

CASTELLÓ PASTOR, JOSÉ JUAN, “El alertador fiable como notificador de contenido ¿ilícito? en la red”, en MARTÍNEZ NADAL, Apol.lonia (Dir.), *Plataformas digitales: aspectos jurídicos*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2021.

## Capítulo 2

### El alertador fiable como notificador de contenido ¿ilícito? en la red<sup>1</sup>

JOSÉ JUAN CASTELLÓ PASTOR  
*Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Privado  
Universitat de València*

**SUMARIO: I. BÚSQUEDA DE LA SOBERANÍA DIGITAL EUROPEA. II. SERVICIOS DIGITALES TRANSFRONTERIZOS EN LA UNIÓN EUROPEA: CONSIDERACIONES GENERALES DE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO RELATIVO A UN MERCADO ÚNICO DE SERVICIOS DIGITALES.** 1. Objetivo y ámbito de aplicación. 2. De las exenciones de responsabilidad a la amplia gama de nuevas obligaciones de diligencia debida y transparencia. **III. EL SEMPITERNO DILEMA DE LA REMOCIÓN DE CONTENIDOS ¿ILÍCITOS? EN LA RED.** 1. El mecanismo de “notificación y acción” de contenidos ilícitos en la red. 2. El alertador fiable como notificador de ilícitos en la red. 3. El intermediario como vigilante voluntario del contenido en su servidor. **IV. BIBLIOGRAFÍA.**

#### I. Búsqueda de la soberanía digital europea

La sociedad actual, marcada por los avances en inteligencia artificial, cadena de bloques o robótica, presidida por un grupo de gigantes tecnológicas y con más de tres mil millones de usuarios dependientes excesivamente de la red, poco tiene que ver con la sociedad de finales del siglo pasado. El cambio tecnológico, social y cultural en las últimas décadas es absolutamente extraordinario. En efecto, de la sociedad de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (o TICs) de finales de la década de los noventa a la sociedad actual de las redes sociales, de las *apps* y de las plataformas en línea, han transcurrido escasamente dos décadas. Durante estos años, la tecnología digital ha aumentado la productividad y el crecimiento económico en el mercado interior de la Unión Europea, además de favorecer rápidamente el cambio en los hábitos de los ciudadanos europeos.

Internet es una herramienta que se ha convertido en indispensable para trabajar, relacionarse con la gente o gestionar nuestro día a día. Gran parte del éxito de la era

---

<sup>1</sup> Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto emergente “La tutela de los derechos en el entorno digital: nuevos retos, desafíos y oportunidades” GV/2019/118 (Investigador Principal José Juan Castelló Pastor).

digital, al margen de las empresas que apuestan por la innovación, viene por el marco normativo favorable al entorno digital creado por el legislador de la Unión Europea. A este respecto, la Comisión Europea puso en marcha la pasada década el mercado único digital, con importantes cambios en materia de contratación electrónica, de privacidad, de derechos de autor, así como en la armonización de los derechos digitales o de la ciberseguridad, entre otros<sup>2</sup>.

Cogiendo el testigo de sus predecesores, la actual Comisión Europea quiere una “Europa adaptada a la era digital” en esta década. Y para alcanzar esta plena integración digital, se quiere situar la tecnología al servicio de las personas, lograr una economía digital justa y competitiva, y obtener una sociedad más abierta, democrática y sostenible<sup>3</sup>. Con base en los dos últimos puntos<sup>4</sup>, el pasado el 15 de diciembre de 2020 se presentaron sendas propuestas legislativas, que abordan cuestiones que interactúan entre sí y actualizan el marco regulatorio de las reglas de internet.

En particular, se trata de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales)<sup>5</sup> y de la Propuesta de Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de Servicios Digitales)<sup>6</sup>. Con respecto a la primera propuesta legislativa, en términos generales, se ocupa de la falta de competencia en los mercados digitales y sus disposiciones se dirigen a los denominados “guardianes de acceso”<sup>7</sup>. La segunda propuesta legislativa se centra en los prestadores de servicios de intermediación (en particular, las plataformas en línea), incidiendo en las obligaciones de transparencia y de protección de los usuarios de los servicios digitales, con especial atención en las plataformas en línea “muy grandes”. A mi modo de ver se acierta con instrumento previsto (el Reglamento) porque garantizará un nivel uniforme de protección en la prestación de servicios digitales transfronterizos en la Unión Europea: es decir, evitará las posibles divergencias entre las legislaciones de los Estados miembros (que

---

<sup>2</sup> Un análisis de la actividad legislativa en pos de la consecución del mercado único en el dominio digital, véase, CASTELLÓ PASTOR, J. J., “Disponibilidad de productos y servicios en línea en el mercado único digital”, en CASTELLÓ PASTOR, J. J., GUERRERO PÉREZ, A., MARTÍNEZ PÉREZ, M. (dirs.): *Derecho de la contratación electrónica y comercio electrónico en la Unión Europea y en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 315-321.

<sup>3</sup> Léase el discurso de la presidenta electa de la Comisión Europea, Ursula von der Leyen, ante la sesión plenaria del Parlamento europeo pronunciado el 27 de noviembre de 2019 ([www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu) consultado el 22 de febrero de 2021).

<sup>4</sup> Nuestro interés se centra en estos dos pilares por reforzar el marco de los prestadores de servicios de intermediación, luchar contra la desinformación online y fomentar la diversidad y fiabilidad de los contenidos en los medios de comunicación. Véase la página web de la Comisión Europea para más información sobre las prioridades 2019-2024 ([www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu) consultado el 22 de febrero de 2021).

<sup>5</sup> Bruselas, 15.12.2020 COM (2020) 842 final, 2020/0374 (COD). Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales).

<sup>6</sup> Bruselas, 15.12.2020 COM (2020) 825 final 2020/0361 (COD). Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por la que se modifica la Directiva 2000/31/CE; en adelante: PRLSD.

<sup>7</sup> Sobre esta propuesta legislativa, véase, DE MIGUEL ASENSIO, P., “Servicios y mercados digitales: modernización del régimen de responsabilidad y nuevas obligaciones de intermediarios”, *La Ley Unión Europea*, núm. 88 (2021), versión en línea; REIG FABADO, I., “La adaptación del derecho de competencia europeo a la era digital: algunos aspectos de la propuesta legislativa para las grandes plataformas digitales”, en CASTELLÓ PASTOR, J. J. (dir.): *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, versión en línea.

obstaculizan la libre circulación de los servicios en el mercado de la Unión) y asegurará la protección uniforme de los derechos y obligaciones no solo de los operadores económicos, sino también de los consumidores y usuarios en toda la Unión Europea (del todo necesario por la fragmentación jurídica actual)<sup>8</sup>.

