

LA PROHIBICIÓN DE LA CENSURA EN LA ERA DIGITAL*

MARÍA JESÚS GARCÍA MORALES
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO

- I. Introducción: nuevas tecnologías y, de nuevo, el espectro de la censura.
- II. La recepción de la prohibición de censura en la Constitución: el origen histórico y el contexto europeo.
- III. El concepto de censura en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: ¿qué es censura?
- IV. El control de contenidos en internet, los remedios jurídicos y la prohibición de censura.
- V. La prohibición de censura ¿nos protege en la era digital?
- VI. Y por último: el futuro de la prohibición de censura, redefinir el concepto constitucional de censura.

I. INTRODUCCIÓN: NUEVAS TECNOLOGÍAS Y, DE NUEVO, EL ESPECTRO DE LA CENSURA

Hace más de una década, el Profesor Wolfgang Hoffmann-Riem, una de las voces más autorizadas del Derecho Público alemán, y a la sazón Magistrado del Tribunal Constitucional Federal, escribió: «Por supuesto, se debe proteger a los usuarios, cuando los particulares filtran contenidos sin permiso en internet. Si el Estado hiciera esto, se llamaría censura. La lucha histórica por la libertad de información fue principalmente la lucha contra la censura del Estado y de la Iglesia. Hoy hay otros censores, otros guardianes, los prestadores de internet»¹. Con estas premonitorias líneas, el jurista germano

* Este artículo se enmarca en el Proyecto de investigación del Plan Nacional I+D+i financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación: «Las libertades informativas en el contexto de la web 2.0 y las redes sociales: redefinición, garantías y límites» (DER 2009-14519-C05-01).

¹ HOFFMANN-RIEM, W., «Wider die Geistespolizei», *Zeit Online*, 2001, en http://www.zeit.de/2001/50/200150_essay.h-riem.xml.

adelantaba algunos de los nuevos peligros que amenazan la libertad de expresión y de información, así como el reto de redefinir la prohibición constitucional de censura en la era digital.

Pocas palabras contienen las connotaciones del término censura, ni verbalizan mejor una grave violación de aquellas libertades. Pero, más allá de ello, la prohibición de censura, como categoría jurídica que proscriben los textos constitucionales, no constituye cualquier injerencia en dichas libertades, sino una intromisión cualificada con unas características específicas acuñadas durante siglos principalmente por la doctrina iuspublicista.

La prohibición constitucional de censura surge en el siglo XVIII para luchar contra el absolutismo, pero ha irrumpido de nuevo en el debate jurídico con la revolución digital. ¿Por qué el Derecho Público de los albores del siglo XXI vuelve sobre la censura? El interés, la actualidad y la proyección futura de este tema no han hecho más que empezar. En internet, en nombre de la lucha contra la pornografía infantil o, de forma creciente, en aras de la propiedad intelectual, se están impulsando medidas normativas extraordinariamente controvertidas en democracias consolidadas que han hecho resurgir el viejo fantasma de la censura. Hablar de censura en internet no es, pues, hablar de sofisticados sistemas de control en dictaduras reconocidas, sino de nuevas y polémicas modalidades de control de contenidos en sistemas democráticos de nuestro entorno.

El cierre de una página web —que prevé por primera vez la Ley de Servicios de la Sociedad de la información y, más tarde, la llamada Ley Sinde en caso de descargas ilegales—, las eventuales obligaciones de supervisión de contenidos ajenos a cargo del prestador de internet para no incurrir en responsabilidad —cuya presunta capacidad censora se ha denunciado ante el Tribunal Supremo—, e, íntimamente ligado a ello, la instalación de sistemas de filtrado y bloqueo de contenidos —recientemente tratada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea—, constituyen tres graves restricciones a las libertades de expresión y de información, cuya compatibilidad con la prohibición de censura resulta discutida.

La Constitución española de 1978 recoge la prohibición de censura en su artículo 20.2 CE. Pero, ¿puede una figura que surge en el siglo XVIII hacer frente a las amenazas que plantean las nuevas tecnologías? La prohibición constitucional de censura ¿se ha convertido en una reliquia jurídica?, o, por el contrario, ¿es todavía una garantía normativa útil para salvaguardar un proceso de comunicación libre y abierto en la era digital?

El debate jurídico sobre cuál puede ser la operatividad de la prohibición constitucional de censura ante los avances tecnológicos se ha abierto con fuerza en países de nuestro entorno. Por el contrario, en España, tanto esta candente cuestión, como el propio artículo 20.2 CE, han atraído escasamente el interés de la doctrina hasta el momento.

El objeto de este trabajo es examinar si la prohibición de censura sobrevive con su actual configuración jurídica en la Red. Para ello, en estas páginas, se van a abordar los siguientes extremos. Primero, ¿por qué la prohibición de censura llega a la Constitución de 1978? Segundo, ¿qué es censura desde el punto de vista técnico-jurídico? Tercero, las medidas de control en la Red, ¿son nuevas formas de censura prohibidas constitucionalmente? Cuarto, la interdicción de censura ¿nos protege en un contexto

tecnológico radicalmente distinto de aquel en el que surgió? Y, por último, ¿cuál es el futuro de esta prohibición?, ¿es necesario (y posible) redefinir el concepto de censura en la era digital?

II. LA RECEPCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE CENSURA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: EL ORIGEN HISTÓRICO Y EL CONTEXTO EUROPEO

«El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa». Con esta rotundidad recoge el artículo 20.2 CE la prohibición de censura, al regular los derechos que garantizan un proceso de comunicación libre.

Este precepto aparece en el texto de la futura Constitución de 1978 desde el principio de su tramitación parlamentaria. A través de su «recorrido» a largo del proceso constituyente, poco sabemos sobre los motivos que llevaron a la inserción de este artículo, pues apenas constan referencias y discusión en torno al mismo. Esa ausencia de debate puede indicar el enorme grado de asentimiento que generaba el precepto. En cualquier caso, sí queda claro que el constituyente quiso incluir de forma explícita la prohibición de censura previa como garantía de los derechos del artículo 20 CE, pues se planteó su supresión durante la tramitación, con el argumento de que resultaba superfluo y una obviedad, pero esta opción se desechó *ab initio* expresamente².

La vigente Constitución española no incluyó en este punto ninguna novedad. La prohibición constitucional de censura apareció en el constitucionalismo liberal. En la historia se encuentran los motivos de su constitucionalización y las claves de su interpretación jurídica dominantes —todavía hoy— en nuestro sistema y en buena parte de los países de nuestro entorno.

La interdicción de censura surge para abolir la actividad censora que durante siglos había constituido un acreditado medio de dominación y manipulación en manos del Estado y de la Iglesia. La invención de la imprenta en el siglo XV y su desarrollo supusieron una difusión masiva de ideas sin parangón en la historia de la humanidad y, con ello, la aparición de un aparato de control ideológico por parte del poder político que sometió los impresos a examen antes de su publicación: nacía la censura previa. La lucha por su abolición se convirtió, así, en el estandarte de la lucha por la libertad de imprenta y de expresión³.

2 La prohibición de censura previa se contempló ya en el Anteproyecto de Constitución española, de 5 de enero de 1978 [Artículo 20: 1. Se reconoce el derecho a expresar y defender ideas y opiniones, usando libremente la palabra, el escrito y la imagen sin censura previa]. Durante la tramitación parlamentaria, se propuso la supresión del inciso «sin censura previa», por resultar «obvio que la libertad de expresión es contraria a la censura» (Enmienda de D. Antonio Carro Martínez). El Informe de la Ponencia mantuvo dicha prohibición como apartado 2 del futuro artículo 20 y así permaneció hasta la aprobación final, *vid. Constitución española. Trabajos Parlamentarios*, vol. I, pp. 10, 123, 518.

3 Al respecto, imprescindible el Discurso de John MILTON, dirigido al Parlamento de Inglaterra, en favor de la libertad de imprenta sin licencia, de 1644, en MILTON, J., *Areopagítica*, Tecnos, Madrid, 2011.

La Ley de Prensa sueca de 1776 suele ser considerada como la primera —y más antigua— norma que suprimía de forma expresa la censura⁴. Poco después, en Francia, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 proclamó la libertad de expresión como «una directa reacción contra la censura»⁵, pero sin recoger la interdicción de la misma, cosa que sí hizo la Constitución de 1791⁶. A partir de ese momento, la mayor parte de los países europeos continentales previeron la prohibición de censura en sus textos constitucionales.

En la historia española, la interdicción de censura aparece hace más de 200 años: en la Constitución de 1812 se reconoció que «todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia o aprobación alguna anterior a la publicación» (art. 371). La libertad de imprenta fue un tema prioritario en Cádiz. La Constitución gaditana recogía en este punto el tenor del Decreto IX, de libertad política de la imprenta, sancionado solemnemente por los diputados, el 10 de noviembre de 1810. A través del mismo se producía un cambio jurídico histórico —que ha llegado a nuestros días—, pues se abolía un sistema de control de contenidos gubernativo previo y se daba paso a un control represivo judicial en el que solo se podía exigir responsabilidad a su autor una vez difundido el impreso y como consecuencia de la comisión de un delito⁷.

Tras Cádiz, todas las Constituciones españolas del siglo XIX y la Constitución de la II República —que recogió el legado decimonónico en este punto— contemplaron sin excepción la prohibición de censura⁸.

En ese sentido, el artículo 20.2 CE se enmarca dentro de la tradición constitucional española que siempre ha optado por llevar a la carta magna la interdicción de censura. Sin embargo, ello no solo es probablemente un arrastre histórico del constitucionalismo liberal, sino también una clara reacción a la censura del Estado durante la dictadura franquista en la prensa escrita, la radiotelevisión y el cine⁹.

4 MANNINEN, J., «Anders Chydenius and the Origins of World's First Freedom of Information Act», en MUSTONEN, J. (Ed.), *The World's First Freedom of Information Act*, Anders Chydenius Foundation, Kokkola, 2006, pp. 49-52.

5 ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., *Orígenes de la libertad de expresión*, Universidad Carlos III, BOE, Madrid, 1994, p. 398.

6 «*La liberté à tout homme de parler, d'écrire, d'imprimer et publier ses pensées, sans que les écrits puissent être soumis à aucune censure ni inspection avant leur publication, {...}*» (Título I, 3^a).

7 Ese cambio operaba respecto a «ideas políticas», no religiosas, de ARGÜELLES, A., *Examen histórico de la reforma constitucional de España*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1999, p. 219. Asimismo, FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 124, 2004, p. 43; MIRA BENAVENT, J., *Los límites penales a la libertad de expresión en los comienzos del régimen constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 46-52.

8 Así, las Constituciones de 1837 (art. 2), 1845 (art. 2), 1856 (art. 3), 1869 (art. 22.3), 1876 (art. 13), y 1931 (art. 34.1). Sobre la recepción de la tradición decimonónica en este punto en la Constitución de la II República, PÉREZ SERRRANO, N., *La Constitución Española (9 diciembre 1931). Antecedentes, texto y comentarios*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, pp. 157-158. Sobre la libertad de prensa y la prohibición de censura en nuestra historia constitucional, GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E., *Aproximación al derecho a la imprenta y de la prensa en España*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977.

9 Sobre este punto, GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E., *Aproximación al derecho a la imprenta y de la prensa en España*, op. cit., pp. 190 ss. Específicamente, sobre la censura en el cine, GONZÁLEZ BALLESTEROS, T., *Aspectos jurídicos de la censura cinematográfica en España con especial referencia al periodo 1939-1977*, Universidad

En efecto, la prohibición de censura surge en el constitucionalismo liberal y se afianza como uno de los contenidos difícilmente renunciables en las Constituciones europeas de posguerra y de los años setenta en el siglo XX. Y es que las flagrantes lesiones a la libertad expresión y de información durante la I y la II Guerra Mundial, y bajo los regímenes dictatoriales, han sido decisivas para la supervivencia de la prohibición de censura en la mayoría de los textos constitucionales europeos, convertida, así, en un icono atemporal de dichas libertades.

La interdicción de censura aparece expresamente en dos de los textos que más influyeron en el constituyente español en materia de derechos fundamentales, la Ley Fundamental de Bonn (1949) y la Constitución italiana (1947)¹⁰. No obstante, el artículo 20.2 CE presenta las mayores concomitancias con su equivalente en la Constitución portuguesa (1976)¹¹.

El recurso al Derecho Comparado constata que, en la actualidad, la gran mayoría de los países europeos —pese a tener tradiciones constitucionales muy diversas— han recogido explícitamente la prohibición de censura en sus textos constitucionales¹². En todo caso, la interdicción de censura constituye una cláusula recurrente en todos aquellos países cuya historia constitucional se inicia en el periodo liberal. No obstante, hay sistemas, como Suiza, de constitucionalismo clásico, donde dicha interdicción se inserta en la Constitución en su revisión total de 1999, lo cual revela que los procesos de reforma más próximos temporalmente han optado, ya no solo por conservar la prohibición de censura, sino, incluso, por incorporarla por primera vez en textos que han iniciado su vigencia en el siglo XXI¹³.

Debe destacarse que la preferencia de las tradiciones constitucionales internas por constitucionalizar la prohibición de censura contrasta, sin embargo, con la ausencia de mención a la misma en el plano supranacional: ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, ni la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, contienen referencia alguna al respecto¹⁴. Ninguno de los dos textos prevén la interdicción de censura de forma expresa, sino a lo sumo, indirectamente, dentro de la prohibición de «injerencia de autoridades públicas» (art. 10 CEDH y art. 11.1 Carta). El concepto de censura es un concepto constitucional interno, que el Tribunal de Estrasburgo —cuyos

Complutense de Madrid, Madrid, 1981; GUBERN, R., *La censura, función política y orden jurídico bajo el franquismo*, Ed. Península, Madrid, 1981.

