clara ni previsible

Por cuanto al demandante, creador del “muro” de Facebook, se le aplicó el muy conflictivo régimen de responsabilidad en cascada del artículo 93-3 de la Ley núm. 82-652 de 29 de julio de 1982 de Francia. En buena medida, se trata de la muy compleja cuestión de si el administrador del foro estaba al tanto del contenido y si, al conocerlo, actuó prontamente para eliminar los comentarios. Esta problemática está ligada al siempre debatido conocimiento efectivo que introdujo la normativa europea en 2000. Hay que partir del texto de la ley francesa²⁶, para pasar luego a la interpretación del mismo por dos sentencias de 16 de febrero de 2010 del Tribunal de Casación, Sala de lo Penal (apelación núm. 08-86. y núm. 09 81.064), fueron confirmadas por la decisión

²⁶ Por lo que ahora interesa, el texto que se le aplicó es el siguiente:

“Cuando la infracción tenga su origen en el contenido de un mensaje dirigido por un usuario de Internet a un servicio en línea para su comunicación al público y puesto a disposición del público por dicho servicio en un foro de aportaciones personales identificado como tal, el director o codirector de la publicación no podrá ser retenido penalmente responsable como principal si se establece que él o ella no tenía conocimiento real del mensaje antes de su publicación en línea o si, al tener conocimiento de ello, él o ella actuó con prontitud para asegurar la eliminación de dicho mensaje.”

de 16 de septiembre de 2011 del Consejo Constitucional francés²⁷. Llama la atención que resulta ciertamente complejo seguir la exposición y la interpretación de estas sentencias. El TEDH, a partir de este intrincado entramado jurisprudencial, admite -de manera compleja y cuestionable- la responsabilidad en cascada penal (§ 131): “permitir la aplicación al productor del mismo régimen de responsabilidad mitigada que el otorgado al director de la publicación en virtud del quinto y último párrafo del artículo 93-3” (§ 133).

Lejos de cualquier claridad normativa, la misma STEDH hace ver la mayor complejidad al tener en cuenta la Ley núm. 2004-575 de 21 de junio de 2004, Ley “LCEN”. Según el artículo 5 de esta ley, en el ámbito civil, existe una “presunción de conocimiento de los hechos en cuestión” cuando el contenido en cuestión ha sido previamente notificado. Sin embargo, el artículo 6 de la Ley “LCEN” establece que aquellos que permiten incorporar contenidos “no son productores en el sentido del artículo 93-3”. En este contexto, el Consejo Constitucional declaró que esta ley LCEN “no podría comprometer la responsabilidad de un anfitrión que no eliminó información que había sido denunciada como ilícita por un tercero si no era manifiestamente de tal naturaleza o si su retiro no había sido ordenado por un tribunal”.

El TEDH analiza todo el marco internacional, lo que le lleva a entender que no hay una regulación clara ni consensos específicos en la materia. La sentencia analiza el marco comparado de Europa: el “tema que no ha sido tratado específicamente en treinta y cuatro” Estados, al punto de que sólo Austria, Croacia, Alemania, Rumania, Suecia y Turquía), junto con Suiza (sentencia del Tribunal Federal de 7 de abril de 2022, caso núm. 6B 1360/2021 “se ha abordado el asunto de una forma u otra”. “En los otros veintiocho Estados miembros en cuestión no existen disposiciones legales, reglamentarias o prácticas judiciales explícitas que traten expresamente esta cuestión.” (§ 79)

Ni el más fino jurista podría considerar que se trata de una cuestión clara y consolidada. Sin embargo, el TEDH, en tal atolladero con este terreno legislativo más que movedido e incierto, considera que el marco legal es lo suficientemente claro. Y así lo entiende precisamente en el contexto de la aplicación del Derecho penal en el ejercicio de la libertad de expresión.

Para sorpresa al menos de quien suscribe, esta laberíntica regulación e interpretación jurisdiccional se considera para el TEDH como un marco legal suficiente. De hecho, una vez más en esta sentencia, se atreve a *predicar y no dar trigo*. Así, recuerda “la importancia de definir con claridad y precisión el alcance de los delitos relacionados con expresiones que inciten, alienten o justifiquen la violencia, y la necesidad de interpretar estrictamente las disposiciones pertinentes del derecho penal.” (§ 136) Y que el “Comité de Ministros, que ha enfatizado el hecho de que las responsabilidades y las reglas de responsabilidad impuestas a los intermediarios de Internet deben ser “transparentes, claras y predecibles”²⁸.