Las propuestas legislativas forman uno de los ejes de la estrategia digital de la Unión Europea<sup>9</sup> y son determinantes para el futuro de los servicios digitales. Sin duda, la Comisión Europea consolidará su soberanía digital con el marco normativo propuesto<sup>10</sup>, marcando sus propias reglas de internet para las próximas décadas<sup>11</sup>. Se moderniza así el régimen aplicable a los prestadores de servicios de intermediación<sup>12</sup>, además de iniciar una línea de acción contra las grandes tecnologías para frenar su poder, velar por la protección de los derechos digitales y establecer condiciones equitativas para fomentar la innovación y la competitividad en el territorio de la Unión<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> Es encomiable el esfuerzo por crear este conjunto de disposiciones que redefinirán las actuales reglas de internet, alterando el desequilibrio existente entre el poder de los “oligarcas” tecnológicos y devolviendo, en lo posible, el control a los usuarios. Aunque, en mi opinión, el empleo excesivo de conceptos jurídicos indeterminados puede ensombrecer el objetivo de la propia propuesta legislativa por las divergencias que pueden surgir en su interpretación por los órganos nacionales competentes. Por ello, creo que debería evitarse esta inseguridad jurídica y durante el proceso legislativo centrar alguno de estos conceptos jurídicos indeterminados. Véase CASTELLÓ PASTOR, J. J., “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 CASTELLÓ PASTOR, J. J. (dir.): *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, versión en línea.

<sup>9</sup> Véase el comunicado de prensa de 15 de diciembre de 2020 “Una Europa adaptada a la era digital: la Comisión propone nuevas normas aplicables a las plataformas digitales” ([www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu) consultado el 22 de febrero de 2021).

<sup>10</sup> Además, recuérdese, que sus normas suelen tener impacto mundial por su influencia fuera del territorio de la Unión motivado, principalmente, por lo atractivo que resulta el acceso al mercado (con más de 500 millones de potenciales consumidores) a cualquier operador económico. Sobre el conocido “efecto Bruselas”, véase, BRADFORD, A., *The Brussels Effect. How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, 2020.

<sup>11</sup> Téngase en cuenta, por otro lado, el escaso número de grandes tecnológicas en la Unión Europea (frente a Estados Unidos, China, Taiwán y Japón), debido esencialmente a la fragmentación del mercado único digital de la UE, *vid.* BROADVENT, M.: “The Digital Services Act, the Digital Market act, and the New Competition Tool”, *Center for Strategic and International Studies* (2020) ([www.apo.org.au](http://www.apo.org.au) consultado el 22 de febrero de 2021). Igualmente véase el documento de trabajo de la Comisión, *Online Platforms Accompanying the document Communication on Online Platforms and the Digital Single Market*, SWD/2016/0172 final, p. 8-9.

<sup>12</sup> Este nuevo marco regulatorio tiene la intención de cubrir las deficiencias existentes por la evolución de los servicios digitales y la Directiva sobre el comercio electrónico, prácticamente sin modificarse desde su aprobación. Aunque es cierto que el desafío digital se ha abordado desde otro plano. *Vid.* DE STREEL, A. y HUSOVEC, M. “The e-commerce Directive as the cornerstone of the Internal Market”, *Study for the committee on Internal Market and Consumer Protection*, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament, Luxembourg (2020), pp. 25 y ss.

<sup>13</sup> En línea con otros instrumentos en vigor para fomentar la transparencia y equidad a los usuarios profesionales de los servicios de intermediación en línea. Un análisis del Reglamento (UE) 2019/1150, de 20 de junio de 2019, véase, CASTELLÓ PASTOR, J. J., “El ranquin de los resultados ofrecidos por buscadores, asistentes digitales y altavoces inteligentes: un problema no resuelto”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, tomo 40 (2019-2020), pp. 283-298; LAPIEDRA ALCAMÍ, R., “Hacia la transparencia y la equidad en el ranking de resultados a la luz del Reglamento 2019/1150”, en CASTELLÓ PASTOR, J. J. (dir.): *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, versión en línea; LLOPIS NADAL, P., “Protección de los usuarios profesionales en el mercado interior en línea: la legitimación para ejercer acciones colectivas reconocida

Es sabido que las plataformas en línea tienen un papel muy importante en la sociedad actual y, por consiguiente, deben tener una mayor responsabilidad por el impacto que generan en muchos múltiples sectores de la población. Pero más allá de las incontables ventajas que ofrecen los servicios digitales, conviene resaltar los riesgos y desafíos que pueden representar para los usuarios afectados, los operadores económicos y la sociedad en general. En efecto, los prestadores de servicios de intermediación son frecuentemente utilizados por terceros para vender mercancías ilegales, falsificadas o peligrosas, prestar servicios ilegales o difundir de contenido ilícito (o dañino) por la red<sup>14</sup>.

Al hilo de lo anterior, uno de los objetivos del legislador de la Unión Europea desde hace años es reducir la presencia de contenidos y actividades ilícitos en la red con una rápida retirada (o su acceso), habida cuenta de que el carácter transfronterizo de internet permite que cualquier contenido subido tenga, en cuestión de segundos, alcance mundial.

El presente trabajo se sitúa en este contexto, con el objetivo de analizar el mecanismo de “notificación y acción”, reflexionando en la figura del “alertador fiable” y en la moderación de contenidos en la red incorporados en la Propuesta de Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de Servicios Digitales).

## **II. Servicios digitales transfronterizos en la Unión Europea: consideraciones generales de la propuesta de Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales**

El principal instrumento normativo de los servicios digitales (y, en particular, de los servicios intermediarios) en la Unión Europea es la Directiva sobre el comercio electrónico<sup>15</sup>, que, a la luz de los nuevos modelos de negocios en línea y de los retos actuales, si bien cumple un importante papel en este marco y sus principios continúan siendo válidos<sup>16</sup>, es necesaria su actualización. Con este objetivo, la Comisión Europea propone el Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de Servicios Digitales), analizado a continuación, de forma breve, algunos de sus aspectos más relevantes.

### **1. Objeto y ámbito de aplicación**

La propuesta de Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales es una norma de considerable extensión (consta de 106 considerandos y de 74 artículos, distribuidos a lo largo de cinco capítulos) y goza de carácter general, por cuanto introduce un marco normativo horizontal que define las responsabilidades y obligaciones de los prestadores de servicios digitales (especialmente los servicios de intermediación), toda vez que complementa la legislación sectorial existente y no afecta a la aplicación de las

---

por el Reglamento 2019/1150”, en CASTELLÓ PASTOR, J. J. (dir.): *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, versión en línea.

<sup>14</sup> La Comunicación de la Comisión de 19 de febrero de 2020, *Configurar el futuro digital de Europa*, COM (2020) 67 final, p. 11 señaló que “resulta esencial reforzar y modernizar las normas aplicables a los servicios digitales en toda la UE, aclarando las funciones y responsabilidades de las plataformas en línea. La venta de mercancías ilícitas, peligrosas o falsificadas y la difusión de contenidos ilícitos deben combatirse con la misma eficacia que fuera de línea”.

<sup>15</sup> Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

<sup>16</sup> Tal y como puntualiza el art. 1.5 PRLSD.

leyes de la Unión Europea que regulan determinados aspectos de la prestación de servicios de la sociedad de la información (aplicables con carácter de *lex specialis*<sup>17</sup>).

El artículo 1 PRLSD desempeña la doble función de delimitar el objeto y el ámbito de aplicación. En relación con su objeto, el instrumento establece un marco para la exención de responsabilidad de los proveedores de servicios de intermediación; unas normas sobre las obligaciones específicas de diligencia debida adaptadas a determinadas categorías específicas de proveedores de servicios de intermediación y unas normas sobre la aplicación y el cumplimiento de la propuesta de Reglamento, también en lo que respecta a la cooperación y coordinación entre las autoridades competentes. En este sentido, la propuesta se presenta como respuesta a la necesidad de seguir contribuyendo al correcto funcionamiento del mercado interior de servicios intermediarios y de establecer, sobre todo, unas normas uniformes con el fin de crear un entorno en línea más seguro, predecible y confiable, en el que los derechos fundamentales consagrados en la Carta estén protegidos<sup>18</sup>.