10 La Ley Fundamental de Bonn: «*Eine Zensur findet nicht statt*» (art. 5.1); la Constitución italiana: «*La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure*» (art. 21.2).

11 La Constitución portuguesa: «*O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura*» (art. 37.2).

12 En concreto, todas las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea, salvo Francia y Gran Bretaña (sin un texto al estilo continental), pero dos países de consolidada tradición constitucional, prevén expresamente la prohibición de censura. En el seno de la Unión, las Constituciones de Irlanda, Malta, Chipre y Hungría tampoco contemplan de forma expresa dicha interdicción.

13 Tras la II Guerra Mundial, crecieron las voces a favor de llevar la prohibición de censura a la Constitución, lo que finalmente sucedió en la reforma de 1999 (en vigor desde el 1 de enero de 2000), *vid.* KRÜSI, M., *Das Zensurverbot nach Art. 17 Abs. 2 der Schweizerischen Verfassung*, Schultess, Zürich, Basel, Genf, 2011, pp. 43-47.

14 Más allá del ámbito europeo, en el seno de Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 19) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19), tampoco reconocen de forma expresa la prohibición de censura.

criterios hermenéuticos sobre el artículo 10 CEDH han sido aplicados en varias ocasiones por el Tribunal de la Unión— examina como restricción preventiva (*prior restraints*) de la libertad de expresión y de opinión.

Dichas medidas merecen un examen especialmente escrupuloso por parte del alto Tribunal europeo, pues la información es precedera e impedir su difusión —incluso temporalmente— priva a la noticia de actualidad e, incluso, de todo su interés¹⁵. Habitualmente, el Tribunal de Estrasburgo se ha pronunciado sobre restricciones preventivas, tales como el secuestro de publicaciones y medidas similares para preservar la protección del honor, la intimidad, la moral, los secretos oficiales o el orden público. En esos supuestos, el reproche de censura se ha efectuado respecto a un acto de aplicación interno. Excepcionalmente, la tacha de censura se ha realizado directamente sobre leyes nacionales. Un supuesto polémico ha sido la tipificación de la negación del holocausto como delito en el código penal francés denunciado ante la jurisdicción europea como «un mecanismo de censura que limitaba de forma abusiva las libertades de opinión y de expresión». El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha entrado a valorar si la medida legal interna era censura, sino que se ha enjuiciado la conformidad en este supuesto de la actuación de los órganos jurisdiccionales franceses con el Convenio¹⁶. Notable interés presentan dos asuntos pendientes donde el Tribunal de Estrasburgo deberá pronunciarse sobre si bloquear (e impedir) el acceso a determinadas páginas web por las autoridades turcas constituye una forma de censura y una violación del artículo 10 CEDH¹⁷.

III. EL CONCEPTO DE CENSURA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ¿QUÉ ES CENSURA?

El artículo 20.2 CE es conciso, rotundo y aparentemente claro, pero no define qué es censura. De este modo, la labor de interpretación y concreción de dicho concepto se ha trasladado a la doctrina y a la jurisprudencia. En España, la prohibición de censura ha merecido poca atención doctrinal¹⁸. Por ello, la responsabilidad de definir el concepto técnico-jurídico de censura ha recaído casi en exclusiva sobre el Tribunal Constitucional.

15 Respecto al artículo 10 CEDH, además de los criterios habituales (previsión de la restricción en una ley, necesidad de la medida en una sociedad democrática, y proporcionalidad de la medida), el Tribunal ha reiterado sobre las medidas preventivas: «*the need to take particular care when examining restraints which might operate as a form of censorship prior to publication*», STEDH *Max Mosley v. the United Kingdom*, de 10 de mayo de 2011 [129.]. Imprescindible, TEDH *The Sunday Times v. the United Kingdom*, de 26 de noviembre de 1991 [51.]. Asimismo, STEDH *Éditions Plon v. France*, de 18 de mayo de 2004, [42.]; STEDH *RTBF v. Belgium*, de 29 de marzo de 2011 [114.].

16 Asunto *Garaudy c. France*, inadmitido el 24 de junio de 2003. El Tribunal de Estrasburgo declara que la negación de los crímenes contra la humanidad representa una de las formas más agudas de difamación de racial y, consiguientemente, declara la demanda incompatible con el Convenio. Asuntos *Yıldırım c. Turquie*, n.º 20877/10).

17 Asuntos *Yıldırım c. Turquie*, n.º 3111/10 y *Akdeniz c. Turquie*, n.º 20877/10.

18 Entre otros, *vid.* comentarios al artículo 20.2 CE en, FERNÁNDEZ MIRANDA, A., y GARCÍA SANZ, R. M., «Artículo 20», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Edesa, Madrid, 1997, pp. 538-539; VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., «Art. 20.1ª) y d), 20.2 y 20.5», en CASAS BAAMONDE, M. E., y RODRIGUEZ-PIÑERO, M. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 496-498. Al hilo de un caso concreto, CARRILLO LÓPEZ, M., «El precintado y la incautación de emisoras en el anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley de Ordenación

1. Las sentencias clave y la evolución jurisprudencial

En el lenguaje común, se constata una inflación en el uso de la palabra censura. El término se ha usado tanto que un concepto técnico ha pasado a designar cualquier intromisión en las libertades de expresión y de información, hasta el punto de que «uno de los principales problemas a la hora de hablar del régimen de la censura previa en nuestro ordenamiento es, precisamente, su propia definición»¹⁹. El Tribunal Constitucional ha construido un concepto técnico-jurídico de censura, que nada tiene que ver con aquella acepción amplia de censura²⁰.

El Alto Tribunal ha tratado la prohibición de censura en una docena de sentencias, la mayoría de las cuales contienen breves referencias, casi de pasada, mientras que solo unas pocas han tenido por objeto principal abordar el artículo 20.2 CE. El Tribunal Constitucional ha delimitado tempranamente el concepto de censura en positivo, al definir sus elementos, y, en negativo, al deslindar dicha categoría de otras figuras.

El primer fallo llegó en 1983, apenas dos años después de la entrada en funcionamiento del Alto tribunal, y a raíz de un conflicto de competencias que interpuso el Gobierno del Estado contra un reglamento de la Generalitat de Cataluña, sobre el depósito administrativo previo a la difusión de impresos y publicaciones unitarias²¹. Por lo pronto, resulta curioso que el primer procedimiento donde el Tribunal Constitucional tuvo que pronunciarse —y de forma principal— sobre el artículo 20.2 CE fuera un conflicto de competencias llamado a delimitar justamente controversias entre el Estado y las CCAA de tipo competencial. El Tribunal definió en la STC 52/1983 el concepto de censura como: «cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerla depender del previo examen oficial de su contenido». Además, añadió una cláusula de salvaguarda para incluir dentro de la prohibición cualquier tipo de censura, es decir: «todos los tipos imaginables de censura previa, aun los más débiles y sutiles, que [...] tengan por efecto no ya el impedimento o prohibición, sino la simple restricción de los derechos de su artículo 20.1» [FJ 4].

de las Telecomunicaciones: ¿una nueva forma de censura previa?», *Jueces para la democracia*, núm. 13, 1991, pp. 13-16. Un extenso y sugerente trabajo también en VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., «Censura, secuestro y medidas cautelares en materia de libertad de información y expresión», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 4, 2001, pp. 1951-1986.

19 Así, URÍAS, J., *Lecciones de Derecho de la información*, Tecnos, Madrid, 2.ª ed., 2009, p. 281. También, PANTALEÓN PRIETO, F., «La Constitución, el honor y el espectro de la censura», *Derecho privado y Constitución*, núm. 10, 1996, p. 215. Sobre esa inflación del término allende nuestras fronteras, MBONGO, P., «La banalisation du concept de "censure"», *Pouvoirs*, núm. 3, 2009, pp. 17-30.

20 El propio Tribunal Constitucional se distancia de ese uso: «al margen de otras acepciones de la palabra» (SSTC 176/1995 [FJ 6], 187/1999 [FJ 5]); «[el veto constitucional a la censura], ... no se extiende a todos los posibles supuestos de medidas restrictivas de tales libertades» (STC 187/1999 [FJ 5]).

21 El Decreto catalán 11/1982, de 13 de enero, disponía en artículo único que el depósito debería realizarse ante el Departamento de Cultura y Medios de la Generalitat y sus servicios territoriales, a fin de adecuar esta obligación —prevista en la Ley 11/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta (art. 12)— a la nueva distribución de competencias en el Estado autonómico. La figura del depósito previo estaba ligada a la atribución de responsabilidad penal y a la adopción de medidas previas por la autoridad gubernativa en la Ley de Prensa e Imprenta (art. 64), pues, a través del mismo, la Administración, si tenía conocimiento de un hecho delictivo, podía ordenar el secuestro con carácter previo a las medidas judiciales, sin perjuicio de la denuncia a la autoridad competente, y al Ministerio Fiscal.

Poco después, la STC 13/1985 acotaba más el concepto técnico de censura que el Tribunal había defendido dos años antes. El Alto Tribunal resolvía un recurso de amparo contra las resoluciones jurisdiccionales que habían prohibido a un periodista la obtención de imágenes gráficas del inmueble donde había perecido una persona antes de decretarse el secreto de sumario. El Tribunal Constitucional reiteró el concepto de censura enunciado en la STC 53/82 y precisó que el «previo examen oficial», al que aludía en aquella: «implicaba enjuiciar la obra en cuestión con arreglo a unos valores abstractos y restrictivos de la libertad, de manera tal que se otorgue el “placet” a la publicación de la obra que se acomode a ellos a juicio del censor y se le niegue en el caso contrario» [FJ 1]. El Tribunal Constitucional aclaraba, así, que el examen previo se producía dentro de un procedimiento de control de contenidos que finalizaba con la autorización (o no) para hacer una obra accesible al público.

Una vez definido qué es censura en sentido técnico-jurídico, el Tribunal Constitucional se ha centrado, sobre todo en los años noventa, en delimitar negativamente el concepto de censura, esto es, en deslindar esta categoría de otras figuras que no pueden identificarse con el concepto de censura vedado constitucionalmente. El Tribunal Constitucional ha considerado que no es censura previa la prohibición por parte del servicio público de correos de denegar su acceso para la distribución de revistas pornográficas²². Tampoco ha reputado como censura la llamada censura interna de la empresa periodística respecto a la que el periodista puede invocar la cláusula de conciencia²³, la actividad privada de autorregulación de los medios²⁴, la presión de los ciudadanos o grupos de ellos para evitar la publicación de un contenido²⁵, ni el derecho de veto de los directores de un medio de comunicación —previsto en la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta—, cuya constitucionalidad se ha confirmado en repetidas ocasiones²⁶.

Más allá de esos casos, la sentencia que abordó, de nuevo —y también de forma principal—, la prohibición de la censura fue la STC 187/1999, donde el Tribunal resolvía un recurso de amparo contra las resoluciones recaídas en el procedimiento incidental donde se dilucidó el ejercicio de la potestad conferida al Juez de Instrucción por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, para la Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona²⁷. El Alto Tribunal encaraba la licitud constitucional de medidas cautelares adoptadas consistentes en la prohibición judicial de emitir un programa de televisión («La Máquina de la Verdad», en Tele 5), así como los requerimientos jurisdiccionales para que el medio remitiera las grabaciones del programa y las cuñas publicitarias del mismo, donde aparecía la niñera de una conocida pareja de personajes públicos relatando episodios lesivos para el honor y la intimidad de la familia.

22 STC 52/1995 [FJ 2].

23 STC 199/1999 [FJ 3].

24 SSTC 176/1995 [FJ 6], 187/1999 [FJ 5].

25 SSTC 176/1995 [FJ 6], 187/1999 [FJ 5].

26 SSTC 171/1990 [FJ 5], 172/1990 [FJ 5], 187/1999 [FJ 5], 161/2004 [FJ 4].

27 Dicha ley preveía: «Los Jueces, al iniciar el procedimiento, podrán acordar, según los casos, el secuestro de la publicación o la prohibición de difundir o proyectar el medio a través del cual se produjo la actividad delictiva» (art. 3). El precepto resultó derogado por la Ley 38/2002, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde el vigente artículo 823bis reproduce idéntico tenor.

El Tribunal Constitucional negó que el secuestro judicial previsto en el artículo 20.5 CE fuera censura y sobre todo admitió que los órganos jurisdiccionales podían adoptar medidas cautelares, esto es, restricciones preventivas, al margen del secuestro judicial, en determinados supuestos (específicamente, si lo preveía la ley y para la salvaguarda de otros derechos en liza). Desde el punto de vista de la censura, esta sentencia presenta dos aspectos novedosos. Por un lado, la prohibición se configuraba como una garantía frente al legislador, para evitar que al amparo de las reservas de ley en materia de derechos fundamentales «pudiera tener la tentación de someter su ejercicio y disfrute a cualesquiera autorizaciones» [FJ 5 párrafo 3]. En segundo lugar, se identificaba la finalidad de la interdicción de cualquier medida previa para «prevenir que el poder público pierda su debida neutralidad respecto del proceso de comunicación pública libre garantizado constitucionalmente» [FJ 5 párrafo 4].