²⁷ El Consejo Constitucional señaló que el texto de este artículo “no pueden [...] ser interpretadas en el sentido de permitir al creador o administrador de un sitio web en línea para la comunicación al público, que hace que los comentarios de los usuarios de Internet sean accesibles al público, a ser considerado penalmente responsable como productor únicamente por el contenido de los comentarios de los que no tenía conocimiento antes de que se publicaran en línea.” Ver §§ 42-43 de la sentencia. Para el TEDH “el régimen de responsabilidad “en cascada”, que pretende resolver el problema, para la potencial víctima de un delito, del anonimato del autor, fue avalado por la Corte de Casación” (§ 137).

²⁸ Así Anexo a la Recomendación CM/Rec(2022)16

“20. Los procedimientos y condiciones de remoción, así como las responsabilidades relacionadas y las reglas de responsabilidad impuestas a los intermediarios de Internet, deben ser transparentes, claros y predecibles, y esos procedimientos deben estar sujetos al debido proceso.”

Los tribunales sentenciadores afirmaron que el demandante no había actuado con prontitud para poner fin a la difusión de los contenidos ilegales y por ello el demandante solicitante debía ser “declarado culpable como principal”. La sentencia de 18 de octubre de 2013, el Tribunal de Apelación de Nîmes confirmó las condenas, pese a afirmó que no había evidencia de que el solicitante hubiera sido informado del contenido de los comentarios antes de que fueran publicados. Simplemente había autorizado a sus “amigos” de Facebook y por ello se hizo responsable del contenido de los comentarios publicados en él. (§§ 32-33).

7. Para el TEDH, no hay problema con una cuestión jurídica novedosa y, en todo caso, son cuestiones internas de los Estados y sus jueces

En tal situación tan compleja de admitir, el TEDH hace una clara *huida hacia delante*. Por un lado, afirma que “El carácter novedoso de una cuestión jurídica que hasta ahora no ha sido planteada, en particular respecto de decisiones anteriores, no es en sí mismo incompatible con las exigencias de accesibilidad y previsibilidad de la ley” (§ 127). Igualmente “El carácter novedoso de la cuestión jurídica planteada en el caso no era en sí mismo incompatible con los requisitos de accesibilidad y previsibilidad de la ley” (§ 141).

Y, especialmente y por otro lado, el TEDH se vuelca de manera muy intensa en la deferencia al Derecho y a los Tribunales nacionales: “las autoridades nacionales están en mejores condiciones que ella misma para comprender y apreciar los problemas sociales” (§ 189). Así, la interpretación de los tribunales franceses de la confusa regulación del artículo 93-3 “no fueron ni arbitrarios ni manifiestamente irrazonables.” (§ 139) “no es su tarea expresar una opinión sobre la idoneidad de los métodos elegidos por la legislatura de un Estado demandado para regular un campo dado” “ ya que el papel de adjudicación conferido a los tribunales sirve precisamente para disipar las dudas de interpretación que subsisten” (§ 140). Este poder de los Estados se ha de incrementar justo en este terreno de la responsabilidad por comentarios de odio por usuarios de internet, que pueden exigir responsabilidad incluso si no hay notificación de la posible ilegalidad.²⁹

La mayoría de las opiniones disidentes a la sentencia se centran en la falta de previsibilidad legal de la responsabilidad por los comentarios de terceros en el muro. Así, el juez Bošnjak es contundente: la legislación existente “no podría, como tal, haber guiado al demandante en el momento de los hechos, ni siquiera con la asistencia de un asesor jurídico competente, para prever la posibilidad de su responsabilidad penal junto con la de los dos autores identificados.” (nº 15).

Los jueces Wojtyczek y Zünd recuerdan especialmente que hablamos de la restricción penal de la libertad de expresión y que “este conjunto de normas es difícil de comprender, incluso para un abogado”, totalmente alejado de cualquier “ciudadano medio” y “un campo tan importante como el de las redes sociales exige una legislación bastante más accesible para aquellos a los que va dirigida”.