En efecto, el ámbito de propuesta legislativa viene expresamente delimitado hacia los prestadores de servicios de intermediación que ofrezcan sus servicios en el territorio de la Unión Europea, con independencia del lugar de su establecimiento o residencia (siempre que, como indica la propuesta legislativa, tengan una conexión sustancial con la Unión<sup>19</sup>). En este sentido, con el propósito de garantizar y de facilitar la aplicación de la propuesta de Reglamento en la Unión Europea, es necesaria la lectura conjunta de todos sus preceptos con las definiciones incorporadas en el artículo 2 PRLSD.

En cuanto al ámbito de aplicación personal, la Comisión no ve necesario redefinir el concepto de prestador de servicio de la sociedad de la información<sup>20</sup>, conforme algunas voces solicitaban<sup>21</sup>. En este sentido, sus disposiciones se dirigen exclusivamente a los

---

<sup>17</sup> Sirva a modo de ejemplo de *lex specialis*, entre otras, las obligaciones establecidas en la Directiva 2010/13/CE, modificada por la Directiva (UE) 2018/1808, sobre proveedores de plataformas de intercambio de vídeos en lo que respecta a los contenidos audiovisuales y las comunicaciones comerciales audiovisuales; el conocido artículo 17 de la 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, las medidas establecidas en el Reglamento (UE) 2019/1150 de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, o las medidas establecidas en la Propuesta de Reglamento para la prevención de la difusión de contenidos terroristas en línea (COM/2018/640 final). Además, señala el considerando núm. 9 PRLSD que “[...] las disposiciones del presente Reglamento se aplican a problemas que esos otros actos no resuelven, o no por completo, así como a problemas para los que esos otros actos dejan abierta la posibilidad de que los Estados miembros adopten determinadas medidas de ámbito nacional”.

<sup>18</sup> A tenor del artículo 1.2 PRLSD.

<sup>19</sup> Vid. art. 1.3 PRLSD.

<sup>20</sup> Por cuanto remite a todo servicio en el sentido del artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva (UE) 2015/1535. Vid. art. 2 (a) PRLSD.

<sup>21</sup> La propuesta se distancia de la incorporación de nuevos puertos seguros –como algunos autores solicitaban– cuando se trata de una buena oportunidad para ello. Vid. CASTELLÓ PASTOR, J. J., “Nuevo régimen de responsabilidad ...”, *op. cit.*, versión en línea. En esta línea, véase también ARROYO I AMAYUELAS, E., “La responsabilidad de los intermediarios en internet: ¿puertos seguros a prueba de futuro?”, en ARROYO I AMAYUELAS, E. y CÁMARA LAPUENTE, S. (coords.): *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, 2020, pp. 350-351. Otros autores consideran, en cambio, que “las disposiciones parecen ser lo suficientemente flexibles como para adaptarse a nuevos modelos de negocio, lo que también las hace en general a prueba de futuro”. Vid. NORDEMANN, J.B., “Liability of Online Service Providers for Copyrighted Content – Regulatory Action Needed?“, *Study commissioned by*

intermediarios y se entiende por servicio intermediario “uno de los siguientes servicios: un servicio de mera transmisión [...], un servicio de memoria tampón (*caching*) [...], un servicio de ‘alojamiento de datos’ [...]”<sup>22</sup>. Esto es, se recogen las mismas subcategorías de puertos seguros actuales, pero “al retener esa división tripartita de los artículos 12 a 14 DCE, la PRLSD, a diferencia de la LSSI, no contempla como una categoría de prestadores que deba ser objeto de un régimen específico a los prestadores de servicio que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda”<sup>23</sup>.

Por su parte, cabe señalar que la PRLSD deja claro que no se aplicará a ningún servicio que no sea un servicio intermediario, ni a ningún requisito que se imponga al respecto de un servicio de esa índole, con independencia de que el servicio se preste mediante el uso de un servicio intermediario<sup>24</sup>.

Y por lo que se refiere al ámbito de aplicación espacial, la PRLSD se aplica a todo prestador de servicio de intermediación que ofrezca servicios en la Unión. Dicho de otro modo, cuando las personas físicas o jurídicas de uno o varios Estados miembros utilicen los servicios del prestador que tenga una conexión sustancial con la Unión. Y se tiene, matiza la propuesta, conexión sustancial en la Unión Europea cuando el prestador tenga aquí un establecimiento, o bien tenga un número significativo de usuarios en uno o varios Estados miembros, o bien dirija su actividad hacia uno o varios Estados miembros<sup>25</sup>. Todo indica que la Comisión Europea quiere proteger por igual a los usuarios en línea y evitar, en síntesis, las desventajas competitivas que puedan surgir entre los prestadores de servicios de intermediación en función del lugar de su establecimiento<sup>26</sup>. A mi modo de ver, se trata de un enfoque acertado porque las multinacionales estadounidenses y asiáticas<sup>27</sup> –cuyos servicios son utilizados por millones de usuarios europeos– quedarán sujetas a las mismas medidas que los operadores económicos europeos, *v.gr.* obligándoles a designar un representante legal en la Unión Europea<sup>28</sup>.

## 2. De las exenciones de responsabilidad a la amplia gama de nuevas obligaciones de diligencia debida y transparencia

Como se ha referido, la propuesta legislativa presentada por la Comisión fija un marco para la exención de responsabilidad de los proveedores de servicios de intermediación y lo complementa con una amplia gama de obligaciones de diligencia debida y transparencia para crear un entorno digital más seguro, predecible y confiable. En efecto, se trata de una serie de obligaciones específicas adaptadas a determinadas categorías de

---

*European Parliament, Policy Department A: Economic and Scientific Policy* (2017), p. 18 ([www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu) consultado el 21 de febrero de 2021).

<sup>22</sup> Art. 2 (f) PRLSD. Aunque el considerando núm. 5 PRLSD no parece indicar lo mismo: “[...] En concreto, el presente Reglamento debe aplicarse a los prestadores de servicios intermediarios, y *en particular* servicios intermediarios integrados por los servicios conocidos como de ‘mera transmisión’, de ‘memoria tampón’ y de ‘alojamiento de datos’” (énfasis añadido).

<sup>23</sup> DE MIGUEL ASENSIO, P., “Servicios y mercados digitales...”, *op. cit.*, versión en línea.

<sup>24</sup> *Vid.*, art. 1.4 PRLSD.

<sup>25</sup> Art. 2 (d) PRLSD. Igualmente véase el considerando núm. 7 y 8 PRLSD sobre la *conexión sustancial* con la Unión Europea.

<sup>26</sup> Art. 1.3 PRLSD.

<sup>27</sup> *Vid. supra*, n. p. núm. 11.