En los últimos tiempos, el corpus doctrinal creado por el Tribunal Constitucional sobre la prohibición de censura durante los años ochenta y noventa se ha convertido en reiterada y constante jurisprudencia. Esa doctrina se ha recogido sin novedades significativas en los pronunciamientos más recientes, donde ninguna sentencia ha vuelto a abordar la interdicción de censura previa de forma principal²⁸. En 2007, el Tribunal Constitucional tuvo la ocasión de encarar el tema, pero éste finalmente no fue abordado en términos de censura. En la cuestión de inconstitucionalidad sobre el precepto del código penal que tipificada como delito la negación del holocausto, el órgano judicial proponente esgrimió justamente la «presunta vulneración del artículo 20.2 CE»²⁹. Como se vio, la tipificación penal de la negación del holocausto se ha cuestionado también ante el Tribunal de Estrasburgo como una forma de censura previa. Sin embargo, a diferencia de éste, el Tribunal Constitucional ha tenido que pronunciarse expresamente sobre la constitucionalidad del tipo penal interno. La STC 235/2007 declaró la inconstitucionalidad del precepto, pero no entró a examinar si la medida era un supuesto de censura previa, sino que fundamentó su argumentación en la falta de legitimidad de una finalidad meramente preventiva que: «no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades» [FJ 8].

En estos treinta años, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la prohibición de censura, no ha sido numerosa, ni reciente, y, además, la gran mayoría de los pronunciamientos son negativos, pues se han desestimado siempre los presuntos supuestos de censura, salvo en una ocasión (en la primera sentencia sobre censura, la STC 52/1983, sobre el depósito administrativo previo de publicaciones). En la mayor parte de las demandas, la tacha de censura se ha dirigido contra resoluciones judiciales en supuestos de colisiones entre la libertad de expresión y de información con los derechos de la

28 En la STC 161/2005, sobre la potestad de revisión de los contenidos de una revista por el Rector de la Universidad de Segovia, se recuerda, conforme a reiterada jurisprudencia, que el derecho de veto del director de un periódico no constituye censura [FJ4]. La STC 51/2008, donde se examinaba el contenido presuntamente injurioso del libro «El Jardín de Villa Valeria», es la primera vez en la que el Tribunal refiere, de pasada, la prohibición de censura a la libertad de creación artística [FJ 5]. Por su parte, la STC 34/2010, con relación a la suspensión de un programa de televisión que debía emitir Antena 3 sobre la vida de un menor, recuerda de nuevo la jurisprudencia constitucional, según la cual las medidas cautelares ordenadas por un órgano jurisdiccional no pueden identificarse con la censura proscrita por la Constitución [FJ 4].

29 STC 235/2007 [Cfr. Antecedente 4].

personalidad, la protección del menor, así como la dignidad humana. Tales colisiones se han planteado en prensa, publicaciones escritas, o medios audiovisuales clásicos (en particular, la televisión generalista), pero todavía no en internet. Raramente, el Tribunal ha enjuiciado si constituyen o no censura actos administrativos³⁰, ni la regulación en reglamentos o leyes³¹.

2. Las modalidades de censura

El Tribunal Constitucional ha reconocido dos modalidades de censura: por un lado, el concepto clásico de censura que el Tribunal ha venido a identificar en sus sentencias como «la verdadera censura previa»; y, por otro lado, cualquier modalidad de censura previa donde el Tribunal permite subsumir «todos los tipos imaginables de censura previa»³².

2.1 El concepto clásico: «la verdadera censura previa»

La definición más clara del concepto de censura se halla en la STC 187/1999. El Tribunal Constitucional precisa que la censura proscrita constitucionalmente alude a: «cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu que consista en el sometimiento a un previo examen por un poder público del contenido de la misma cuya finalidad sea la de enjuiciar la obra en cuestión con arreglo a unos valores abstractos y restrictivos de la libertad, de manera tal que se otorgue el “placet” a la publicación de la obra que se acomode a ellos a juicio del censor y se le niegue en caso contrario» [FJ 5].

Dicho concepto no constituye una aportación original. El Tribunal Constitucional recoge una definición de censura históricamente acuñada en la misma línea que otras jurisdicciones constitucionales de su entorno. El concepto de censura sustentado por nuestro Alto Tribunal no difiere demasiado de la definición mantenida por la Corte Constitucional italiana y, sobre todo, por el Tribunal Constitucional Federal alemán en los años setenta.

30 En la STC 52/1995, se interpuso demanda contra la sentencia del Tribunal Supremo que declaró conforme a Derecho la denegación del servicio de correos para enviar revistas pornográficas, pero la denunciada violación del artículo 20.2 CE se imputaba en realidad a los actos administrativos recurridos en vía administrativa.

31 Sólo en un par de supuestos el objeto de la impugnación han sido normas: el Decreto catalán 11/1982, de 13 de enero, que reguló el depósito administrativo previo de publicaciones (único supuesto que se ha estimado por el Alto Tribunal como censura proscrita constitucionalmente) y, una ley orgánica, el código penal con relación a la negación de delito de genocidio introducido en la reforma de 1995 (único caso donde el objeto de impugnación ha sido directamente una ley por contravención del artículo 20.2 CE, si bien el Tribunal no entró en esta cuestión). Otras normas, como Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta respecto al derecho de veto de los directores, o la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional del los Derechos Fundamentales, respecto a las medidas cautelares, se han abordado indirectamente en el seno de recursos de amparo.

32 Dicha dualidad se encuentra desde la primera sentencia sobre la prohibición constitucional de censura, la STC 52/1983, [FJ 5 párrafo 3], e igualmente, SSTC 176/1995 [FJ 6], 187/1999 [FJ 5].

En realidad, la STC 187/1999 compacta la definición de censura que el Tribunal Constitucional dio por primera vez en la STC 52/1983 con las acotaciones posteriores sobre el concepto de examen oficial sentadas en la STC 13/1985. Llama poderosamente la atención la similitud —casi identidad textual— de esa definición con el concepto de censura sustentado por el Tribunal Constitucional Federal alemán en su primera sentencia clave sobre la prohibición de censura en 1972, lo que permite pensar que posiblemente nuestro Tribunal importó dicho concepto de la jurisprudencia germana³³.

Este concepto clásico de censura se ha construido sobre tres elementos: un parámetro temporal (la censura previa), una determinada forma de control (la censura formal) y una determinada calidad del sujeto censor (la censura pública).

a) LA CENSURA PREVIA, EN TODO CASO

En primer lugar, el concepto de censura se basa en un determinado momento de la intervención sobre la libre transmisión de pensamientos ideas: la censura vedada por la Constitución es expresamente la censura previa. Todas las sentencias del Tribunal Constitucional destacan esa dimensión temporal, al referirse a la censura como: el «previo examen oficial» (STC 52/1983 [FJ 4]), tras el cual «se otorgue el “placet” a la publicación de la obra» (STC 13/1985 [FJ 1]), o bien la «intervención preventiva de los poderes públicos para prohibir o modular la publicación o emisión de mensajes escritos o audiovisuales» (SSTC 176/1995 [FJ 6], 187/1999 [FJ 5]).

Esta construcción jurisprudencial de la censura como una actividad de control *ex ante* responde a una inercia histórica. La censura previa aparece ligada a la invención de la imprenta. Con la aparición de la misma, la actividad de control previa, se convirtió en el medio más fácil y efectivo de supervisión de contenidos y de manipulación de la opinión pública. El propio Tribunal Constitucional ha recordado la vinculación entre la censura previa, la invención de la imprenta y la reacción del constitucionalismo liberal, con mención expresa a la Constitución de Cádiz, que por primera vez prohibió, como ya se ha visto, el control de escritos e impresos antes de la publicación³⁴.

33 En la STC 52/1983, el Tribunal Constitucional se refiere a la censura como: «cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerla depender del previo examen oficial de su contenido» [FJ 4]. Puede cotejarse el grado de similitud con la definición de censura del Tribunal Constitucional Federal en 1972: «*Als Vor— oder Präventivzensur werden einschränkende Maßnahmen vor der Herstellung oder Verbreitung eines Geisteswerkes, insbesondere das Abhängigmachen von behördlicher Vorprüfung und Genehmigung seines Inhalts (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) bezeichnet*», BVerfGE 33, 53 (*Der lachende Mann*). La única diferencia entre ambos pronunciamientos radica en que el tribunal alemán exige examen oficial del contenido y, además, prohibición de difusión con reserva de autorización (*Verbot mit Erlaubnisvorbehalt*), extremos que recoge en la STC 13/1985, cuando añade el requisito del *placet* «a la publicación de la obra que se acomode a ellos a juicio del censor y se le niegue en el caso contrario» [FJ 1]. Por su parte la Corte Constitucional italiana sustenta una definición de censura clásica en términos similares: «*la censura quale istituto tipico del diritto pubblico, secondo cui gli organi dello Stato, e soltanto essi, esercitano autoritativamente un controllo preventivo sulla stampa, adottato con provvedimento contenente un giudizio sulla manifestazione del pensiero rimesso alla pubblica amministrazione*» (Corte Cost. 159/1970, 93/1972).

34 SSTC 176/1985 [FJ 6], 187/1999 [FJ 5]: «Por ello, se veda cualquier interferencia y como principal, en este ámbito, la censura previa (artículo 20.2), que históricamente aparece apenas inventada la imprenta, en los albores del siglo XVI y se extiende por toda Europa. En España, inicia esta andadura de libertad vigilada

b) LA CENSURA FORMAL, EN PRINCIPIO

El Tribunal Constitucional asocia también la «verdadera censura previa» con una determinada forma de control. No toda supervisión de contenidos es censura a los efectos del artículo 20.2 CE. El Alto Tribunal, en consonancia con la jurisprudencia alemana, entiende como censura todos aquellos controles que limitan, tanto la elaboración, como la difusión de una obra del espíritu, «especialmente al hacerla depender del previo examen oficial de su contenido»³⁵. Poco después, el Tribunal Constitucional ha ligado ese examen oficial al otorgamiento del placet para la publicación, un requisito que el Tribunal sigue manteniendo ligado al concepto de censura previa en sus últimas sentencias³⁶.

El sometimiento de un contenido a un examen oficial con el resultado de autorización de la difusión del mismo, no es requisito *sine qua non* para apreciar censura. Dicho examen con placet constituye el prototipo de procedimiento censor, pero no es el único. Por ello, la censura vedada por el artículo 20.2 CE se identifica sobre todo con esa forma de control, pero sin descartar otros procedimientos censores (como afirma el alto tribunal con el matiz «especialmente»).

Sin embargo, a diferencia de su homólogo alemán, el Tribunal Constitucional no solo liga el concepto de censura clásico a un determinado procedimiento de control de contenidos, sino que también introduce criterios materiales, pues hace referencia al parámetro de decisión conforme al cual se examinan obras y productos de la libertad de expresión y de información en cualquiera de sus manifestaciones: la censura consistiría en un control de contenidos basado en valores incompatible con un Estado democrático y de Derecho. Los criterios censores han cambiado a lo largo de las épocas (parámetros religiosos, ideológicos o políticos), así que el alto tribunal opta por una formulación amplia que permita identificar la censura con un examen público basado en «unos valores abstractos y restrictivos de la libertad»³⁷.

c) LA CENSURA PÚBLICA, MÁS ALLÁ DE LA CENSURA GUBERNATIVA

La censura es una actividad de control de contenidos que debe ser practicada por un tercero. La autocensura individual llevada a cabo por el propio sujeto no es

la pragmática de los Reyes Católicos de 8 de julio de 1502, seguida por otras muchas a lo largo de tres siglos que se recogerán a principios del XIX en la Novísima Recopilación. Dentro de tal contexto histórico se explica que, poco después, la Constitución de 1812 proclamara la libertad “de escribir, imprimir y publicar... sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación”, (artículo 371), interdicción que reproducen cuantas la siguieron en ese siglo y en el actual e inspira el contenido de la nunca derogada Ley de policía de imprenta de 26 de julio de 1883».

³⁵ STC 52/1983, [FJ 4]. Nótese la similitud con la definición de censura del Tribunal Constitucional Federal en 1972, que incluye incluso el matiz «especialmente», como ya indicado: «*insbesondere das Abhängigmachen von behördlicher Vorprüfung und Genehmigung seines Inhalts (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) bezeichnet*», BVerfGE 33, 53 (*Der lachende Mann*).

³⁶ El requisito del placet aparece en la STC 13/1983 [FJ 1]. En ese mismo sentido, STC 34/2010 [FJ 4]. El Tribunal Constitucional Federal alemán, no exige placet desde 1990. En la BVerfGE 83, 130 (*Josephine Mutzenbacher*) se definió ya la censura como un examen preventivo en el marco de un procedimiento oficial sin el cual la obra no puede ser publicada, pero sin el resultado necesariamente de placet.

³⁷ STC 13/1985 [FJ 1].

censura en sentido jurídico-constitucional. La censura vedada por la Constitución es una medida externa, lo cual conduce a la siguiente pregunta: ¿quién debe ser el censor?

La Constitución nada dice sobre el destinatario de la prohibición de censura. El Tribunal Constitucional se ha referido a la censura llevada a cabo por poderes públicos. Sin embargo, no circunscribe dicha interdicción a la tradicional censura gubernativa³⁸. En efecto, históricamente, los censores fueron autoridades dependientes de la Administración con funciones de policía de las buenas costumbres y de la moral pública. Pero, el Tribunal no solo sitúa al Gobierno y a la Administración como destinatarios de la prohibición constitucional de censura, pues ésta también puede alcanzar al resto de poderes públicos: el poder judicial y el legislador.

Los jueces y tribunales no son, en principio, censores, pero el Tribunal Constitucional no excluye que puedan serlo si actúan, *praeter legem* y al margen de la función jurisdiccional, con criterios de oportunidad y un *animus censor*³⁹. Asimismo, la prohibición de censura también se configura como límite para el legislador que no puede imponer «cualesquiera autorizaciones, sea cual fuere su tipo o su carácter» que lamen un proceso de comunicación⁴⁰.