²⁹ § 140: “Además, el Tribunal reitera que en los casos en que los comentarios de los usuarios de terceros adopten la forma de incitación al odio, los derechos e intereses de los demás y de la sociedad en su conjunto pueden autorizar a los Estados contratantes a imponer responsabilidades a los portales de noticias de Internet pertinentes, sin contraviniendo el artículo 10 de la Convención, si no toman medidas para eliminar comentarios claramente ilegales sin demora, incluso sin notificación de la presunta víctima o de terceros”.

8. La atribución de responsabilidad por no controlar los contenidos de terceros

La sentencia aquí estudiada (§§ 158 y ss.) viene a recoger la doctrina general del TEDH en materia de libertad de expresión e internet³⁰. Especialmente se tiene en cuenta el “surgimiento del periodismo ciudadano” (§ 160) y que los medios digitales para la libertad de expresión han sido “especialmente en el campo político. [...] “puesta en marcha por [un partido político] para que los votantes expresen sus opiniones políticas”, “pero también transmitir un mensaje político”; en otras palabras, una aplicación móvil puede convertirse en una herramienta “que permita [a los votantes] ejercer su derecho a la libertad de expresión”³¹.

Sin embargo, se recuerda “el riesgo de daño” (§ 161) en especial “El discurso difamatorio y de otro tipo claramente ilegal, incluido el discurso de odio y el discurso que incita a la violencia, se puede difundir como nunca antes, en todo el mundo, en cuestión de segundos y, a veces, permanecer disponible en línea durante períodos prolongados” (§ 162)³².

En relación con la atribución de responsabilidad por no controlar los contenidos de terceros, (§§ 163 y ss.) se recurre a jurisprudencia previa en el caso Delfi para indicar que el demandante no tomó medidas para eliminar los comentarios anti musulmanes publicados en su muro de Facebook. Se subraya que su papel de liderazgo en un partido político le confiere una responsabilidad especial contra la intolerancia y la discriminación. Así pues, la condena penal era proporcional al objetivo perseguido, puesto que tuvo la oportunidad de retirar los comentarios ofensivos y no lo hizo.

El caso Delfi es la referencia respecto de la responsabilidad de los intermediarios en internet y cómo ello afecta a la libertad de expresión. En aquella sentencia, el TEDH sostuvo que un operador comercial de un portal de noticias en Internet puede ser considerado responsable de los comentarios ofensivos publicados en el portal por los usuarios. El TEDH parte de que esta responsabilidad es una restricción de la libertad de expresión del art. 10 CEDH, pero esta restricción puede ser admisible. En el caso Delfi el TEDH admite la existencia de una regulación deficiente y enfatizó que se trataba de una cuestión nacional y dependiente tanto de la regulación legal interna como de su interpretación por los tribunales, con un margen de apreciación importante. El TEDH permitió que se considerara como editor y responsable de contenidos a un medio digital que permite comentarios de los usuarios, fundamentando dicha responsabilidad en el riesgo razonable de que estos se produzcan. Si existe el riesgo de contenido ilícito, es necesario implementar medidas y controles suficientes para evitarlos y así eludir responsabilidad. El TEDH indicó que su resolución no afectaba a otros tipos de foros de Internet en los que podían publicarse comentarios de terceros, como grupos de debate en Internet, tablones de anuncios o plataformas de medios sociales (§ 116).

Así pues, desde la STEDH Delfi, se apostó por una responsabilización en la red gradual y específica a cada caso, que un editor tenía capacidad jurídica para evaluar riesgos y que podía lograr asesoramiento jurídico³³. La atribución de responsabilidad

³⁰ Al respecto, puede seguirse mi reciente estudio, Cotino Hueso, Lorenzo (2023), “La primera sentencia general del Tribunal Constitucional sobre la libertad de expresión e información en Internet. Seguimos pendientes de muchos temas clave para el futuro”, en Simó Castellanos, Peer, y Álvarez Buján, María Victoria, *El Tribunal Constitucional como baluarte de las garantías constitucionales en el proceso penal. Análisis de sus pronunciamientos más reseñables*, Aranzadi, 2023.

³¹ Ver STEDH Magyar Kétfarkú Kutya Párt c. Hungría [GC], de 20 de enero de 2020, §§ 88-89.

³² Se remite a SSTEDH Savva Terentyev v. Russia, de 28 de agosto de 2018, § 79 y STEDH Savcı Çengel c. Turquía, DE 18 de mayo de 2021, § 35.