<sup>28</sup> Art. 11 PRLSD. Aunque algún autor considere que la medida puede desincentivar la prestación de sus servicios en el territorio de la Unión. *Vid.* SCHMON, C. y GULLO, K., “European Commission’s Proposed Digital Services Act got several things right, but improvements are necessary to put users in control” ([www.eff.org](http://www.eff.org) consultado el 21.2.2021).

proveedores de servicios de intermediación, de unas normas sobre la aplicación y cumplimiento de la propuesta legislativa, además de crear un marco de cooperación y coordinación entre las autoridades competentes<sup>29</sup>. Estas obligaciones son aplicables a todos los prestadores de servicios de intermediación, y gradualmente se van incrementando a los prestadores de servicios de la sociedad de la información que lleven a cabo una actividad de alojamiento de datos y a las plataformas en línea<sup>30</sup>, y dentro de estas últimas, en concreto, a las que lleguen a tener más de cuarenta y cinco millones de usuarios (esto es: el diez por cien de la población de la Unión Europea<sup>31</sup>) por el riesgo sistémico que puede generar el funcionamiento y el uso de sus servicios<sup>32</sup>.

En lo que atañe a las exenciones de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación, la propuesta legislativa mantiene el marco actual al reproducir los puertos seguros de mera transmisión (en el artículo 3 PRLSD), de memoria tampón (en el artículo 4 PRLSD) y de alojamiento de datos (en el artículo 5 PRLSD<sup>33</sup>). Además de recordar que “las referencias a los artículos 12 a 15 de la Directiva 2000/31/CE se interpretarán como referencias a los artículos 3, 4, 5 y 7 del presente Reglamento, respectivamente<sup>34</sup>”.

También se mantiene la prohibición de la obligación general de supervisar los datos que se transmitan o almacenen o la de realizar búsquedas activas de hechos circunstancias que indiquen actividades ilícitas<sup>35</sup>. Por su parte, la propuesta legislativa establece unas obligaciones concretas para actuar contra los contenidos ilegales y proporcionar información con respecto a las órdenes de las autoridades judiciales o administrativas nacionales. En efecto, el artículo 8 PRLSD recoge la obligación de actuar contra un concreto contenido ilícito<sup>36</sup> y el artículo 9 PRLSD la de proporcionar información con respecto a las órdenes de las autoridades judiciales o administrativas nacionales.

Las novedades se encuentran en los capítulos III y IV (aunque este último no se aborda por excederse del objeto de este trabajo), en la medida en que exige a los intermediarios un estándar más alto de transparencia y de responsabilidad (y a las plataformas muy grandes la obligación de gestionar el riesgo sistémico) e incentiva su actuación proactiva.

---

<sup>29</sup> *Vid.* art. 1.1 PRLSD.

<sup>30</sup> Definidas en el art. 2 (h) PRLSD.

<sup>31</sup> Así lo indica el considerando núm. 54 PRLSD.

<sup>32</sup> Véase el considerando núm. 57 PRLSD porque detalla tres categorías de riesgos sistémicos asociados a las plataformas en línea.

<sup>33</sup> Por lo que respecta a este puerto seguro, téngase en cuenta el párrafo añadido en el apartado tercero, que, como puntualiza DE MIGUEL, “el contenido de ese añadido en sí mismo no parece cuestionable, pero sí puede serlo el que se configure como algo específico en relación con la eventual responsabilidad derivada del Derecho del consumo, pues cabe entender que un resultado similar en lo relativo a la no aplicación de la exclusión de responsabilidad del prestador de servicio de alojamiento concernido se debe imponer en ese tipo de situaciones cuando la exigencia de responsabilidad deriva de ilícitos de otro tipo, como por ejemplo, la eventual vulneración de derechos de marca derivada de la comercialización de productos a través de la plataforma”. DE MIGUEL ASENSIO, P., “Servicios y mercados digitales...”, *op. cit.*, versión en línea.

<sup>34</sup> *Vid.* art. 71 PRLSD.

<sup>35</sup> *Vid.* art. 7 PRLSD.

<sup>36</sup> En particular, la disposición contiene información sobre el alcance de estas medidas, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como: el motivo por el que el contenido es ilícito –con referencia al texto legal infringido–, la localización o el ámbito territorial estrictamente necesario para el cumplimiento de la medida en concreto. Véase el considerando núm. 31, y, en particular, el considerando núm. 33 PRLSD por remarcar la necesidad de respetar el criterio de mercado interior del art. 3 DCE.

A este respecto, establece la sección primera del capítulo III una amplia gama de obligaciones comunes a todos los prestadores de servicios de intermediación que consisten en: establecer un punto único de contacto que permita la comunicación directa, por vía electrónica, con las autoridades de los Estados miembros, con la Comisión y con la Junta (artículo 10 PRLSD), designar por escrito –aquellos intermediarios que no tengan un establecimiento en la Unión pero que ofrezcan servicios aquí deberán– a una persona física o jurídica como su representante legal en uno de los Estados miembros donde el prestador ofrezca sus servicios (artículo 11 PRLSD), incluir en sus condiciones información sobre cualquier restricción que impongan en relación con el uso de su servicio al respecto de la información proporcionada por los destinatarios del servicio y actuarán de manera diligente, objetiva y proporcionada para aplicar y ejecutar las restricciones (artículo 12 PRLSD) y publicar anualmente informes claros, detallados y fácilmente comprensibles sobre cualquier actividad de moderación de contenidos que hayan realizado durante el período pertinente (artículo 13 PRLSD<sup>37</sup>). De otro lado, la sección segunda de este capítulo establece las disposiciones aplicables a los prestadores de servicios de alojamiento, incluidas las plataformas en línea<sup>38</sup>, que se refieren, en particular, a la obligación de establecer mecanismos de detección y acción de los contenidos ilícitos<sup>39</sup>, analizadas en el epígrafe siguiente. Por último, las secciones tercera, cuarta y quinta establecen las disposiciones aplicables a las plataformas en línea<sup>40</sup>, añadiéndose adicionalmente un conjunto de obligaciones a las plataformas en línea de “muy gran tamaño” para gestionar eficazmente los riesgos sistémicos<sup>41</sup>.

### **III. El sempiterno dilema de la remoción de contenidos ¿ilícitos? en la red**

El fuerte crecimiento de los servicios digitales por parte de los ciudadanos, operadores económicos y de las Administraciones Públicas, como se ha puesto de relieve, beneficia a la sociedad en su conjunto, pero al mismo tiempo el uso nocivo e ilícito de estos servicios digitales puede enormemente perjudicar, a título individual o colectivamente, a todos. En este sentido, es cierto que los prestadores de servicios de intermediación (en concreto, los de alojamiento de datos) tienen un papel esencial en la difusión de los contenidos en la red, pero también en la erradicación de la transmisión (en caso de que sea ilegal<sup>42</sup>). De modo que una rápida actuación en la remoción del contenido ilícito (o

---

<sup>37</sup> Aparte de esta información, las plataformas en línea adicionalmente deben incluir la detallada en el art. 23 PRLSD.

<sup>38</sup> Es llamativa la inclusión de las plataformas en línea como un subgrupo de los prestadores de servicios de *hosting*, cuando efectivamente lo son. No obstante, el considerando núm. 13 PRLSD aclara el motivo de la distinción.

<sup>39</sup> *Vid.* arts. 14 y 15 PRLSD.

<sup>40</sup> Adicionalmente a las obligaciones de las secciones primera y segunda, la sección tercera impone a las plataformas en línea otras obligaciones más (que no se aplican a las plataformas en línea que sean microempresas o pequeñas empresas, a tenor del art. 16 PRLSD).