Respecto a los controles llevados a cabo por privados, el Tribunal Constitucional ha rechazado que deban reputarse como censura determinados controles de contenidos ejercidos por particulares: así, la actividad privada de autorregulación de los propios medios para establecer corporativamente sus límites⁴¹, la presión de ciudadanos o grupos de ellos para impedir la difusión de un contenido⁴², y, singularmente, el derecho de veto del director y editor de un medio de comunicación con el argumento de que, al ser responsables de lo publicado, tienen también un derecho de limitar y controlar esa información⁴³.

38 STC 187/1999 [FJ 5]: «el rigor de la prohibición se dirige en principio con toda su intensidad a la tradicionalmente denominada censura «gubernativa»».

39 En el caso de que órgano juzgador acuerde limitaciones preventivas de aquellas libertades con «criterios de oportunidad, constitutivas —ésas sí— de «censura previa» en su más evidente manifestación» STC 187/1999 [FJ 5].

40 «La prohibición de todo tipo de censura previa, en el marco de la libertad de expresión no es sino garantía con el fin de limitar al legislador y evitar que, amparado en las reservas de ley del art. 53.1 y art. 81.1 CE, pudiera tener la tentación de someter su ejercicio y disfrute a cualesquiera autorizaciones, sea cual fuere su tipo o su carácter», de nuevo, la ya referenciada STC 187/1999 [FJ 5].

41 El Tribunal excluye la autorregulación, a la que se refiere como «autocensura» en SSTC 176/1995 [FJ 6], 187/1999 [FJ 5].

42 Como sucedió por parte de las asociaciones que impugnaron un cómic antisemita: «aunque consiga obtener el mismo resultado, puede llegar a ser una intromisión en un derecho ajeno, [...] pero no «censura», en el sentido que le da la Constitución», STC 176/1995 [FJ 6].

43 En la STC 171/1990, los recurrentes argumentaban que el derecho de veto de los directores de un medio —previsto en la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta (art. 37)— representaba «una censura solapada», pues, aquellos al ser responsables de lo publicado, se les otorgaba también un derecho a limitar y censurar la información a publicar. De nuevo, en la STC 176/1995 se volvió a descartar que el derecho de veto del director de un medio sea censura en sentido constitucional y se sancionó el régimen de responsabilidad del director y editor de forma categórica: «cuya constitucionalidad nunca hemos puesto en entredicho» [FJ 2].

2.2 *Las medidas equiparables: «todos los tipos imaginables de censura previa»*

El concepto clásico de censura previa se representa en el imaginario colectivo como la oficina de un censor que controla contenidos y, sin el *nihil obstat* del cual, no puede procederse a su publicación. Sin embargo, esa caracterización de la censura no solo resultaría imposible de apreciar en un Estado democrático de Derecho, sino que ha quedado claramente sobrepasada por los avances tecnológicos.

El Tribunal Constitucional se ha preocupado desde su primer fallo por no acotar la censura previa a su concepción primigenia, al declarar que la prohibición de censura incluye también: «todos los tipos imaginables de censura previa, aun los más débiles y sutiles»⁴⁴. Dicha ampliación resulta remarcable, pues la jurisprudencia española ha reconocido *ab initio* que la prohibición de censura va más allá del concepto clásico, a diferencia de otros Tribunales Constitucionales, donde la ampliación del concepto de censura a otras formas equiparables no ha sucedido desde el primer fallo, sino con bastante posterioridad⁴⁵.

El Tribunal Constitucional recurre a la interpretación gramatical para justificar esa ampliación del concepto. El artículo 20.2 CE es categórico, al no admitir «ningún tipo de censura previa». Además, el Alto Tribunal también se basa en el método teleológico para sustentar dicha ampliación. Para el Tribunal, la *ratio* de la prohibición constitucional de censura es evitar la intervención del Estado en el proceso de comunicación pública, por más sutil que ésta sea. Justamente, la obsesión por la sutileza que puede revestir la actividad censora lleva a afirmar al Tribunal Constitucional que la prohibición de censura debe «extenderse a cuantas medidas pueda adoptar el poder público que no solo impidan o prohíban abiertamente la difusión de cierta opinión o información, sino cualquier otra que simplemente restrinja o pueda tener un indeseable efecto disuasor sobre el ejercicio de tales libertades» (STC 187/1999, [FJ 5]).

Sin duda, el esfuerzo del Tribunal Constitucional por extender el concepto de censura más allá de la definición tradicional es loable. Sin embargo, ¿cuándo realmente una medida es equiparable a la censura? El Derecho Comparado no ofrece demasiados criterios, ya que la mayoría de pronunciamientos son negativos y resultan claramente excepcionales los supuestos en los que se reconocen medidas equiparables a la censura⁴⁶. Por su parte, el único caso en que el Tribunal Constitucional ha apreciado que una medida era censura es la STC 52/1983, donde declaró inconstitucional el depósito administrativo

⁴⁴ STC 52/1983 [FJ 4].

⁴⁵ Así, el Tribunal Constitucional Federal alemán reconoció de forma expresa en los años noventa la existencia de medidas equiparables a la censura BVerfGE 87, 209 (*Tanz der Teufel*): «so kommt diese Maßnahme einer Zensur gleich und verstößt gegen Art. 5 Abs. 1 Satz 3 GG», si bien la existencia de supuestos equiparables a la censura proscrita constitucional ya se apuntada en el voto particular a cargo de los Magistrados Rupp-von Brünneck y Simon en la BVerfGE 33, 52 (*Der lachende Mann*), el primer gran fallo sobre el tema de 1972, que, como indicado, parece haber importado nuestro tribunal.

⁴⁶ BVerfGE 87, 209 (*Tanz der Teufel*): El Tribunal Constitucional federal declaró en 1992 que la incautación de la película de terror *Tanz der Teufel* (versión alemana de *The Evil Dead*) ordenada por la autoridad judicial por lesionar la dignidad humana, de acuerdo con el código penal alemán, era una medida similar a la censura, pues la incautación se adoptó mientras estaba pendiente de resolución el procedimiento de clasificación de películas, a cargo de la autoridad competente, un procedimiento previsto justamente para evitar el riesgo de infracción penal.

previo en materia de publicaciones escritas. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional española proporciona algunos atributos para hacer reconocible a una medida equiparable a la censura. En primer lugar, debe tratarse de un control de contenidos, en todo caso, previo⁴⁷. Cualquier tipo de censura debe ser un examen preventivo ejercido en todo caso por un poder público. La necesidad de placet para la publicación no es imprescindible, pues la sola existencia de un procedimiento de control de contenidos previo puede resultar disuasoria para los derechos que garantizan una comunicación libre⁴⁸. No obstante, el control de contenidos debe ser obligatorio e indiscriminado, de modo que debe existir una relación de causalidad entre el control de contenidos y la difusión de la obra⁴⁹. Asimismo, debe ser un control permanente en el tiempo y ejercido con ánimo censor⁵⁰.

IV. EL CONTROL DE CONTENIDOS EN INTERNET, LOS REMEDIOS JURÍDICOS Y LA PROHIBICIÓN DE CENSURA

La interdicción de censura rige en los viejos y en los nuevos medios de comunicación. Como en cualquier medio, el desarrollo de internet ha planteado el control de sus contenidos. La discusión no es, pues, si deben prohibirse o limitarse determinados mensajes en la Red, sino cómo hacerlo siempre que exista un fin legítimo. El Derecho ha empezado a dar respuestas a esta cuestión a través de diversos instrumentos de control, que suscitan múltiples problemas constitucionales, entre ellos, su compatibilidad con la prohibición de censura. En ese caso, se hallan especialmente tres supuestos: el cierre de páginas web por la autoridad pública, la responsabilidad de los prestadores de internet, y la instalación de sistemas de filtrado de contenidos telemáticos.

1. El cierre de páginas web: poder judicial, intervención administrativa y ¿censura?

1.1 *El marco normativo: la Ley de Servicios de la Sociedad de la información y la Ley Sinde*

La Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la información y de Comercio electrónico (LSSI), transpone la Directiva 2000/31/CE, sobre Comercio electrónico, y constituye la primera norma que regula la libertad de expresión y de información en este nuevo medio (y valga señalar, que, desde el punto de vista formal, sin rango orgánico)⁵¹.

47 El Tribunal siempre exige el carácter previo del control, así STC 52/1983 [FJ 4]: «todos los tipos imaginables de censura previa». Asimismo, STC 187/1999: «todas las modalidades de censura previa» o «todo tipo de censura previa, en el marco de la libertad de expresión no es sino garantía con el fin de limitar al legislador» [FJ 5].

48 STC 52/1983: «..., permite a la [autoridad] administrativa una cierta censura o tamiz» [FJ 4].

49 STC 52/1983: «imposición indiscriminada al ciudadano del depósito previo» [FJ 4].

50 STC 187/1999: «limitaciones preventivas de su ejercicio con carácter permanente, y respondiendo a criterios de oportunidad, constitutivas —ésas sí— de “censura previa”» [FJ 5].

51 STC 187/1999 recuerda esta garantía formal en cuanto: la medida supone una gravísima restricción de tales libertades y derechos, cuya regulación está necesaria y únicamente deferida, por imperativo constitucional, a una Ley de rango orgánico (arts. 53.1 y 81.1 CE)» [FJ 6].

La Ley regula el cierre de páginas web, en caso de vulneración de una serie de «principios», entre los que se enumeran: la salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública, la defensa nacional, la protección de la salud pública, el respeto a la dignidad humana y a la no discriminación (art. 8.1 LSSI). En realidad, tales «principios» coinciden con supuestos ya previstos en la Directiva sobre comercio electrónico para el cierre de una página web y con los límites a la libertad de expresión y de información en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión.

El cierre de páginas web constituye, en la terminología legal, la interrupción del servicio (el bloqueo, y, por tanto, la imposibilidad de acceso provisional) y la retirada de contenidos (esto es, la supresión definitiva de contenidos o datos). De este modo, el cierre de un servicio telemático constituye una grave restricción a las libertades de expresión e información. Por ello, un aspecto que ha resultado muy polémico en la LSSI ha sido la ambigüedad sobre quién debe ser la autoridad pública competente para ordenar el cierre de una página web, ya sea como resolución definitiva, o bien como medida cautelar.

En su redacción inicial, la LSSI previó que el cierre correspondía a «los órganos competentes» (art. 8.1 LSSI), de forma que se abría la polémica posibilidad de que las autoridades administrativas —y no solo los órganos jurisdiccionales— también pudieran ordenar una medida tan gravosa para las libertades del artículo 20 CE⁵². Más tarde, en 2007, la LSSI fue reformada para explicitar la competencia de la autoridad judicial en los supuestos donde tales medidas implicaban una afectación de las libertades del artículo 20 CE⁵³.

Esa competencia exclusiva —y excluyente— del poder judicial para ordenar el cierre de una página web en tales supuestos se ha puesto, de nuevo, en entredicho con la aprobación de la llamada Ley Sinde —en realidad, dicha norma son nueve preceptos incluidos dentro de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible—, a través de la cual la protección de la propiedad intelectual ha pasado a constituir un supuesto habilitante para cerrar una página web (nuevo art. 8.1 e) LSSI).

La Ley Sinde ha constituido la respuesta del legislador español a la protección de los derechos de autor en la Red para encarar el problema de las descargas ilegales que amenazan las oportunidades de negocio en este nuevo medio. La propiedad intelectual —que no es un derecho fundamental en la Constitución española⁵⁴— ha pasado a eri-

52 En contra del apoderamiento a la Administración con menciones tan abiertas, BOIX PALOP, A., «Libertad de expresión y pluralismo en la Red», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 65, 2002, p. 169. En un sentido opuesto, VALERO TORRIJOS, J., «La responsabilidad administrativa sancionadora», en CAVANILLAS MÚGICA, S. (Coord.), *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento. Un análisis multidisciplinar*, Comares, Granada, 2005, pp. 94-96.

53 «En todos los casos en los que la Constitución y las leyes reguladoras de los respectivos derechos y libertades así lo prevean de forma excluyente, solo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo, en tanto garante del derecho a la libertad de expresión, del derecho de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra y el derecho de información.» (art. 8.1 último inciso LSSI, en la redacción dada según la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información).

54 A pesar de que la Exposición de Motivos del Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, que desarrolla la Ley Sinde parece subsumir la propiedad intelectual en la libertad de creación artística, el Tribunal Constitucional parece diferenciar la libertad de creación artística —que sí es derecho fundamental— del de-

girse en un derecho, cuya vulneración habilita el cierre de una página web, al mismo nivel que, por ejemplo, el respeto de la dignidad humana, la seguridad pública o la defensa nacional. De este modo, los derechos de autor, un ámbito básicamente de derecho privado, con escasos puntos de intersección en el pasado con las libertades de expresión y de información, han pasado por obra de internet a convertirse no solo en uno de los motores de las iniciativas —nacionales y supranacionales (y siempre polémicas)— sobre control de contenidos en la Red, sino también en uno de los límites recurrentes de dichas libertades en este nuevo medio.

La Ley Sinde ha asignado la tutela de la protección intelectual *online* al Ministerio de Cultura y, en concreto, a una nueva autoridad administrativa, la Comisión de Propiedad Intelectual (específicamente, a su Sección Segunda), entre cuyas funciones se encuentra el ordenar el cierre de páginas web si, a instancia de parte, si se verifica la existencia de infracción de la propiedad intelectual y eventual daño. La Comisión insta la retirada de los contenidos y, solo si la retirada no es voluntaria, la ejecución forzosa se reserva al poder judicial, en concreto, a los juzgados de lo contencioso-administrativo, que únicamente ratifican o no la medida acordada (nuevos art. 158 Ley de Propiedad Intelectual y arts. 9.2, 80 y 122 bis de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa). De este modo, en el caso de colisión entre el derecho de propiedad intelectual y las libertades del artículo 20 CE, el legislador ha confiado a un órgano administrativo el ejercicio de ponderar, decidir qué derecho debe primar en aquel conflicto y, en su caso, instar al cierre voluntario de la página web⁵⁵.