³³ "129. (...) como editor profesional, la sociedad demandante debería haber estado familiarizada con la legislación y la jurisprudencia, y también podría haber buscado asesoramiento jurídico. (...) la sociedad demandante estaba en condiciones de evaluar los riesgos vinculados a sus actividades y que

por los contenidos se entendía como una restricción de la libertad de expresión y, como tal, debía someterse a un análisis de admisibilidad de los límites. Para este análisis, se tuvo en cuenta:

- el carácter extremo de los comentarios en cuestión (atentaban contra la "dignidad humana" y eran "claramente ilícitos");

- que los comentarios se enviaron como reacción a un artículo publicado por la empresa demandante en su portal de noticias gestionado profesionalmente y explotado con fines comerciales (se invitaba a los lectores a enviar sus comentarios sin registrar sus nombres ni proporcionar ningún medio de identificación)

- la insuficiencia de las medidas adoptadas por la empresa demandante para eliminar sin demora los comentarios ofensivos tras su publicación (permanecieron en línea durante seis semanas);

- y la moderada sanción impuesta a la empresa demandante.

Sobre esta base se consideró que era aceptable la atribución de responsabilidad al operador de un portal comercial de noticias.

Pues bien, en esta STEDH del caso Sanchez, el TEDH establece los siguientes criterios:³⁴

- el contexto de la comentarios;

- las medidas aplicadas para prevenir o eliminar los comentarios difamatorios;

- la responsabilidad de los autores reales de los comentarios como alternativa a la responsabilidad de quien los aloja;

- las consecuencias de los procedimientos internos para la empresa solicitante;³⁵

- el tamaño de la entidad que aloja los comentarios y si se dedica o no a una actividad lucrativa para evaluar la probabilidad de que atraiga una gran cantidad de comentarios o ser ampliamente leído;³⁶

- la naturaleza del comentario, es decir, si constituye discurso de odio o incitación a la violencia.;

- Las medidas adoptadas tras una solicitud de eliminación por parte de la persona objeto de los comentarios controvertidos.

En lo que respecta al sujeto responsable, el TEDH recuerda en su sentencia (§ 179) que en el caso *Delfi* se excluyeron de su análisis “otros foros en Internet donde se pueden difundir comentarios de terceros”, en particular “una plataforma de redes sociales donde el proveedor de la plataforma no ofrece ningún contenido y donde el proveedor de contenido puede ser una persona privada que ejecuta el sitio web o el blog como pasatiempo” (§ 115 y § 116). No obstante, “el “muro” de Facebook del

debía poder prever, en un grado razonable, las consecuencias que éstas podían acarrear. Por consiguiente, concluye que la injerencia controvertida estaba "prescrita por la ley" en el sentido del artículo 10, párrafo segundo, del Convenio."

³⁴ El TEDH en la sentencia de sala de este mismo caso resumió estos criterios en su § 80, que reproduce y da por buenos la Gran Sala (§ 167):

“80. A la luz del razonamiento de los tribunales nacionales, el Tribunal debe, de conformidad con su jurisprudencia reiterada, examinar si su determinación de responsabilidad por parte del demandante se basó en motivos pertinentes y suficientes en las circunstancias particulares de el caso (ver, en relación con un importante portal de noticias de Internet, *Delfi AS* , citado anteriormente, § 142). Al hacerlo, y al evaluar la proporcionalidad de la sanción impugnada, tendrá en cuenta el contexto de los comentarios, las medidas adoptadas por el solicitante para eliminar los comentarios una vez publicados, la posibilidad de responsabilizar a los autores en lugar del solicitante y, por último , las consecuencias de los procedimientos internos para el demandante (ver, *inter alia* , *Delfi AS* , citado anteriormente, §§ 142-43, y *Ježior c. Polonia* [Comité], no. 31955/11, § 53, 4 de junio de 2020).”

³⁵ A partir de STEDH *Delfi*, §§ 142-143.

³⁶ Se remite a STEDH *Pihl v. Suecia* de febrero de 2017, § 31.

demandante no es comparable a un “gran portal de noticias de Internet gestionado profesionalmente y con carácter comercial” y “cae dentro de la categoría de “otros foros en Internet donde se pueden difundir comentarios de terceros”, como se formula en Delfi AS”.