<sup>41</sup> La sección cuarta se ocupa de las obligaciones –adicionales a las establecidas en las secciones primera a tercera– para que las plataformas en línea de “muy gran tamaño” gestionen los riesgos sistémicos.

<sup>42</sup> Téngase en cuenta que la determinación del carácter ilegal, ilícito, nocivo o dañino del contenido o servicio es esencial para la salvaguarda de los derechos de las partes implicadas y depende, en todo caso, esta calificación del Derecho que resulte aplicable al supuesto en concreto. No obstante, la propuesta legislativa define el término *contenido ilegal* en el artículo el art. 2 (g) PRLD de forma amplia como “toda información que, por sí sola o en referencia a una actividad, incluida la venta de productos o la prestación de servicios, incumpla las leyes de la Unión o las leyes de un Estado miembro, sea cual sea el objeto o carácter concreto de esas leyes”. Véase también el considerando núm. 12 PRLD.

dañino) es imprescindible para proteger adecuadamente los legítimos intereses en presencia<sup>43</sup>.

Ahora bien, recuérdese, la naturaleza técnica, automática y pasiva<sup>44</sup> de la actividad del prestador de servicio de alojamiento de datos (y su neutralidad<sup>45</sup>) implica que no tenga conocimiento ni control de la información almacenada<sup>46</sup>. Como tampoco tiene la obligación general de supervisar los datos que almacena o de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas<sup>47</sup>, el prestador de servicio desconoce el carácter ilegal del archivo almacenado (o de la actividad ilícita que pudiera realizarse con el mismo). Por lo tanto, en caso de ser informado de la presunta ilegalidad, debe tratar de forma diligente la información comunicada para no perder su inmunidad<sup>48</sup>, porque, de lo contrario, puede considerársele responsable indirecto (de conformidad con la ley material aplicable al fondo del asunto<sup>49</sup>) del contenido notificado.

Así las cosas, el mecanismo para presentar avisos sobre aquellos contenidos presuntamente ilícitos a las plataformas y servicios digitales se configura como un medio importante para combatir los contenidos ilícitos en línea<sup>50</sup>. También el mecanismo voluntario implantado por el intermediario que modera proactivamente el contenido presente en su servidor<sup>51</sup>, tal y como se analiza a continuación.

#### 1. El mecanismo de “notificación y acción” de contenidos ilícitos en la red

Conforme se ha referido, el mejor situado para indicar al intermediario la existencia de un contenido o actividad ilícita presente en su servidor es el propio perjudicado<sup>52</sup>. Con

---

<sup>43</sup> Véase el considerando núm. 13 de la Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión de 1 de marzo de 2018, sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea (DO 2018, L 63, p. 50).

<sup>44</sup> Véanse los considerandos núm. 40 a 46 DCE, en particular el núm. 42 DCE.

<sup>45</sup> *Vid.*, entre otras, las STJUE de 23 de marzo de 2010, *Google France y Google c. Louis Vuitton y otros*, asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08 (EU:C:2010:159), apartados 113-14; de 12 de julio de 2011, *L'Oréal y otros c. eBay International y otros*, asunto C-324/09 (ECLI:EU:C:2011:474), apartado 113; y la de 11 de septiembre de 2014, *Papasavvas*, asunto C-291/13 (EU:C:2014:2209), apartados 39-40.

<sup>46</sup> Sobre la exención de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación, véase, entre otros, CASTELLÓ PASTOR, J. J., *Motores de búsqueda y derechos de autor: infracción y responsabilidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 219 y ss.; DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho Privado de Internet*, 5.ª ed., Civitas, Cizur Menor-Navarra, 2015, pp. 127-290; PEGUERA POCH, M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Comares, Granada, 2007, *passim*.

<sup>47</sup> *Vid.* art. 15 DCE.

<sup>48</sup> El prestador de servicio de *caching* y el de *hosting* (arts. 13 y 14 DCE, igualmente el art. 17 LSSICE).

<sup>49</sup> La pérdida del privilegio como puerto seguro no implica directa y automáticamente la responsabilidad del intermediario, sino que la atribución de su posible responsabilidad depende, en todo caso, de ley material o sustantiva aplicable al fondo del asunto. *Vid.*, CASTELLÓ PASTOR, J. J., *Motores de búsqueda...*, *op. cit.*, pp. 238-239; DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho Privado de ...*, *op. cit.*, p. 225.

<sup>50</sup> Y también porque permite exonerar al intermediario su eventual responsabilidad en caso de actuar con diligencia. *Vid.* CASTELLÓ PASTOR, J. J., “Detección y retirada de contenidos que vulneren derechos de autor en la red: necesidad de un código de buenas prácticas”, *Actas de Derecho Industrial*, núm. 37 (2016-2017), pp. 284-287.

<sup>51</sup> Así lo indica el considerando núm. 26 de la Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión, de 1 de marzo. En este mismo sentido, HOBOKEN, J., QUINTAIS, J.P., POORT, J., VAN EIJK, N., *Hosting intermediary services and illegal content online – an analysis of the scope of Article 14 E-Commerce Directive in light of developments in the Online service landscape*, 2018, pp. 31 y ss. Con anterioridad, ZITTRAIN, J., “A History of Online Gatekeeping”, *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 19, núm. 2 (2006), p. 254 indicó que los intermediarios eran los mejores posicionados para poner fin a las infracciones.

<sup>52</sup> Aunque nada impide que un tercero realice este aviso. De hecho, la figura del alertadores fiables (o *trusted flaggers*) se contempla en el art. 19 PRLSD. A este respecto, la Comunicación “*Lucha contra el contenido ilícito en línea. Hacia una mayor responsabilización de las plataformas en línea*”, Bruselas,

este fin, la propuesta de Reglamento obliga a los prestadores de servicios de alojamiento (incluidas las plataformas en línea<sup>53</sup>) a establecer mecanismos que permitan a cualquier sujeto (persona física o entidad) notificar la presencia de contenido ilícito en su servicio<sup>54</sup>; además de informar el motivo por el que se elimina el contenido y de ofrecer al usuario la posibilidad de contra-argumentar la decisión.

La sección segunda y tercera<sup>55</sup> del capítulo II de la propuesta de Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales recoge este sistema armonizado, que sustituirá los procedimientos creados en los Estados miembros en este ámbito de aplicación<sup>56</sup>.

El referido mecanismo debe ser de fácil acceso y manejo, y solo por medios electrónicos. Además, el aviso debe ser lo suficientemente preciso y fundamentado para que el operador económico pueda determinar fácilmente la ilicitud del contenido y actuar con diligencia. En efecto, señala la propuesta legislativa que el aviso debe contener la explicación de los motivos por los que considere que la información es contenido ilícito; la indicación clara de su ubicación (en particular, la URL), el nombre y la dirección de correo electrónico de quién envíe la notificación [...] y la declaración que confirme que la persona física o entidad que envíe el aviso está convencida de buena fe de que la información y las alegaciones vertidas en el aviso son precisas y completas<sup>57</sup>, para que surta efectos. Si reúne estos requisitos, se atribuirá al prestador del servicio el conocimiento efectivo del contenido informado<sup>58</sup> y se trasladará, en este momento, al intermediario la espinosa cuestión de decidir si está o no de acuerdo con la valoración y, en consecuencia, de retirar o inhabilitar el acceso al contenido informado, con la carga adicional que supone el conocimiento efectivo al tomar la decisión.