El legislador español ha optado así por una normativa específica para luchar contra las descargas ilegales. Se trata de una tendencia que se aprecia en otros países. De hecho, la Ley Sinde se ha inspirado en la Ley francesa para la lucha contra las descargas ilegales en internet mediante la cual se creó una autoridad administrativa independiente para la salvaguarda de los derechos de autor en internet (la *Hadopi*, acrónimo de *Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet*). La tramitación de la norma gala no ha estado exenta de polémica, pues su proyecto inicial fue declarado inconstitucional por el Consejo Constitucional, la peculiar jurisdicción de control previo de constitucionalidad en Francia. El proyecto de ley permitía que una autoridad administrativa pudiera sancionar con la desconexión de la Red a los usuarios infractores de la propiedad intelectual, pero el Consejo Constitucional ha declarado que un órgano

recho a la propiedad intelectual, URÍAS MARTÍNEZ, J., «Art. 20.1 d)», en CASAS BAAMONDE, M. E., y RODRIGUEZ-PIÑERO, M. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española*, op. cit., p. 509.

55 Sobre este tema, entre múltiples trabajos, *vid.* ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «Las descargas ilegales en internet: el contexto jurídico europeo de la Ley Sinde», *Revista Unión Europea Aranzadi*, núm. 11, 2011, pp. 7-20; DAMIÁN MORENO, J., «Consideraciones en torno al procedimiento previsto en España para el cierre de páginas web por infracción de la normativa de derechos de autor (a propósito de la «Ley Sinde»)», *Revista internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 1, 2010, pp. 3-10; MAESTRE RODRÍGUEZ, J., «La extensión de la libertad de expresión a los usuarios de la red y la amenaza de la Ley de Economía Sostenible», pp. 312-322, y TERUEL LOZANO, G. M., «El legislador y los riesgos para la libertad de expresión en internet: notas sobre las garantías constitucionales de la libertad de expresión en la LSSICE y en la Disposición final segunda del Proyecto de Ley de Economía Sostenible», pp. 52-87, ambos en COTINO HUESO, L. (Ed.), *Libertades de expresión e información en internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, PUV, Valencia, 2011.

no jurisdiccional no puede restringir las libertades de expresión e información al socaire de la propiedad intelectual⁵⁶.

Este precedente resulta de interés en España, pues, la Ley Sinde no ha optado por una autoridad administrativa independiente llamada a actuar con neutralidad, sino por una comisión con una clara dependencia gubernamental⁵⁷. El desarrollo reglamentario se ha impugnado ante el Tribunal Supremo, en febrero de 2012, de modo que éste deberá pronunciarse justo sobre la licitud de esa polémica intervención administrativa en el control de contenidos de la Red.

1.2 *El cierre de páginas web a la luz de la prohibición de censura*

Ahora bien, el cierre de una página web por la autoridad pública ¿es censura a luz del artículo 20.2 CE?

Según reiterada jurisprudencia constitucional, solo puede hablarse de censura si hay un control de contenidos *ex ante*. El cierre de una página web por un órgano judicial o administrativo se produce normalmente, ya sea como resolución que pone fin a un procedimiento, ya sea como medida cautelar, una vez el órgano competente ha tenido conocimiento de un contenido e, incluso, lo ha visto. Al tratarse de un control *a posteriori*, estos supuestos no podrían encuadrarse en la censura proscrita constitucionalmente. La ausencia de requisito temporal haría superfluo entrar ya en la calidad del eventual censor público (sea el poder judicial o la administración), o sobre la presunta actividad censora (las concretas medidas prohibitivas o limitadoras).

Más que un problema de censura, la controversia sobre qué autoridad pública debe cerrar una página web y sus potestades en estos casos plantea el alcance de la reserva de jurisdicción que la Constitución prevé en materia de secuestro de publicaciones (art. 20.5 CE). El texto constitucional ha querido sustraer de manos de la administración, una cuestión tan delicada como eliminar del tráfico un mensaje escrito o audiovisual⁵⁸. El Tribunal Constitucional ha reconocido la licitud de la intervención administrativa en los contenidos mediáticos, siempre que exista control jurisdiccional y expresamente «salvo en los casos de secuestro de publicaciones»⁵⁹.

56 *Décision* nº2009-580, de 10 de junio de 2009 y *Décision* nº2009-590, de 22 de octubre de 2009. En particular, en la primera se sustenta: «[...]le législateur ne pouvait, {...}, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les droits des titulaires du droit d'auteur et de droits voisins [16.]».

57 Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual. Según dicha norma, la Sección Segunda está formada por el titular de la secretaría de Estado de cultura (o quien delegue) —que ostenta la presidencia— y cuatro vocales de diversos Ministerios (art. 14). Especialmente interesantes las observaciones sobre la composición de la Comisión en el *Informe del Consejo Fiscal sobre el proyecto de Real Decreto por el que regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual*, de 29 de septiembre de 2011, donde se alerta sobre las consecuencias de la no exigencia de formación jurídica para ser miembro de la Comisión a la vista de los conflictos de derechos que habrá de resolver la misma (pp. 10-13).

58 Díez-Picazo, L.M., *Sistema de Derechos fundamentales*, 3.ª ed., Thomson, Civitas, Madrid, 2008, p. 339; Boix Palop, A., «La nueva LGCA y la censura administrativa en internet», *Cibermedios valencianos*, 2010: <http://cibermediosvalencianos.es/2010/05/28/la-nueva-lgca-y-la-censura-administrativa-en-internet>.

59 STC 52/1995 [FJ 4]. En la doctrina, González Alonso, A., «La intervención administrativa en internet y su control jurisdiccional contencioso-administrativo: novedades del proyecto de ley de economía

La interrupción de un servicio o la retirada de un contenido en internet pueden representar una gravísima afectación de las libertades informativas equiparable al secuestro de una publicación⁶⁰. Los órganos jurisdiccionales deberían ser los únicos que, en esos casos, tendrían que decidir, si existe afectación de las libertades de expresión y de opinión y, por tanto, resolver un conflicto entre dichas libertades y otros derechos, incluida la protección de la propiedad intelectual, que, *a fortiori*, no es derecho fundamental en nuestra Constitución.

Residenciar en un órgano administrativo que, por su composición, no actúa de forma neutra, pues cumple directrices de un Gobierno, aunque sea en el marco de la ley, supone recuperar el proscrito secuestro administrativo. La intervención judicial posterior a la decisión de un órgano administrativo no conjura ese problema, pues la Constitución, tal y como además ha confirmado el Tribunal Constitucional, ha previsto en esos casos una intervención de la jurisdicción no solo en exclusiva, sino excluyente de cualquier actuación administrativa.

2. La atribución de responsabilidad a los intermediarios: los prestadores de servicios, ¿nuevos censores?

2.1 *La responsabilidad por difusión de contenidos ajenos en internet: el criterio de «notice and take down procedure»*

El cierre de páginas web no siempre se produce a instancia de un poder público. Los prestadores de internet, en particular, aquellos que alojan y difunden contenidos de terceros también pueden proceder a la interrupción de un servicio o, incluso, a la retirada de los mismos. La atribución de responsabilidad a los prestadores de internet por la distribución de contenidos ilícitos es una pieza clave para ese control privado, para el modelo de negocio en internet y para la propia Red que se «teje» en gran parte por contenidos elaborados por terceros usuarios⁶¹.

El Estado no puede controlar una red internacional y descentralizada como es internet, de modo que delega en los prestadores de servicios, a través del diseño del régimen jurídico de responsabilidad, un control que él mismo no puede practicar.

La responsabilidad de los prestadores por la difusión de contenidos ajenos e ilegales se aborda en la Directiva de comercio electrónico precisamente para dotar de seguridad jurídica a este sector. La norma europea no asume el régimen de responsabilidad en materia de prensa, sino que opta por diseñar disposiciones específicas para los servicios

sostenible», *Teoría y Derecho Revista de pensamiento jurídico*, núm. 10, 2011, pp. 307-329. Asimismo, MAGRO SERVET, V., «La competencia judicial para el cierre de páginas web a propósito del Proyecto de Ley de economía sostenible», *La Ley*, núm. 7475, septiembre 2010, pp. 1-3.

60 La Declaración Internacional conjunta sobre Libertad de Expresión en internet, de 1 de junio de 2011, adoptada por los Relatores Especiales para la Libertad de Expresión de la ONU, la OSCE, la OEA y la CADHP, considera el cierre de una página web «análogo a la prohibición de un periódico o a una emisora de radio o televisión» [3.]: <http://www.osce.org/es/fom/78325>.

61 COTINO HUESO, L., «El problema de la responsabilidad por los contenidos ilícitos en la web 2.0 y algunas propuestas de solución», 2009, p. 2: http://documentostics.com/component/?%20option,com_docman/task,doc_view/gid,1478/Itemid,3/.

electrónicos. La Directiva europea, y la LSSI que la transpone, adoptan una controvertida regla de imputación de la responsabilidad: la notificación y la retirada de los datos, en cuanto el prestador tenga conocimiento de la ilicitud de determinados contenidos (art. 14 Directiva y art. 16 LSSI).

Ese régimen de responsabilidad por la difusión de contenidos ajenos plantea dos cuestiones espinosas: por un lado, cuándo hay conocimiento por parte del prestador; y, por otro, qué obligaciones le genera esa constatación.

No hay duda de que la resolución judicial que declare la ilicitud del contenido y ordene su bloqueo (o retirada) es la forma de conocimiento de la ilegalidad de un material más respetuosa con las libertades de expresión y de información. Sin embargo, la LSSI abre la puerta a otros medios extrajudiciales, tales como la resolución dictada por un «órgano competente» (no se descarta, por tanto, que sea un órgano administrativo), los procedimientos de detección y retirada que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios (esto es, sistemas de autorregulación o líneas de denuncia privadas donde los usuarios comunican contenidos presuntamente ilegales), así como «otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse» (art. 16 LSSI).

Una vez constatado dicho conocimiento de la ilicitud por parte del prestador, éste debe proceder a bloquear o retirar dichos contenidos, si desea beneficiarse de la exclusión de responsabilidad. De este modo, la Directiva europea y la LSSI permiten que se pueda proceder al cierre de una página web no solo a petición de un poder público (órgano jurisdiccional o autoridad administrativa), sino también a instancia de privados.

En todo caso, a fin de no menoscabar las libertades de expresión y de información, e intentar conjurar, así, el peligro real de controles generales de contenidos ajenos por parte del prestador, la Directiva sobre comercio electrónico excluye la existencia de «una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni de una obligación de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas» (art. 15 Directiva). Sin embargo, admite que puedan establecerse «obligaciones de supervisión en casos específicos» (Considerando 47), sin que se aclare este concepto, y sin perjuicio de las acciones de cesación que las autoridades nacionales dirijan conforme a su legislación.

2.2 *La responsabilidad de los intermediarios, las obligaciones de supervisión y la censura proscrita*

A pesar de la prohibición expresa de obligaciones generales de supervisión y proactivas por parte del prestador, se ha alertado sobre el riesgo de que la atribución al mismo de responsabilidad por contenidos ajenos en internet «desemboque, en gran medida, en la construcción de la censura privada»⁶². Sin embargo, ¿cabe realmente hablar de censura a los efectos del artículo 20.2 CE?

El argumento que se esgrime contra este régimen de responsabilidad es el siguiente: si *ex lege* se hace responsable al prestador de servicios de alojamiento de contenidos de terceros, salvo que impida el acceso a los mismos una vez tiene conocimiento efectivo

62 HOFFMANN-RIEM, W., «Wider die Geistespolizei», *Zeit Online*, 2001, anteriormente citado.

de su ilicitud, el propio ordenamiento estará promoviendo que el prestador pueda verse abocado a realizar controles de contenidos justamente para evitar problemas legales derivados del contenido ilícito elaborado por otro. El hecho de estar en juego las libertades de expresión y de información debería mitigar las tendencias a ampliar el elenco de responsables que no son los autores del contenido para evitar un efecto disuasorio del ejercicio de dichas libertades (*chilling effect*)⁶³, que «transformaría un régimen de responsabilidad por daños a terceros en un sutil sistema de censura inducida o autocensura»⁶⁴.

Sin embargo, la respuesta de la jurisprudencia no permite encuadrar la atribución de responsabilidad al prestador por contenidos ajenos en la censura previa.

En un par de ocasiones, se ha cuestionado ante el Tribunal Supremo expresamente que dicho régimen de responsabilidad sea un supuesto de censura proscrito, pero el Tribunal Supremo ha rechazado que la responsabilidad del prestador pueda considerarse censura previa (*vid.* el caso *SGAE c. Asociación de Internaturas*, de 9 de diciembre de 2009 y el caso *Ramoncín c. Alasbarricadas.org*, de 10 febrero de 2011). Las dos sentencias son procedimientos civiles por atentados contra el honor sobre imputación de la responsabilidad por presuntos contenidos injuriosos de terceros alojados por un prestador de internet. En ambos pronunciamientos, el Alto tribunal ha desestimado que la atribución de responsabilidad en caso de conocimiento efectivo de la ilicitud del material sea una forma de censura y ha entendido que la legislación española, en desarrollo de la Directiva europea, sitúa dicho conocimiento como el criterio para la atribución de responsabilidad al prestador por contenidos de terceros⁶⁵.