El TEDH construye la obligación de supervisar los contenidos en el muro de Facebook del demandante Sánchez y los sitúa dentro de las restricciones a la libertad de expresión del artículo 10.2º de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). Así, el Tribunal establece deberes para los políticos que utilizan las redes sociales con fines electorales, quienes no son simples particulares y, en este caso específico, poseen conocimientos digitales.³⁷ De hecho, este factor se potencia hasta cierta exageración y se califica al demandante como “un profesional en materia de Internet estrategia de comunicación” para argumentar el riesgo de que el muro de Facebook estuviera abierto al público en general (§ 193).

El TEDH señala que como usuario de Facebook Sanchez “no podía controlar plenamente la administración de los comentarios [...] especialmente en el caso de una cuenta muy popular, hubiera requerido disponibilidad o recurso a recursos significativos”. Sin embargo, frente a este lógico argumento, simplemente objeta que “eximir a los productores de toda responsabilidad podría facilitar o fomentar el abuso y el mal uso, incluidos los discursos de odio y los llamados a la violencia, pero también la manipulación, la mentira y la desinformación”. Por ello, para quienes utilizan profesionalmente las redes “debe haber una responsabilidad compartida entre todos los actores implicados” que debe graduarse en cada caso concreto. (§ 185).

El TEDH recuerda que el usuario de Facebook no incitó ningún debate con mensaje polémico (§§ 14, 181, 193). No obstante, considera su falta de diligencia “por no proceder a la pronta eliminación de todos los comentarios ilegales publicados por esos autores en su “muro” de Facebook.” (§ 196). “Para la Corte no se trataba [...] de un simple hilo de discusión sino claramente de una forma de diálogo permanente que representaba un todo coherente y era razonable que las autoridades internas lo aprehendieran como tal”. Esta argumentación se utiliza para justificar que no controlar y vigilar los contenidos fue delictivo, pese a que uno de los dos puntuales contenidos había sido inmediatamente retirado por su autor, por lo que el demandante no pudo moderarlo cuando se conoció su existencia. Algo insostenible (ver § 197).

El TEDH señala una serie de medidas a adoptar “ya sea que lo haga el propio anfitrión (en este caso Facebook), actuando como una entidad profesional [...] o por el titular de la cuenta:

- “un grado mínimo de moderación posterior” (§ 190)
- “un filtrado automático para identificar lo antes posible comentarios claramente ilícitos y garantizar su eliminación en un plazo razonable” (§ 190)
- “había sido posible eliminar el acceso público” (§ 185); “había tenido libertad para decidir si hacer público o no el acceso al “muro”” (§ 193). El TEDH pese a que dice que la decisión no era reprochable “esa opción claramente no estuvo exenta de consecuencias potencialmente graves”. Y para subrayar esta responsabilidad se insiste en que “un político experimentado [...] debe ser consciente del mayor riesgo de

³⁷ (§ 180): “deberes y responsabilidades”, en el sentido del artículo 10 § 2 del Convenio, que deben atribuirse a los políticos cuando deciden utilizar las redes sociales con fines políticos, en particular para lograr objetivos electorales, mediante la apertura de foros de acceso público en Internet donde se puedan publicar las reacciones y comentarios de los usuarios. El demandante no era simplemente un particular y él mismo señaló que estaba utilizando esta cuenta en su calidad de concejal local, con fines políticos y en el contexto de una elección. Además, el Tribunal observa que el solicitante no solo es un profesional de la política, sino que también tiene cierta experiencia en el campo de los servicios digitales.“

comentarios excesivos e inmoderados que pueden aparecer y necesariamente hacerse visibles para una audiencia más amplia.” Además, se exagera el hecho de que fuera “un profesional en materia de Internet y estrategia de comunicación”.

Se apunta que “ninguna regulación exigía el filtrado automático de comentarios y no existía ninguna posibilidad práctica de moderación previa de contenidos en Facebook” (§ 191). No deja de llamar la atención la ignorancia por el TEDH de cualquier responsabilidad de la plataforma. Se considera por el TEDH que se dio “falta de una verificación mínima [...] difícil de explicar”. Ello es así porque el demandante cuando supo que había habido problemas con uno de los contenidos, pidió a sus amigos de Facebook que tuvieran cuidado con los comentarios, “sin haberse tomado la molestia de verificar, o haber verificado, el contenido de los comentarios que entonces eran de acceso público” (§ 194).