En mi opinión, esta imputación del conocimiento efectivo no es adecuada porque incentivará que el intermediario –de forma casi automática– elimine el contenido notificado (o inhabilite su acceso) para mostrar su rápida actuación tras el aviso y no perder la exención de responsabilidad como puerto seguro con respecto a esta concreta información notificada. Considero, por ello, que sería más conveniente atribuir el conocimiento de la información posiblemente ilícita, si se quiere evitar la tendencia de

---

28.9.2017 COM (2017) 555 final, p. 10 ya indicó que “en la lucha efectiva contra los contenidos ilícitos en línea, debe facultarse a los *usuarios corrientes* para que llamen la atención de las plataformas sobre contenidos ilícitos en línea contando con que las comunicaciones justificadas serán tenidas en cuenta y tramitadas con rapidez” (énfasis añadido).

<sup>53</sup> Sección segunda, arts. 14 y 15 PRLSD.

<sup>54</sup> Tal y como se venía solicitando, entre otros, *vid.* CASTELLÓ PASTOR, J. J., *Motores de búsqueda...*, *op. cit.*, pp. 383-402.; *Id.*, “Detección y retirada...”, *op. cit.*, pp. 279-300. Por otro lado, véase la Recomendación (UE) 2018/334 de 1 de marzo. En particular, la recomendación quinta y siguientes sobre la presentación y tramitación de notificaciones.

<sup>55</sup> Las disposiciones de la sección tercera no se aplican a las plataformas en línea que sean microempresas o pequeñas empresas, según el art. 16 PRLSD. Esta exclusión es acertada por el ahorro que supone al intermediario no tener que implementar este conjunto de medidas adicionales. Como puntalicé en otra ocasión, estas cargas económicas adicionales pueden ser un obstáculo para la innovación. Véase, CASTELLÓ PASTOR, J. J., “Detección y retirada...”, *op. cit.*, pp. 279-300.

<sup>56</sup> Se trata, en puridad, de un conjunto de disposiciones para la lucha contra los contenidos ilícitos en línea similar al régimen previsto en la *Digital Millenium Copyright Act*. En concreto, al establecido en el art. 512 c) de la DMCA. Sobre esta disposición y su jurisprudencia, véase, CASTELLÓ PASTOR, J. J., *Motores de búsqueda ...*, *op. cit.*, 2016, pp. 389-400.

<sup>57</sup> A tenor del art. 14.2 PRLSD.

<sup>58</sup> Art. 14.3 PRLSD. Véase también su el considerando núm. 22 PRLSD.

los prestadores a retirar el contenido controvertido para asegurarse la exención de responsabilidad<sup>59</sup>.

En todo caso, el usuario podrá recurrir la decisión del prestador del servicio. Es decir, si el intermediario opta por retirar (o inhabilitar) el contenido proporcionado por el destinatario del servicio debe informar de la decisión y del motivo de su actuación<sup>60</sup>, a más tardar, en el momento de la retirada o inhabilitación del acceso, además de indicarle las posibles vías para recurrir la decisión de la retirada/bloqueo del contenido (*v.gr.* a través de mecanismos internos de tramitación de quejas o de solución de controversias extrajudicial y reparación judicial<sup>61</sup>).

Estas medidas orientadas a una mayor transparencia y salvaguarda del derecho del proveedor del contenido son encomiables porque conforman un mayor respeto a las garantías procesales, a la protección de los derechos fundamentales en línea (en particular, la libertad de expresión en juego) y a los intereses legítimos de los intervinientes (aunque configurándose *in extremis*). Pero más allá de estos positivos aspectos, el sistema propuesto deja en manos de las empresas privadas determinar la legalidad de los contenidos al recibir la notificación, y ello debería evitarse. En mi opinión, no se debería facultar a estos sujetos privados la función de árbitro de la legalidad a través de sus propios sistemas internos, sino hacerse a través de sistemas judiciales o extrajudiciales externos para lograr así el respeto a la protección de los derechos humanos en el entorno digital<sup>62</sup>.

## 2. El alertador fiable como notificador de ilícitos en la red

Por otro lado, la propuesta de Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales introduce la figura de los alertadores fiables –consolidada en otros sistemas de Derecho comparado– con el objetivo de luchar contra el contenido ilícito de la red. Como se analiza a continuación, los avisos que reciba la plataforma en línea se tramitarán y resolverán de forma prioritaria y sin dilación sobre todos los demás, esto es: se responderán antes que las notificaciones presentadas por el propio perjudicado.

El alertador fiable es un privilegio concedido por el coordinador de servicios digitales de cada Estado miembro a las entidades –y no a los individuos<sup>63</sup>– que demuestren

---

<sup>59</sup> CASTELLÓ PASTOR, J. J., “Detección y retirada...”, *op. cit.*, p. 288.

<sup>60</sup> Aportando una exposición clara y específica de los motivos, señala el art. 15 PRLSD, que deberá contener, al menos, la información indicada en el apartado segundo de esta disposición.

<sup>61</sup> *Vid.* art. 15 *in fine* PRLSD.

<sup>62</sup> En mi opinión, “debería buscarse el modo de atenuar, en lo posible, que la decisión del operador económico tras recibir el aviso sea prácticamente *inaudita parte*. Es decir, debe introducirse cierta equidad procedimental, porque, tal y como se plantea el procedimiento propuesto, no se prevé la obligación de notificar al proveedor del contenido antes de tomar la decisión de la retirada (mejor dicho, indica la disposición ‘a más tardar’ en el momento de la retirada). Razón por la que, a mi juicio, es aconsejable evitar directamente esta *ejecutoria* e introducir, en favor del destinatario del servicio, el derecho a exponer su argumentación, con carácter previo, a la retirada del contenido. Tras ello, el prestador del servicio de intermediación que tome la correspondiente decisión. Aunque tal posibilidad solo debe ofrecerse a los avisos que no estén relacionados, a modo de ejemplo, con contenido terrorista, producción y distribución de material de abuso y explotación de personas menores de 18 años, discurso del odio (racismo o xenofobia) o aquellos en que manifiestamente se evidencie la ilicitud del contenido notificado”, *vid.* CASTELLÓ PASTOR, J. J., “Nuevo régimen de responsabilidad ...”, *op. cit.*, versión en línea.

<sup>63</sup> Véase el considerando núm. 46 PRLSD.

experiencia y competencia para abordar la lucha contra los contenidos ilegales<sup>64</sup>. En efecto, el coordinador de servicios digitales de cada Estado miembro concederá este estatus privilegiado a aquellas entidades que demuestren: por un lado, poseer conocimientos y competencias específicos para detectar, identificar y notificar contenidos ilícitos; por otro lado, representar intereses colectivos y no dependan de ninguna plataforma en línea y, por último, realizar sus actividades con el fin de enviar avisos de manera oportuna, diligente y objetiva. Se deben cumplir estas condiciones para que se conceda la cualificación de alertador fiable. Además, téngase en cuenta que este mismo coordinador de servicios digitales puede revocarlo<sup>65</sup>.