En realidad, la tache de censura que se hace del régimen de responsabilidad por contenidos ajenos constituye un tema recurrente que se ha planteado ya en los medios de comunicación clásicos, en concreto en la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta. El Tribunal Constitucional ha rechazado en este caso que la extensión de responsabilidad civil también a directores y editores sea censura previa. A pesar de la preocupación del Tribunal Constitucional por evitar obligaciones que tengan un efecto disuasorio para el ejercicio de las libertades de expresión y de información, no ha visto problemas de constitucionalidad en el poder del director del medio para autorizar lo que se publica o divulga en el mismo, ya que él es responsable de lo que se publica y ese poder de control resulta un instrumento plenamente constitucional para evitar la impunidad de ilícitos⁶⁶.

63 El *chilling effect*, traducido como efecto disuasor, y bautizado así por el Juez Brennan del Tribunal Supremo de Estados Unidos en los años cincuenta, es una expresión con la que se alude a normas legales o sentencias que limitan el ejercicio de la libertad de expresión por temor a la consecuencias legales que puede comportar. Sobre el mismo, un trabajo clásico, Autor Anónimo, «The Chilling Effect in Constitutional Law», 69. *Columbia Law Review* 808, 1969, pp. 808-842.

64 VILLAYERDE MENÉNDEZ, I., «La responsabilidad jurídica de los Directores y Editores de un periódico por la autoría de las Cartas al Director», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 8, 1998, pp. 125-164 (pdf: p. 6).

65 STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 9 de diciembre de 2009, Fundamento Cuarto; y STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 10 febrero de 2011, Fundamento Cuarto.

66 STC 171/1990: «... la responsabilidad civil solidaria, entre otros al director del medio periodístico y de la propia empresa, se justifica en una culpa in eligendo o in vigilando del editor o director, dado que ninguno de ellos es ajeno al contenido de la información y opinión que el periódico difunde. El director tiene derecho de veto sobre el contenido de todos los originales del periódico [...] sin que ese derecho sea identificable con el concepto de censura [FJ 5]. Asimismo, SSTC 172/1990 [FJ 5], 176/1995 [FJ 5], 161/2005 [FJ 4].

El derecho de veto del director en los medios de comunicación clásicos y las obligaciones de control de un prestador derivadas del régimen de responsabilidad por contenidos ajenos en las comunicaciones electrónicas ¿son equiparables? En ambos casos, se persigue la misma finalidad, evitar la impunidad de ilícitos e impedir la difusión de un contenido ilegal. Los dos regímenes se basan para imputar la responsabilidad en una *culpa in vigilando* fundamentada en criterios de control y conocimiento. Sin embargo, el medio a controlar y los efectos de las obligaciones de control son muy diversos. El prestador se enfrenta a una oferta de contenidos enorme en cuanto a volumen y mutante en cuanto a contenidos que cambian constantemente en internet. Por ello, las formas de detectar y controlar los contenidos ilegales son distintas en este nuevo medio.

Desde el punto de vista de la libertad de expresión y de opinión, el régimen de responsabilidad por contenidos ajenos en las comunicaciones electrónicas plantea dos problemas de índole diversa que se sitúan, en un caso, en la norma, y, en otro, en la aplicación de la norma.

En lo que atañe a la configuración legal del régimen jurídico de atribución de dicha responsabilidad, el problema no radica tanto en una posible vulneración de la prohibición de censura previa, cuanto, de nuevo, en las garantías formales que debe revestir una restricción de dichas libertades en la Red. La prohibición de censura exige un determinado momento del control. El conocimiento efectivo de la ilicitud por el prestador —que la norma sitúa como causa de atribución de responsabilidades— resulta en estos casos, a lo sumo, inmediato, pero no previo. De este modo, la retirada o el bloqueo de un contenido en tales supuestos se produciría cuando el prestador tiene conocimiento de la ilicitud, lo que sucede toda vez que los contenidos han sido difundidos desde su servidor. Por ello, el problema que se plantea aquí es, de nuevo, la compatibilidad del cierre de una página web por el prestador en casos de ilicitud del contenido con la reserva de jurisdicción prevista en la Constitución española a la hora de impedir la difusión *a posteriori* de un contenido.

Conforme a la LSSI, los prestadores pueden bloquear o retirar un contenido no solo si lo ordena un órgano jurisdiccional, sino también si lo hace una autoridad administrativa, organismos privados de denuncia (las llamadas *botlines*), y todos aquellos medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse. El Tribunal Supremo ha intentado clarificar el concepto de «conocimiento efectivo», de momento, en unos pocos fallos (en dos de ellos, se ha apreciado la concurrencia de dicho conocimiento y, en otro, se ha exculpado al prestador). Dicho órgano jurisdiccional se ha pronunciado también a favor de una interpretación amplia de las fuentes de ese conocimiento, incluyendo la ilicitud patente que debe apreciar el propio prestador⁶⁷.

67 El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el concepto de conocimiento efectivo en los siguientes pronunciamientos: STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 9 de diciembre de 2009, Fundamento Cuarto, y en particular, en STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 10 febrero de 2011, Fundamento Cuarto, donde admite que la apreciación de ilicitud *ex re ipsa* corresponde también al propio prestador sin necesidad de ningún otro medio de conocimiento. En esos dos casos, se apreció conocimiento efectivo y responsabilidad del prestador. En la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 18 de mayo de 2010, Fundamento Segundo, se excluyó la responsabilidad del abogado de una compañía de seguros por la aparición de un comentario en el servicio «quejasonline» contrario a dicha compañía que en realidad había sido vertido por otra persona utilizando su nombre. Recientemente, en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 4 de diciembre de 2012, Fundamento Séptimo,

El legislador ha previsto esa pluralidad de medios de conocimiento y no hay obstáculo en que tales medios sean exclusivamente fuentes de conocimiento de la ilicitud. Sin embargo, los problemas constitucionales empiezan con las consecuencias que se anudan a ese conocimiento, pues, constatado el mismo, el deber de diligencia del prestador le obliga *ex lege* al bloqueo o a la retirada de los contenidos, esto es, a impedir la difusión de los mismos. Ello no constituye un problema si la orden de cierre procede de una autoridad judicial, pero, tal como está diseñado el amplio sistema de fuentes de conocimiento, no se excluye que los privados puedan detectar y alertar sobre la presencia de un material presuntamente ilícito, e incluso provocar, con ello, el bloqueo o la retirada de un contenido⁶⁸.

Resulta dudosamente constitucional que la existencia de conocimiento efectivo deba ir ligada al bloqueo o a la retirada de contenidos por parte del prestador incluso en los casos de conocimiento a través de medios extrajudiciales privados, por tanto, sin intervención judicial⁶⁹. En estos casos, ¿dónde queda nuevamente la reserva de jurisdicción —y las garantías que comporta— para prohibir la difusión de un contenido? Por un lado, se atribuyen funciones de control de contenidos a los prestadores, empresas privadas que básicamente se mueven por intereses de mercado. Por ello, no está claro que los prestadores estén en condiciones de hacer una valoración adecuada acerca de la ilicitud de un contenido, ni acerca de una eventual ponderación de los derechos y bienes jurídicos en liza.

Más allá de ello, también la aplicación del régimen de atribución de responsabilidad visto suscita problemas para las libertades del artículo 20 CE.

Por un lado, a pesar de que el Tribunal Supremo ha clarificado la noción de conocimiento efectivo, «no es menos cierto que el escenario resultante no se caracteriza por un elevado grado de seguridad jurídica»⁷⁰, pues la constatación de la existencia de conocimiento efectivo, en unos casos, ha llevado a declarar la existencia de responsabilidad y, en otros, a excluirla. De esta manera, la aplicación de la Directiva y de la LSSI, normas que se aprueban para dar de seguridad jurídica, muchas veces puede generar un clima de inseguridad que amenaza el ejercicio de las libertades de expresión y de información y, con ello, se puede promover el temido *chilling effect* para estas libertades en la Red⁷¹.

ha absuelto al titular de un blog por estimar que sus comentarios no eran lesivos del derecho al honor, ha reiterado su doctrina sobre conocimiento efectivo y ha declarado que el titular del blog podría ser responsable no solo de los contenidos del blog, sino también de los enlaces —y ahí la novedad del fallo— que contenía el blog al existir indicación de acceso y conocimiento de su contenido.

68 Sobre el polémico papel de las líneas de denuncia desde el punto de vista del control de contenidos, GARCÍA MORALES, M. J., «Libertad de expresión y control de contenidos en internet», en CASANOVAS ROMEU, P. (Ed.), *internet y formas emergentes de regulación*, Comares, Granada, 2003, pp. 57-59.

69 Sin problemas constitucionales a los efectos de conocimiento, aun en el caso de instancias extrajudiciales, como una línea de denuncia, pero sí ligado a bloqueo y retirada, HOFFMANN-RIEM, W., «Artikel 5», en DENNINGER, E., HOFFMANN-RIEM, W., SCHNEIDER, H.-P., STEIN, E. (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Kommnetar (Alternativkommentar)*, 3.ª ed., Hermann Luchterhand Verlag, Neuwied, Band 1, 2001, p. 69.

70 PEGUERA POCH, M., «Sobre la necesidad de revisar el marco legal de exclusión de responsabilidad a los proveedores de servicios de intermediación», en COTINO HUESO, L. (Ed.), *Libertades de expresión y de información en internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, op. cit., p. 263.

71 Sobre la ausencia de criterios de imputación de responsabilidad claros y el temido *chilling effect*, también en Alemania, KORENG, A., *Zensur im Internet*, Nomos, Baden Baden, 2010, p. 211.

Además, la aplicación del régimen de responsabilidad por contenidos ajenos en la Red, plantea cómo el prestador de internet debe controlar contenidos ajenos para no incurrir en responsabilidad. El prestador de servicios tiene una oferta enorme que no puede supervisar de forma manual, pero sí resulta fácilmente controlable mediante filtros que rastrean contenidos presuntamente ilegales. Estos sistemas informáticos entrañan graves efectos secundarios para un proceso de comunicación libre, pues potencialmente permiten una supervisión de la totalidad de las comunicaciones electrónicas con una densidad cuantitativa y una intensidad cualitativa que se aproxima a los controles generales e indiscriminados similares a la censura⁷².

3. La instalación de sistemas de filtrado y bloqueo: el recurso a la tecnología, ¿automatizar la censura?

3.1 ¿A instancia de quién se instalan estos sistemas?

Los programas informáticos de filtros constituyen posiblemente uno de los instrumentos más peligrosos para la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones, pues permiten identificar y seleccionar determinados contenidos, así como bloquearlos y suprimirlos al ser solicitados por el usuario. Sin embargo, se trata de un instrumento imperfecto que puede sobrepasar lo constitucionalmente admisible, pues dichos programas no distinguen entre contenidos legales e ilegales, de modo que no hay garantía de que identifiquen y bloqueen contenidos exclusivamente ilícitos, ni de que puedan impedir el acceso a contenidos perfectamente legales⁷³.

Los sistemas de filtrado y bloqueo surgen inicialmente para fomentar el control del propio usuario, en particular, el control parental en aras de la protección del menor en el ámbito doméstico⁷⁴. Sin embargo, se está produciendo un cambio en el recurso a dichos sistemas de consecuencias nada desdeñables para las libertades de expresión y de información.

Ninguna finalidad puede legitimar controles indiscriminados de los procesos de comunicación. Sin embargo, la presión de la opinión pública contra la pornografía infantil en la Red, así como los intereses económicos para no difundir determinados contenidos (en particular, los que vulneran derechos de autor), han propiciado intentos de endurecer el régimen de responsabilidad del prestador, específicamente, mediante la instalación de filtros⁷⁵. De este modo, estos dispositivos han pasado de ser un instru-

72 SIEBER, U., *Verantwortlichkeit im Internet*, C. H. Beck, München, 1999, p. 49.

73 Sobre este problema, tempranamente WEINBERG, J., «Rating the Net», 19. *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, 1997, pp. 453-456. También, LESSIG, L., *El código y otras leyes del ciberespacio*, Taurus, 2001, p. 239.

74 FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L., «La regulación de la libertad de expresión en internet en Estados Unidos y en la Unión Europea», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 103, 1999, pp. 162, 165, 169. Sobre la ampliación del uso de filtros al ámbito laboral o en bibliotecas, GARCÍA MORALES, M. J., «Libertad de expresión y control de contenidos en internet», *op. cit.*, pp. 59-61.

75 En las Conclusiones del Consejo Europeo sobre la Alianza Global contra el Abuso infantil en internet, Luxemburgo, 8 de junio de 2012, se prevé expresamente que la política sobre el tema debe contemplar «el bloqueo de páginas web con pornografía infantil». Asimismo, el Acuerdo internacional anti-falsificación para la protección de la propiedad intelectual en la Red (más conocido como ACTA) llegó a prever, en lo poco que

mento voluntario (controlado por el usuario final en el ámbito doméstico) a convertirse en sistemas de selección y bloqueo de contenidos impuestos al usuario (esto es, para todas comunicaciones electrónicas y para un número indeterminado de ciudadanos sin control por parte del usuario final).

La instalación de sistemas de filtrado y bloqueo solo pueden realizarla los prestadores de servicios, ya que internet es una red de redes que no pertenece a ningún Estado, pero ¿a instancia de quién se colocan dichos sistemas? Su instalación puede provenir de particulares, el propio prestador de internet, pero también impuesta por poderes públicos.