El TEDH no admite que no se pudieran moderar numerosos mensajes de más de 1.800 “amigos” de Facebook que podían publicar comentarios las veinticuatro horas del día. Cierra este razonable alegato con un simple “claramente no se plantea en el presente caso” (§ 200).

En el presente caso, además, no hay que olvidar que los responsables de los contenidos ilegales fueron identificados y condenados. Este hecho tampoco es relevante porque “no se procesó al demandante en lugar de SB y LR” (§ 203). De nuevo hay que recordar que es un castigo penal por no moderar y retirar comentarios de terceros, que incluso discutiblemente eran ilegales.

Frente a los alegatos del “chilling effect” de una condena penal por los comentarios de terceros (§§ 205 y ss.) “el Tribunal es consciente”, pero señala que no era una condena de prisión sino que sólo fue una multa de 4.000 euros reducida a 3.000 euros. A mi juicio, de manera forzada se señala que el demandante no argumentó que por la condena “se vio obligado a cambiar su conducta, o que su condena tuvo un efecto paralizante en el ejercicio de su libertad de expresión o un impacto negativo en su carrera política posterior” (§ 208), siendo elegido alcalde de Beaucaire en 2014.

La sentencia cuenta con varias opiniones disidentes, el juez Ravarani considera que se “están haciendo acrobacias intelectuales y pura especulación para castigar al solicitante por un comentario que fue colgado en su “muro” y borrado de inmediato.” Con referencia al comentario de SB que fue borrado por su autor al día siguiente de su publicación. A ello se suma también la opinión disidente del juez Bošnjak. Los jueces Wojtyczek y Zünd también señalan que “encontramos que las reglas que rigen la responsabilidad por las observaciones de terceros son difíciles de conciliar con el principio de proporcionalidad.” Desde la defensa de las libertades informativas *Media Defence* y *Electronic Frontier Foundation* (§ 118 y ss.) critican interpretación demasiado amplia y restrictiva con efecto negativo en la libertad de expresión en internet. El Instituto Europeo de la Sociedad de la Información (*EISI*) (§ 120) también entiende que la sanción es desproporcionada.

9. Para concluir, una sentencia que podría degenerar en muchos efectos negativos para libertad de expresión en internet y suscita preocupantes preguntas en Europa

El presente escrito ha examinado desde una perspectiva bastante crítica la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) del 15 de mayo de 2023. La misma declara admisible para la libertad de expresión la condena penal impuesta al responsable del “muro” de Facebook por no moderar y eliminar dos mensajes que cuanto menos eran dudosamente ilegales. La sentencia establece a mi juicio dos líneas muy preocupantes para la libertad de expresión. Es discutible la postura

del TEDH al endurecer significativamente su percepción de lo que constituye delito de odio y discriminación y quedan fuera de la protección de la libertad de expresión. Pero aún más cuestionable, novedosa y peligrosa es la línea del TEDH que implica un endurecimiento de las obligaciones de los responsables de los foros en internet para moderar, controlar y eliminar contenidos. Esto se aplica tanto de manera general, como en ámbitos “profesionales” (como ocurrió en el caso Delfi), así como en particular para los usos políticos y partidistas.

Aunque no fue el foco principal de este estudio, se puede cuestionar si los dos mensajes que el político no moderó y eliminó de su "muro" eran constitutivos de delito de odio y discriminación. Como mínimo era discutible que no estuvieran protegidos por la libertad de expresión, sobre todo durante un periodo electoral y en el contexto de discusiones propias de estos periodos en foros digitales. La cuestión se vuelve aún más polémica si se tiene en cuenta que uno de los dos mensajes fue eliminado inmediatamente por su autor.

Que no fuera evidente la ilegalidad de los mensajes es relevante para evaluar la responsabilidad que ha de tener el moderador del foro o "muro" de controlarlo y eliminarlos. Es especialmente preocupante la estrategia que sigue el TEDH, que podría describirse como casi esquizofrénica. Por un lado, se insiste en brindar una intensa protección de la libertad de expresión a los políticos y los partidos durante las campañas electorales. Sin embargo, por otro lado, esta protección se volvió en su contra y condujo a la imposición de deberes y responsabilidades, que no están regulados en ninguna parte y cuyo incumplimiento puede resultar en condenas penales.