Tal y como se ha referido, los avisos presentados por los alertadores fiables, de conformidad con el mecanismo de “notificación y acción” descrito, comportarán la tramitación y la resolución de forma prioritaria y sin dilación sobre las demás notificaciones. Dicho de otro modo, estos avisos gozarán de un salvoconducto para combatir el contenido nocivo en la red.

En mi opinión, la figura de estos *chivatos profesionales* de la red debe ser bien acogida para controlar el contenido (manifiestamente ilícito) en línea. Sin embargo, la preocupación puede venir por cómo el coordinador de servicios digitales de cada Estado miembro elige estos actores especializados por la influencia que pueden ejercer en la moderación de contenidos. Esperemos que no se trate de decisiones tomadas de forma arbitraria, en función del interés político de la autoridad nacional que los designe, por el interés social que pueden llegar a representar estos *trusted flaggers* y que tanto podrían perjudicar a la red<sup>66</sup>.

### 3. El intermediario como vigilante voluntario del contenido en su servidor

Por último, el contenido –posiblemente– ilícito también puede ser removido de la red por los mecanismos voluntarios establecidos por las tecnológicas. En efecto, las grandes plataformas en línea están implantando el uso de mecanismos voluntarios para detectar la presencia de contenidos ilícitos en sus servicios.

Se trata de un esfuerzo proactivo para mitigar este contenido dañino o ilícito en la red, fomentado por las instituciones<sup>67</sup>. Pese a ello, estos mecanismos de moderación de contenidos no están exentos de polémica. De un lado, porque podría entenderse que el intermediario realiza una función activa (en la búsqueda del ilícito porque identifica con carácter previo el dato de entre todos los que se encuentran almacenados en el servidor para eliminarlo o impedirlo) y, por lo tanto, perder su neutralidad. Aunque esta

---

<sup>64</sup> Algunas están mencionadas en el considerando núm. 46 PRLSD, como la “Europol” o las organizaciones que forman parte de la red INHOPE.

<sup>65</sup> Art. 19 *in fine* PRLSD.

<sup>66</sup> Una visión crítica de los alertadores fiables, véase, SCHWEMER, S., “Trusted notifiers and the privatization of online enforcement”, *Computer Law & Security Review*, vol. 35, núm. 6 (2019).

<sup>67</sup> Desde las instituciones europeas se ha favorecido la implantación de medidas proactivas, como p. ej. el *Código de conducta para la lucha contra la incitación ilegal al odio en línea* (2016) entre la Comisión Europea y Facebook, Microsoft, Twitter, YouTube, Instagram, Snapchat y Dailymotion, entre otras plataformas tecnológicas, el Memorandum de Acuerdo sobre la falsificación de mercancías (2016) o la Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión, de 1 de marzo de 2018, sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea (DO 2018, L 63, p. 50). También desde el punto de vista legislativo, está el conocido art. 17 de la 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 o el artículo 6 de la Propuesta de Reglamento para la prevención de la difusión de contenidos terroristas en línea (Bruselas, 12.9.2018 COM (2018) 640 final).

interpretación conduciría, desde mi punto de vista, a un resultado contradictorio, en la medida en que el intermediario que proactivamente eliminara el dato ilícito (que es realmente lo que interesa) podría perder su protección como puerto seguro por la falta de neutralidad (*i.e.* conocimiento o control sobre estos datos)<sup>68</sup>. De otro lado, porque el empleo de la inteligencia artificial en la moderación del contenido a escala parece que podría contribuir a la censura y a la represión de la libertad de expresión. Dicho de otro modo, el creciente uso de la inteligencia artificial para controlar los contenidos ilícitos deja en manos de los algoritmos (de las empresas privadas) la cuestión de eliminar un contenido que quizás no sea ilícito, por lo que puede fácilmente menoscabar la libertad de expresión y fomentar la censura. Se afirma, con acierto, que la inteligencia artificial no entiende de códigos culturales, contextos sociales o, por ejemplo, de los “memes”, de modo que puede eliminarse contenido que pudiera parecer lesivo, cuando realmente no lo es (menoscabando la libertad de expresión<sup>69</sup>).

En cualquier caso, con la intención de fomentar la seguridad jurídica de los intermediarios que implementen estos mecanismos voluntarios para detectar, identificar y retirar contenidos ilícitos, o inhabilitar el acceso a los mismos de sus servicios, la propuesta de Reglamento establece que no perderán su protección como puerto seguro por las investigaciones voluntarias (es decir, por la moderación del contenido) si se llevan a cabo de buena fe y con diligencia<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> Así lo indica el considerando núm. 26 de la Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión, de 1 de marzo de 2018: “adoptar medidas activas de carácter voluntario no conduce automáticamente a que un prestador de servicios de alojamiento de datos afectado pierda el beneficio de la exención de responsabilidad prevista en el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE”. También, el considerando núm. 25 PRLSD. Y en este mismo sentido, véase, HOBOKEN, J., QUINTAIS, J. P., POORT, J., VAN EIJK, N., *Hosting intermediary services and illegal content online – an analysis of the scope of Article 14 E-Commerce Directive in light of developments in the Online service landscape*, 2018, pp. 31 y ss.

<sup>69</sup> En efecto, los gigantes tecnológicos vienen implantando estos mecanismos para detectar contenidos *nocivos* en sus servicios, eliminarlos (o imposibilitar el acceso) e incluso suspender las cuentas de los usuarios reincidentes. Se está borrando más contenido con los algoritmos que si hay intervención humana. En este sentido, el año pasado YouTube eliminó más de once millones de vídeos, TikTok más de cien millones de videoclips, Twitter casi tres millones de tuits, y Facebook elimina más de 17 millones de cuentas falsas al día, según el artículo publicado el 24.10.2020 en *The Economist* titulado “*Big tech and free speech, social media’s struggle with self-censorship*” (disponible en: [www.economist.com](http://www.economist.com) última visita el 21.2.2021). Véase, también, la opinión de algunos autores sobre el empleo de los algoritmos en la moderación de contenidos en la red, como SPOERRI, T., “On Upload-Filters and other Competitive Advantages for Big Tech Companies under Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market”, *JIPITEC*, vol. 10, núm. 2 (2019), p. 183, que señala “[...] las tecnologías de filtrado están todavía en un estado rudimentario y están lejos de ser capaces de identificar las infracciones de los derechos de autor y ni siquiera son capaces de cotejar con precisión los contenidos. Por lo tanto, habrá (demasiados) falsos positivos, o, en otras palabras, contenidos no infractores que serán (sobre) bloqueados” (traducción del autor). Véase también BAKALIS, C. y HORNLE, J., “The role of social media companies in the regulation of online hate speech”, en SARAT, A. (dir.): *Studies in Law, Politics, and Society Vol: 85*, Emerald Publishing Limited, 2021, p. 82, FROSIO, G., “Algorithmic Enforcement Online”, en TORREMANS, P. (ed.): *Intellectual Property and Human Rights*, 4.ª ed., Kluwer Law Int’l, 2020, pp. 709-744.

<sup>70</sup> *Vid.* art. 6 PRLSD y el considerando núm. 25 respectivamente. Véase, también, BARATA MIR, J., “*Positive Intent Protections: Incorporating a Good Samaritan principle in the EU Digital Services Act*”, Center for Democracy & Technology (2020) (disponible en: [www.cdt.org](http://www.cdt.org) consultado el 21.2.2021).