Por un lado, los prestadores pueden en su relación contractual con los usuarios —en uso de su autonomía de la voluntad privada— impedir la presencia de determinados contenidos políticamente incorrectos. De hecho, los usuarios de internet deben firmar en muchas ocasiones normas de uso donde se incluye la retirada de contenidos por el prestador no solo en caso de contenidos ilegales, sino de aquellos que, sin ser ilegales, pueden causar un daño a la imagen de la empresa⁷⁶. En esos casos, la instalación de filtros por los propios prestadores con el fin de luchar contra los contenidos ilegales —y demostrar así su compromiso con la legalidad—, también puede ser excusa y pretexto para restringir lo políticamente incorrecto. En tales supuestos, esa supervisión de la oferta de contenidos y su eventual filtrado solo podría realizarse legítimamente si los usuarios así lo consienten. La autonomía de la voluntad debe ser real e incluir la posibilidad de discrepancia del usuario final para evitar tales controles, pues, en caso contrario, podría incurrirse en una grave injerencia en las libertades de expresión y de información de aquel.⁷⁷

Por otro lado, las obligaciones de filtrado que se asocian al bloqueo e, incluso, a la eliminación de contenidos pueden venir impuestas también por el Estado.

Los casos en los que el Estado promueve leyes que fomentan la supervisión de contenidos de los prestadores de servicios mediante la obligación legal de usar filtros para identificar determinados contenidos, bloquearlos y, en su caso, eliminarlos, resultan dudosamente constitucionales⁷⁸. La Ley alemana para impedir el acceso a páginas web con pornografía infantil de 2010 constituye un buen ejemplo de los problemas que comportan dichas medidas. A fin de luchar contra la pornografía infantil, la ley preveía que los prestadores de servicios debían filtrar contenidos de pornografía infantil. Para ello una autoridad pública que depende del Ministerio del Interior, la Oficina Federal de Investigaciones Criminales (*Bundeskriminalamt*), suministraría una lista de páginas

llegó a trascender del texto, dada su falta de transparencia en la negociación del mismo, que los prestadores de acceso serían responsables de las vulneraciones de propiedad intelectual de sus usuarios, una responsabilidad de la que solo podrían sustraerse supervisando el tráfico de datos de sus usuarios y, en caso de lesión para la propiedad intelectual, bloqueando dichos contenidos, *vid.* HOEREN, T., «ACTA ad acta? Überlegungen zum urheberrechtlichen "Shitsnorm"», *MultiMedia und Recht*, núm. 3, 2012, p. 138.

76 Por ejemplo, la revista *El Jueves* publicó (en soporte papel) en noviembre de 2011 una portada donde se representaba al Presidente del Gobierno España, Sr. Rajoy, y la Canciller alemana, Sra. Merkel, en una caricatura sadomasoquista. La portada fue retirada de *Facebook* donde fue colgada por uno de los dibujantes, en mayo de 2012, de acuerdo con las normas de uso de dicha red social.

77 HOFFMANN-RIEM, W., «Artikel 5», *op. cit.*, p. 70.

78 STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, (in Verbindung mit SACHS, M., und DIETLEIN, J.). Band IV/1, C.H. Beck, München, 2006, p. 1609.

web que los prestadores de internet debían bloquear. Tras las duras críticas doctrinales que veían en dicha norma un grave atentado contra los derechos fundamentales y, en particular, una nueva forma de censura encubierta, la ley no llegó a aplicarse y fue derogada en abril de 2011⁷⁹.

La utilización de dispositivos de filtrado y bloqueo se ha planteado también como una medida ordenada por una autoridad judicial para evitar infracciones legales. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha enfrentado a esta cuestión dos veces en un breve lapso de tiempo: en primer lugar, en la sentencia *Scarlet c. SABAM*, de 24 de noviembre de 2011, y en el caso *SABAM c. Netlog*, de 16 de febrero de 2012. En ambos casos, el origen de la controversia se remonta a la demanda de SABAM, una entidad belga de gestión colectiva de derechos de autor (concretamente, de autores y editores musicales), contra un prestador de internet (*Scarlet*) y, más tarde, contra la empresa que explotaba una red social (*Netlog*), en cuyos espacios se compartían obras musicales y audiovisuales sin autorización. En ambos casos, el Tribunal de Luxemburgo también debía resolver las respectivas cuestiones prejudiciales planteadas por un tribunal belga sobre si resultaba conforme con el Derecho europeo ordenar mediante mandamiento judicial la instalación de un sistema de filtrado para evitar cualquier lesión de los derechos de autor no solo presente, sino también futura⁸⁰.

El Tribunal de Luxemburgo ha declarado por primera vez en la sentencia *Scarlet c. SABAM* —y ha reiterado meses después en el caso *SABAM c. Netlog*—, que un sistema que identifica archivos, la presunta ilegalidad de los mismos, y procede a su bloqueo, implica una supervisión activa por parte de los prestadores de servicios no solo prohibida por la Directiva de comercio electrónico (art. 15), sino contraria a las libertades de expresión y de información que reconoce la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 11.1). El Tribunal ha sostenido que un sistema de filtrado —y posterior bloqueo— de carácter preventivo (no solo para lesiones ya producidas, sino futuras), permanente (ilimitado en el tiempo) y general (de aplicación indiscriminada a todos los usuarios y a todas las comunicaciones electrónicas) es contrario al Derecho europeo por no respetar el justo equilibrio entre derechos (las libertades informativas, la protección de datos y la confidencialidad de las comunicaciones frente a la protección de los derechos de autor)⁸¹. En esta colisión de derechos, las libertades de expresión y

79 MARBERTH-KUBICKI, A., «Der Beginn der Internet-Zensur: Zugangssperren durch Access-Provider», *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 25, 2009, pp. 1792-1796; FRICKE, E., *Recht für Journalisten*, 2.ª ed., UVK, Konstanz, 2010, pp. 34-35.

80 En el primer caso, SABAM había demandado a Scarlet, un prestador de internet, tras comprobar que muchos clientes de Scarlet reproducían y ponían a disposición de otros usuarios (mediante redes *peer to peer*) obras protegidas por derechos de autor sin autorización de sus titulares. En el segundo caso, SABAM demandó a Netlog, una plataforma virtual utilizada por decenas de millones de personas para compartir aficiones (y obras musicales y audiovisuales), también por vulneración de derechos de autor. En ambos supuestos, SABAM solicitaba a los tribunales belgas el cese de la infracción y el bloqueo de cualquier forma de envío o recepción (por los clientes del prestador) de archivos con obras protegidas por los derechos de autor.

81 Especialmente interesantes resultan las Conclusiones del Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Scarlet c. SABAM*, Sr. Cruz Villalón, sobre la garantía formal y el examen de la restricción de derechos a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Un interesante comentario a esta sentencia en METZGER, A., «Keine Pflicht für Betreiber sozialer Netzwerke zu umfassenden Überwachungs- und Filtersystemen», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, núm. 4, 2012, pp. 384-385.

de información deben primar sobre la protección de la propiedad intelectual, si bien la sentencia del Tribunal de Luxemburgo no parece cerrar la puerta a la legitimidad de requerimientos de filtrado y bloqueo menos drásticos.

3.2 *El filtrado y el bloqueo ¿son censura en sentido técnico?*

No hay duda de que los filtros implican un control de contenidos y una restricción de las libertades de expresión y de información que puede resultar inconstitucional, pero ¿son censura a los efectos del artículo 20.2 CE?

El primer parámetro para valorarlo es el momento del control. La instalación de filtros ¿cuándo impide el acceso a un contenido? ¿es un control *ex ante* proscrito por el artículo 20.2 CE, o bien supone un control *ex post* y, por tanto, una restricción represiva? El Tribunal Constitucional se refiere al examen previo habitualmente como control antes de la publicación o emisión. El recurso a los filtros puede ser una injerencia en las libertades que garantizan un proceso de comunicación libre. En el caso de que el filtro impide el acceso a un contenido ya publicado —aunque sea por un corto lapso de tiempo— podría ser una restricción (legítima o no), pero caería fuera del ámbito de la prohibición de censura, si el carácter previo del control se identifica con la difusión por primera vez⁸². Sin embargo, no debería excluirse que estos sistemas puedan impedir la recepción *a priori* de un contenido también prohibida por el artículo 20.2 CE. En ese supuesto, no debería descartarse que pueda llevarse a cabo un control de contenidos preventivo a través de filtros⁸³.

El Tribunal Constitucional ha referido la censura prohibida constitucionalmente a la intervención previa de una autoridad pública. La obligación legal o el requerimiento judicial de filtrado podrían caer en dicha prohibición desde el punto de vista del sujeto censor, pues sería una censura inducida por un poder público. Sin embargo, la instalación de filtros corre a cargo de los prestadores privados de servicios. El Alto tribunal no ha rechazado de forma expresa que los particulares puedan llevar a cabo actividades censoras, pero ha excluido que determinados controles privados sean censura. Si los prestadores filtran contenidos a iniciativa propia, debería argumentarse que esa limitación puede constituir censura con base en la prohibición constitucional de cualquier tipo de censura previa, al margen de la calidad del censor.

Respecto a la actividad censora y sus formas, la censura implica un examen —tradicionalmente manual— con la finalidad de supervisar el proceso de comunicación y manipularlo conforme a un examen de valores acordes con el régimen. En los filtros no hay un examen manual, pero representan un control sistemático, general, planificado

Tal y como apunta el autor, esta sentencia constituye una señal de aviso para la Comisión Europa y para el legislador nacional al declarar claramente que endurecer el régimen de responsabilidad del prestador de servicios resulta contrario al derecho europeo, un extremo especialmente interesante ante la anunciada reforma de la Directiva sobre Comercio electrónico, la negociación del Tratado antipiratería (la fallida ACTA) o iniciativas similares.

82 STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit., p. 1609.

83 En la Declaración Internacional conjunta sobre Libertad de Expresión en internet, la palabra «censura» solo aparece justamente en materia de filtros: «Los sistemas de filtrado de contenidos impuestos por gobiernos o proveedores de servicios comerciales que no sean controlados por el usuario final constituyen una forma de censura previa y no representan una restricción justificada a la libertad de expresión» [3.b)].

e indiscriminado muy superior al control personal de contenidos. La ponderación de derechos es una actividad intelectual humana que precisa una formación técnica. En los filtros no hay ponderación entre derechos: se selecciona y se bloquea un contenido que no siempre será ilegal, porque ningún filtrado ha acreditado que solo identifique y bloquee contenidos ilícitos⁸⁴. Además, resulta palmaria la ausencia de garantías para el usuario que no puede oponerse al bloqueo⁸⁵.

V. LA PROHIBICIÓN DE CENSURA ¿NOS PROTEGE EN LA ERA DIGITAL?

1. Internet, cambio tecnológico, y ¿riesgo de censura?

La prohibición de censura se configura en la Constitución como una garantía específica de todas las libertades del artículo 20 CE. El texto constitucional es claro al referir la prohibición de censura al «ejercicio de estos derechos». Por tanto, dicha interdicción protege la libertad de expresión y de información en cualquier soporte de comunicación, pero también el resto de libertades del artículo 20 CE, como el derecho a recibir información, la libertad de creación artística, científica y técnica y la libertad de cátedra. Además, la censura no alude a una restricción desproporcionada de dichas libertades, sino que constituye una prohibición absoluta, sin excepciones, hasta el punto de que la interdicción de censura se configura como un límite que el legislador debe respetar al regular los derechos fundamentales, y, por ello, formaría parte del contenido esencial de dichas libertades⁸⁶. El rechazo del ordenamiento jurídico frente a la censura es tal que se blindó contra la misma incluso en los estados excepcionales⁸⁷.

La efectividad de la protección que el ordenamiento constitucional diseña contra la censura depende claramente del propio concepto técnico-jurídico de censura. Pero, la censura tal como ha sido definida por el Tribunal Constitucional ¿sigue siendo una garantía útil para salvaguardar un proceso de comunicación libre, en particular, ante los avances tecnológicos? El contexto en el que surgió la prohibición constitucional ha

84 WIENSTROTH, H., «Internetregulierung im Lichte des Zensurverbots», *Bucerius Journal*, núm. 3, 2009, pp. 102-103.

85 En ese sentido, expresamente, las Conclusiones del Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Scarlet c. SABAM*, Sr. Cruz Villalón: «sin que se haya previsto la posibilidad de las personas afectadas —es decir, los internautas— puedan oponerse al bloqueo de un archivo determinado o impugnar el fundamento de tal bloqueo» [106.].

86 En particular, en la doctrina alemana, la prohibición de censura como límite de límites (*Schranken-Schranken*) y como parte integrante del contenido esencial de la libertad de expresión, entre otros, SCHMIDT-JORTZIG, E., «Meinungs- und Informationsfreiheit», en ISENSEE, J., KIRCHHOF, P. (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band VII, 3.^a ed., C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009, pp. 900-901; SCHULZE-FIELITZ, H., «Art. 5, I, II», en DREIER, H. (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 2.^a ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, p. 626.

87 La Ley 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, prevé la posibilidad de suspender el artículos 20 apartados 1 a) y d) y 5 CE. En esos casos, la autoridad gubernativa puede ordenar el secuestro de publicaciones, pero se prevé tajantemente que el ejercicio de esas potestades «no podrá llevar aparejado ningún tipo de censura previa» (art. 21.2).

cambiado radicalmente mucho antes de la irrupción de internet, pero el desarrollo de este nuevo medio ha servido para plantear de forma meridiana cuál es hoy día la operatividad del concepto constitucional de censura.

El control de contenidos en la Red presenta desafíos a los que apenas el Derecho ha empezado a dar respuesta. Como se ha visto, la mayor parte de los instrumentos de control en este nuevo medio pueden constituir restricciones a las libertades del artículo 20 CE. Sin embargo, dichos instrumentos difícilmente puede considerarse como supuestos de censura, tal y como esta categoría ha sido construida por la jurisprudencia constitucional española, pero también tal y como ha sido construido el concepto de censura en otros países de nuestro entorno.

La prohibición de censura surgió en el siglo XVIII para prohibir un control general y sistemático del proceso de comunicación que, en aquel momento, se producía con la supervisión antes de la publicación por parte de la autoridad gubernativa. Ahora bien, en la era digital ¿subsiste el riesgo de censura?