La responsabilidad de los intermediarios en Europa es un asunto altamente discutible que afecta claramente la libertad de expresión. Esta situación contrasta cada vez más con la doctrina existente en Estados Unidos, donde el Tribunal Supremo, prácticamente los mismos días de mayo de 2023, ha profundizado en la no responsabilidad de los intermediarios en favor de la libertad de expresión en la red.

Una sentencia como la dictada por la Gran Sala del TEDH puede tener implicaciones significativas en términos de responsabilidad de los creadores de foros por los contenidos generados por terceros, lo que podría tener un efecto negativo en la libertad de expresión en línea. Esto es especialmente relevante en el ámbito político, partidista y electoral de las plataformas y redes.

Como ya sostuve desde la STEDH Delfi de 2015, si en Europa se conociera plenamente la doctrina de responsabilidad que ya ahí se asentó se podrían haber desencadenado procesos contrarios a las libertades informativas por el efecto amenazante que ello supone. Sin embargo, pese a la profundidad que ello implicaba y la inseguridad que genera para muchos operadores en internet, no parece que desencadenara tales efectos. Lo mismo puede suceder con esta nueva sentencia. En caso de duda, es lógico que cualquier intermediario, en el sentido más amplio del término, prefiera no crear o hacer públicos foros o espacios de interacción en internet, dada la enorme dificultad de moderarlos de forma continua. Si se deciden a abrirlos, ante cualquier duda de legalidad del contenido integrado por un tercero, la tendencia inevitable será la de eliminar cualquier contenido potencialmente problemático. Y ya en el particular contexto político y partidario, esta sentencia puede incentivar la inclusión de contenidos posiblemente ilegales en dichos foros, como un “regalo envenenado” para los adversarios políticos. Y es que si el político no modera y elimina estos contenidos, se enfrentará ni más ni menos que a sanciones penales. Además, no hay que obviar también el efecto que puede suponer que los políticos en internet ahora será muy fácil acusarlos de ser censores que restringen la libertad en la red.

Esta STEDH genera no pocas dudas e incertidumbre para el futuro. Si un elemento decisivo ha sido que el político configuró el espacio o foro abierto a los participantes, ¿Será una solución que los políticos creen sus foros o espacios cerrados?, ¿aunque se trate de espacios con miles de seguidores partidistas? ¿Quedarían estos espacios cerrados exentos de la obligación de control y moderación de los mismos? En caso afirmativo, ¿se podría considerar que esta dinámica es más beneficiosa para la vida política, para prevenir la polarización e incluso para evitar la generación de discursos y contenidos ilegales?

¿Cómo se aplicará esta doctrina respecto a plataformas y contenidos en los que no hay propiamente un foro controlable por un responsable, sino simplemente seguidores, como puede ser *Twitter*? En este tipo de supuestos, ¿sería suficiente una cláusula de exención de responsabilidad por parte de aquellos que, en teoría, tienen el deber de controlar, al igual que hacen muchas plataformas?

Respecto a quiénes se aplicaría esta doctrina de la obligación de controlar contenidos en internet, ¿se considera “profesionales” a los políticos de cualquier nivel? ¿Cabe extender este tipo de responsabilidad para muchos otros “profesionales”, aunque no sea en el ámbito de la política? Por ejemplo a todo tipo de generadores de opinión pública de cierta relevancia, *influencers*, etc. ¿Dónde se establecería el límite entre los profesionales obligados a controlar y retirar contenidos y aquellos que no lo están?. Cabe recordar que la sentencia subraya la importancia de que el político en cuestión tenía conocimiento del contexto y ecosistema de internet, ello puede predicarse de muchos sujetos en la red.

Y un elemento a tener muy en cuenta, en el caso *Delfi* la extensión de la atribución de responsabilidad por no controlar contenidos se limitó al ámbito civil, lo cual ya era discutible. En el caso presente y pese a que la sentencia lo quiera minimizar se da el salto de atribuir responsabilidad penal. ¿Podría entenderse, entonces, que la responsabilidad por no moderar contenidos se podría ampliar fácilmente a otros ámbitos, como el laboral, el sancionador administrativo u otros?

Para acabar. Resulta muy llamativo y preocupante que la STEDH ignore totalmente completamente a los actores clave de la ecuación: las plataformas e intermediarios masivos de internet. La STEDH no considera las responsabilidades que tienen estos actores, a pesar de que constituyen el núcleo esencial de la nueva regulación europea. Será fundamental observar cómo esta sentencia del TEDH se articula con el nuevo marco normativo que supone la DSA, el Reglamento de servicios digitales de la UE ³⁸. Todo hay que decir, que la DSA suscita no pocas cuestiones muy vinculadas a la libertad de expresión³⁹.