Se trata de una disposición similar a la figura del buen samaritano de la sección 230 de la *Communications Decency Act* estadounidense<sup>71</sup> que, *a priori*, debe ser bien recibida por aumentar la seguridad jurídica de los prestadores de servicios de intermediación que implementen estas políticas proactivas de moderación de contenidos. Sin embargo, un problema adicional puede venir por la imputación de conocimiento efectivo del ilícito por estas investigaciones propias<sup>72</sup>, por la falta de diligencia por las investigaciones excedan de la búsqueda de contenidos ilícitos o de adoptar las medidas necesarias para cumplir los requisitos del Derecho de la Unión, incluidos los estipulados en el presente Reglamento o por la adopción de medidas voluntarias que se combinen con otras medidas que no están indicadas en el precepto, lo que podría significar la pérdida de inmunidad. Como señala BARATA, “la confusión respecto a la noción de conocimiento real, conciencia y su relación con un posible papel ‘activo’ desempeñado por las plataformas no se ha resuelto y pervive en el lenguaje a veces vago de la propuesta. La importancia de contar con un régimen de responsabilidad que proporcione suficiente seguridad jurídica a las plataformas y a los usuarios sugiere que estas cuestiones pueden seguir siendo objeto de una atención minuciosa y de largos debates durante las diferentes fases de adopción del Reglamento”<sup>73</sup>. En todo caso, esta permisividad de la proactiva moderación de contenidos en la red esperamos que no vire, con el tiempo, hacia una obligación general de supervisión de la red (sustituyendo este principio del buen samaritano por la consolidada prohibición del artículo 15 DCE, actual artículo 7 PRLSD).

#### IV. Bibliografía

- ARROYO I AMAYUELAS, E., “La responsabilidad de los intermediarios en internet: ¿puertos seguros a prueba de futuro?”, en ARROYO I AMAYUELAS, E. y CÁMARA LAPUENTE, S. (coords.): *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, 2020.
- BAKALIS, C. y HORNLE, J., “The role of social media companies in the regulation of online hate speech”, en SARAT, A. (dir.): *Studies in Law, Politics, and Society Vol: 85*, Emerald Publishing Limited, 2021.
- BARATA MIR, J., “*Positive Intent Protections: Incorporating a Good Samaritan principle in the EU Digital Services Act*”, Center for Democracy & Technology (2020).
- *Id.*, *The Digital Services Act and the Reproduction of Old Confusions: Obligations, Liabilities and Safeguards in Content Moderation* (2021).
- BRADFORD, A., *The Brussels Effect. How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, 2020.
- BROADVENT, M.: “The Digital Services Act, the Digital Market act, and the New Competition Tool”, *Center for Strategic and International Studies* (2020).

---

<sup>71</sup> Un estudio de esta disposición y su jurisprudencia, véase, CASTELLÓ PASTOR, J. J., “Exoneración de responsabilidad de los prestadores de servicios de la información en la sección 230 de la *Communications Decency Act* estadounidense”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 39 (2015), pp. 175-194.

<sup>72</sup> Señala el considerando núm. 22 PRLSD que “[...] El prestador puede obtener dicho conocimiento efectivo, en particular, a través de investigaciones realizadas por iniciativa propia [...]”. Confróntese, no obstante, con el considerando núm. 25 PRLSD.

<sup>73</sup> BARATA, J., *The Digital Services Act and the Reproduction of Old Confusions: Obligations, Liabilities and Safeguards in Content Moderation* ([www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de) consultado el 8.3.2021).

- CASTELLÓ PASTOR, J. J., “Exoneración de responsabilidad de los prestadores de servicios de la información en la sección 230 de la *Communications Decency Act* estadounidense”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 39 (2015).
- *Id.*, *Motores de búsqueda y derechos de autor: infracción y responsabilidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
  - *Id.*, “Detección y retirada de contenidos que vulneren derechos de autor en la red: necesidad de un código de buenas prácticas”, *Actas de Derecho Industrial*, núm. 37 (2016-2017).
  - *Id.*, “El ranquin de los resultados ofrecidos por buscadores, asistentes digitales y altavoces inteligentes: un problema no resuelto”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, tomo 40 (2019-2020).
  - *Id.*, “Disponibilidad de productos y servicios en línea en el mercado único digital”, en CASTELLÓ PASTOR, J. J., GUERRERO PÉREZ, A., MARTÍNEZ PÉREZ, M. (dirs.): *Derecho de la contratación electrónica y comercio electrónico en la Unión Europea y en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
  - *Id.*, “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 CASTELLÓ PASTOR, J. J. (dir.): *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi Thomson Reuters, 2021.
- DE MIGUEL ASENSIO, P., *Derecho Privado de Internet*, 5.ª ed., Civitas, Cizur Menor-Navarra, 2015.
- *Id.*, “Servicios y mercados digitales: modernización del régimen de responsabilidad y nuevas obligaciones de intermediarios”, *La Ley Unión Europea*, núm. 88 (2021).
- DE STREEL, A. y HUSOVEC, M. “The e-commerce Directive as the cornerstone of the Internal Market”, *Study for the committee on Internal Market and Consumer Protection*, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament, Luxembourg (2020).
- FROSIO, G., “Algorithmic Enforcement Online”, en TORREMANS, P. (ed.), *Intellectual Property and Human Rights*, 4.ª ed., Kluwer Law Int’l, 2020.
- HOBOKEN, J., QUINTAIS, J. P., POORT, J., VAN EIJK, N., *Hosting intermediary services and illegal content online – an analysis of the scope of Article 14 E-Commerce Directive in light of developments in the Online service landscape*, 2018.
- LAPIEDRA ALCAMÍ, R., “Hacia la transparencia y la equidad en el ranking de resultados a la luz del Reglamento 2019/1150”, en CASTELLÓ PASTOR, J. J. (dir.): *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi Thomson Reuters, 2021.
- LLOPIS NADAL, P., “Protección de los usuarios profesionales en el mercado interior en línea: la legitimación para ejercer acciones colectivas reconocida por el Reglamento 2019/1150”, en CASTELLÓ PASTOR, J. J. (dir.): *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi Thomson Reuters, 2021.

- NORDEMANN, J.B., “Liability of Online Service Providers for Copyrighted Content – Regulatory Action Needed?”, *Study commissioned by European Parliament, Policy Department A: Economic and Scientific Policy* (2017).
- PEGUERA POCH, M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Comares, Granada, 2007.
- REIG FABADO, I., “La adaptación del derecho de competencia europeo a la era digital: algunos aspectos de la propuesta legislativa para las grandes plataformas digitales”, en CASTELLÓ PASTOR, J. J. (dir.): *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi Thomson Reuters, 2021.
- SCHMON, C. y GULLO, K., “European Commission’s Proposed Digital Services Act got several things right, but improvements are necessary to put users in control”.
- SCHWEMER, S., “Trusted notifiers and the privatization of online enforcement”, *Computer Law & Security Review*, vol. 35, núm. 6 (2019).
- SPOERRI, T., “On Upload-Filters and other Competitive Advantages for Big Tech Companies under Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market”, *JIPITEC*, vol. 10, núm. 2, 2019.
- ZITTRAIN, J., “A History of Online Gatekeeping”, *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 19, núm. 2 (2006).