10. Bibliografía

Barata, Joan, *The Digital Services Act and its impact on the right to freedom of expression: special focus on risk mitigation obligations*, PLI, Plataforma por la Libertad de Información, junio 2021. <https://libertadinformacion.cc/wp->

³⁸ 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 (DSA).

³⁹ Resulta de interés sobre diversas cuestiones sensibles de la DSA para la libertad de expresión, Teruel Lozano, Germán. M., “Libertad de expresión, censura y pluralismo ... cit. Y Barata, Joan, *The Digital Services Act and its impact on the right to freedom of expression: special focus on risk mitigation obligations*, PLI, Plataforma por la Libertad de Información, junio 2021. <https://libertadinformacion.cc/wp-content/uploads/2021/06/DSA-AND-ITS-IMPACT-ON-FREEDOM-OF-EXPRESSION-JOAN-BARATA-PDLI.pdf>

[content/uploads/2021/06/DSA-AND-ITS-IMPACT-ON-FREEDOM-OF-EXPRESSION-JOAN-BARATA-PDLI.pdf](#)

Barrio Andrés, Moisés (2016), Internet y derecho público: responsabilidad de los proveedores de internet, Tesis doctoral (De la Quadra-Salcedo, Tomás, dir.) Universidad Carlos III de Madrid. Acceso en Dialnet.

Consejo de Europa (2015), *Internet: case-law of the European Court of Human Rights, Research Division*, Estrasburgo, junio, Acceso en <https://links.uv.es/1ab42S5>.

Cotino Hueso, Lorenzo:

- (2015), “Libertades informativas y responsabilidad de los prestadores de servicios en la red” en Rafael Bustos Gisbert Marta Fernández de Frutos Enric Fossas Espadaler (eds.) *La Protección Jurisdiccional de los Derechos, Actas del XI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, (ACE), 21 y 22 de febrero de 2013, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 171-230 [acceso](#)

- (2017), “Responsabilidad de intermediarios y prestadores de servicios de internet en Europa y Estados Unidos y su importancia para la libertad de expresión”, en *Revista de Derecho Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, Universidad de los Andes (Colombia), Colciencias B, Colombia, nº 17., <http://dx.doi.org/10.15425/redecom.17.2017.08>

- (2023), “La primera sentencia general del Tribunal Constitucional sobre la libertad de expresión e información en Internet. Seguimos pendientes de muchos temas clave para el futuro”, en Simó Castellanos, Peer, y Álvarez Buján, María Victoria, *El Tribunal Constitucional como baluarte de las garantías constitucionales en el proceso penal. Análisis de sus pronunciamientos más reseñables*, Aranzadi, 2023.

LIBEX (2021), *Incitación al odio, la violencia o la discriminación contra grupos vulnerables*, , <https://libex.es/incitacion-odio-violencia-discriminacion-vulnerables/> ;

Peguera Poch, Miquel (2007). *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Comares, Granada.

Quesada Alcalá, Carmen (2015), “La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española”, en *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, nº. 30, Acceso en Dialnet.

Rollnert Liern, Göran (2020), “Redes sociales y discurso del odio: perspectiva internacional”. *IDP: revista de Internet, derecho y política*, Nº. 31, UOC, 2020, pp. 1-14. <http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i31.3233>

Tambiamo, M. - Parlamento UE (2020), *Reform of the EU liability regime for online intermediaries. Background on the forthcoming digital services act*. In-depth analysis, EPRS (European Parliamentary Research Service), [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_IDA\(2020\)649404](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_IDA(2020)649404)

TEDH (2022), *Access to Internet and freedom to receive and impart information and ideas*, septiembre, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Access_Internet_ENG.pdf

Teruel Lozano, Germán. M.:

- (2018), “Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español”, *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 38, Nº 114, pp. 13-45, doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc114.01>

- (2023), “Libertad de expresión, censura y pluralismo en las redes sociales: algoritmos y el nuevo paradigma regulatorio europeo”, en Balaguer, Francisco y Cotino, Lorenzo, *Derecho público de la inteligencia artificial*, F. Jiménez Abad-Marcial Pons, pp. 181-222.