La llegada de los nuevos medios telemáticos comporta profundos cambios. Internet es una red internacional que no controlan los Estados. El acceso a los contenidos se realiza de forma individual bajo demanda del usuario. Además, las fases de publicación de un contenido se han acortado muchísimo, pues un usuario puede ser creador de sus propios contenidos, hacerlo sin papel y de forma casi inmediata. No hay acuerdo sobre la amenaza real de censura que pueden implicar las nuevas tecnologías.

Para unos, el potencial de censura en internet es bajo, pues el acceso individual a los contenidos dificultaría un control general del proceso de comunicación. Además, el hecho de que los contenidos pueden colgarse en la Red fácilmente, aunque sea por un breve espacio de tiempo, impediría que pudiera hablarse de censura en sentido constitucional⁸⁸. Tampoco puede ignorarse que muchas medidas de control de contenidos consiguen justamente el efecto contrario, pues la prohibición de un material, no impide muchas veces su reproducción por doquier⁸⁹.

Sin embargo, para otros, la tecnología permite prohibir contenidos en internet con mayor facilidad que en el mundo analógico. La supresión de los mismos en la Red puede tener un carácter definitivo, pues no existe una edición que permita su archivo y asegure su conocimiento antes de la supresión. Además, las posibilidades de bloquear o, incluso, de eliminar contenidos serían en internet más rápidas y efectivas. Por ello, no cabe descartar un potencial de control de contenidos superior a otros medios, sin que quepa desechar el riesgo real de censura⁹⁰. Sin embargo, en ese caso, algunos de los pilares sobre los que se ha construido el concepto constitucional de censura se tambalean.

88 STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit., p. 1609.

89 Por ejemplo, lo sucedido al decretarse el secuestro judicial de *El Jueves* correspondiente a la portada de la caricatura de los Príncipes de Asturias en actitud explícitamente sexual, TOMÉ GARCÍA, J., "El secuestro judicial de los soportes de la información en el proceso penal por delitos contra el honor, la intimidad o la propia imagen", *Revista de derecho procesal*, núm. 1, 2008, pp. 503-504.

90 KORENG, A., *Zensur im Internet*, op. cit., p. 210. HOFFMANN-RIEM, W., «Artikel 5», op. cit., pp. 68, 69-70.

2. La relatividad del concepto constitucional de censura

2.1 *El parámetro temporal: la censura ¿solo previa?*

La Constitución española prohíbe la censura previa expresamente. El Tribunal Constitucional se ha referido siempre a la censura como un control cualificado de contenidos que define como previo o preventivo. Esa determinación explícita del parámetro temporal de la censura en el propio texto constitucional constituye una peculiaridad española. La Constitución de 1978 recoge la censura «previa» posiblemente por inercia histórica, pues todos los textos, desde Cádiz hasta la II República, contemplaron expresamente la interdicción de la censura previa⁹¹.

Sin embargo, en el entorno europeo, debe destacarse que la casi totalidad de las Constituciones han optado por una prohibición de la censura, sin mención a su carácter previo⁹². Los textos que más influyeron en la Constitución española, la Ley Fundamental de Bonn, la Constitución italiana o la Constitución portuguesa, prohíben la censura, pero no contienen mención al parámetro temporal⁹³. Es más, en esos casos, se ha obviado de forma expresa prohibir la censura solo previa para no limitar el concepto de esta categoría⁹⁴. Ciertamente, la jurisdicción constitucional y la doctrina dominante en aquellos países también han restringido la censura vetada constitucionalmente al control previo, pero a través de la vía de la interpretación, no porque se trate de un requisito que esté previsto textualmente en la propia Constitución⁹⁵.

La dimensión temporal de la prohibición de censura radica, como se vio, en razones históricas. La historia del constitucionalismo liberal fue la lucha contra la censura previa que se instauró tras al descubrimiento de la imprenta. La libertad de expresión y de prensa se identificó con la abolición de la censura, esto es, «se entendía que la libertad de palabra y prensa consistía en que para decir algo no fuese necesario obtener

91 Hecha excepción de la Constitución de 1869, la única que prohíbe la censura sin referencia al parámetro temporal (art. 22).

92 A diferencia de nuestra tradición donde se prevé siempre la «censura previa», otros países europeos fueron eliminando esta determinación temporal: así, en la Constitución francesa de 1830 y por influencia de la misma, en las Constituciones de Bélgica de 1831 o Luxemburgo de 1868. Tampoco en la Constitución de Weimar de 1919 consta ya el parámetro temporal.

93 Además de la Ley Fundamental de Bonn, la Constitución italiana, la Constitución portuguesa, la prohibición de censura sin referencias a «previa» se recoge también en la mayoría de los textos del ámbito europeo, Suiza y la mayor parte de Constituciones de países de la Unión. Por el contrario, solo algunos textos contienen referencias al carácter preventivo de la censura, Suecia (artículo 1 Ley constitucional de Prensa de 1949), Finlandia (Sección 12.1), Holanda (art. 7.1); Dinamarca (art. 77), Grecia (art. 14.2) y Polonia (art. 54).

94 Sobre este extremo en la elaboración de la Ley Fundamental de Bonn, LÖFFLER, M., «Das Zensurverbot der Verfassung», en *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 50, 1969, p. 2227; en la tramitación del texto suizo de 1999, KRÜSI, M., *Das Zensurverbot nach Art. 17 Abs. 2 der Schweizerischen Verfassung*, op. cit., pp. 43-47.

95 En Alemania, entre otros, STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit., p. 1603, STARCK, C., «Art. 5», op. cit., p. 587; JARASS, H. D. y PIEROTH, B., op. cit., p. 2007. Por su parte, en Italia, BIFULCO, R., CELOTTO, A., OLIVETTI, M., *Commentario alla Costituzione*, Utet Giuridica, Torino, 2006, p. 459; ZACCARIA, R., *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, con la collaborazione di VALASTRO, A., 4.ª ed., Cedam, Padova, 2003, pp. 78-79.

una previa autorización del poder público»⁹⁶. Pero, con anterioridad a la censura previa gubernativa, existió la censura eclesiástica que se llevaba a cabo una vez publicada la obra. De hecho, la distinción entre *censura praevia* y *censura repressiva* se hallaba ya en el Derecho Canónico⁹⁷. La rapidez de difusión que proporcionaba la imprenta desplazó a la censura represiva, en favor de la censura previa que permitía fácilmente un completo control del proceso de comunicación en los medios tradicionales. De este modo, los controles de contenidos *a posteriori* resultaron ya menos peligrosos, porque no impedían una total difusión de contenidos.

Sin embargo, el concepto de censura previa resulta poco operativo ante las nuevas tecnologías. El principal escollo para calificar de censura a los remedios jurídicos que se han propuesto para controlar los contenidos en internet —con la excepción de la instalación de filtros— radica en la ausencia del elemento temporal que precisa un examen para ser censura en sentido técnico-jurídico.

La censura previa se vincula al control antes de la publicación o de la difusión por primera vez de un contenido, pero ese momento no resulta fácil de determinar en internet⁹⁸. ¿Cuándo hay publicación o difusión por primera vez en la Red? En los medios de comunicación clásicos (prensa escrita y televisión generalista), la publicación o la emisión coinciden con el momento en que un contenido puede llegar a la generalidad de la población. En la Red, el momento de la difusión no coincide ya con el momento de la recepción. En internet, la publicación no significa simultáneamente la recepción por la opinión pública. De hecho, un contenido puede colgarse en la Red, pero un sistema de filtrado y bloqueo puede impedir el acceso del usuario al mismo.

Por ello, de forma creciente, la doctrina alemana no descarta que los avances tecnológicos puedan abrir nuevas posibilidades a la censura y se postula un concepto de aquella que no dependa del momento del control.

En primer término, se argumenta que el *telos* de la prohibición de censura es impedir un examen general y sistemático de los procesos de comunicación, independientemente de si suceden antes o después de la difusión por primera vez de un contenido. La prohibición de censura debería incluir tanto la censura previa, como la censura represiva. La historia demuestra que la censura previa no ha sido la única forma de censura que ha existido. El cambio tecnológico que representó la imprenta motivó una redefinición de la censura y, por ello, el carácter previo —entendido como difusión por primera vez— no sería esencial para hablar de censura⁹⁹.

En segundo lugar, la interpretación sistemática no resulta suficiente para entender que la censura en todo caso debe ser previa. En efecto, la Constitución prevé controles represivos legítimos, al contemplar límites a las libertades que garantizan un proceso

96 En estos términos, VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. «Censura, secuestro y medidas cautelares en materia de libertad de información y expresión», *op. cit.*, (pdf: p. 18).

97 Sobre ello, *vid.* LÖFFLER, M., «Das Zensurverbot der Verfassung», *op. cit.*, p. 2225.

98 DEGENHART, C., Art. 5, en DOLZER, R., GRASSHOF, K., KAHL, W., WALDHOFF, C. (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006, p. 581.

99 HOFFMANN-RIEM, W., «Artikel 5», *op. cit.*, pp. 67-68. Asimismo, HÜPER, M., *Zensur und Kommunikationstechnologien*, Verlag, Aachen, 2004, pp. 65, 87; KORENG, A., *Zensur im Internet*, *op. cit.*, pp. 215-219; SIEBER, U., y NOLDE, M., *Sperrverfügungen im Internet: Nationale Rechtsdurchsetzung im globalen Cyberspace?* Duncker & Humblot, Berlin, 2008, pp. 105-105.

de comunicación libre para salvaguardar otros derechos y bienes constitucionalmente legítimos. De ahí se ha deducido que la censura proscrita sería la previa, no los controles *a posteriori*¹⁰⁰. En ese sentido, se ha llegado a afirmar que una de las aportaciones del constitucionalismo liberal ha sido la prohibición del control de contenidos previa y gubernativa en favor del control de contenidos represivo por el poder judicial¹⁰¹. Sin embargo, esa interpretación se basaría en una errónea equiparación entre el control represivo y las medidas judiciales legítimas para proteger otros derechos o bienes jurídicos, pues desconocería que también puede haber controles posteriores generales de todas las opiniones e informaciones, cuya *ratio* no sería la defensa de otros derechos legítimos, sino justamente estrangular la libre transmisión de ideas y paralizar el proceso de comunicación¹⁰².

Esta interpretación que propugna la irrelevancia del parámetro temporal para definir de la censura proscrita constitucionalmente ¿es extrapolable a España?

Una ampliación del ámbito de la censura *ratione temporis* no cabe en nuestro ordenamiento, ya que, a diferencia de Ley Fundamental de Bonn, el tenor de la Constitución española habla expresamente de censura «previa». La censura en nuestro ordenamiento es previa o no es censura. Ahora bien, ¿es posible otra interpretación de dicho requisito temporal? El Tribunal Constitucional ha definido habitualmente la censura como control antes de la publicación de un escrito o de la emisión de un programa, pero también se ha referido a la censura como «cualesquiera limitaciones preventivas de su ejercicio [de la libertad de expresión en todas sus manifestaciones]» con carácter permanente y con un propósito censor (STC 187/1999 [FJ5]). En este último caso, la censura podría ser más amplia que la tradicional censura previa (antes de la difusión por primera vez), pues podría incluir medidas que no solo hagan imposible la difusión *ex ante*, sino que impidan también la recepción por primera vez, ya que difusión y recepción pueden no ser ya simultáneas en las comunicaciones electrónicas¹⁰³. Históricamente, la prohibición de censura ha protegido la libertad de expresión y de información, la difusión inicial y, con ello, al autor (emisor o sujeto activo) de una opinión o información. Sin embargo, los avances tecnológicos ponen de manifiesto la necesidad de proteger al usuario no solo como autor o distribuidor de contenidos, sino como receptor de los mismos. El artículo 20.2 CE da cobertura a dicha interpretación, porque no solo alcanza a las libertades de expresión y de información, sino también al derecho a recibir información¹⁰⁴.

2.2 Las injerencias prohibidas: ¿qué control de contenidos es censura?

El segundo elemento que define el concepto constitucional de censura es la forma de control. La censura prohibida constitucionalmente constituye una injerencia preven-

100 JARASS, H. D., y PIEROTH, B., *Grundgesetz für die Bundesrepublik. Kommentar*, 11.ª ed., C.H. Beck, München, 2011, p. 2007.

101 STARCK, C., «Art. 5», en v. MANGOLDT, H., KLEIN, F., STARCK, C. (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 6.ª ed. Band. 1, Verlag Vahlen, München, 2010, p. 587.

102 LÖFFLER, M., «Das Zensurverbot der Verfassung», *op. cit.*, p. 2227.

103 KORENG, A., *Zensur im Internet*, *op. cit.*, p. 219.

104 Sobre el derecho a recibir información y la prohibición de censura previa, por todos, VILLAVARDE MENÉNDEZ, I., *Los derechos del público*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 102-105.

tiva especialmente dañina para las libertades del artículo 20 CE. El concepto de censura se ha definido tradicionalmente con criterios formales, esto es, como un procedimiento específico de control de contenidos.

La distinción entre censura formal y censura material es una creación de la doctrina alemana. Por censura formal se entiende la obligación de presentación de una obra del espíritu a un examen oficial, sin la autorización del cual no puede publicarse. Para el concepto formal de censura no es relevante el parámetro de control, sino el procedimiento del examen de contenidos. Por el contrario, la censura material no se basa en la forma del control, sino que alude normalmente al parámetro conforme al cual se enjuicia una obra del espíritu, esto es, criterios religiosos, ideológicos o políticos¹⁰⁵.

La censura como figura de Derecho público se ha definido históricamente con base en el concepto formal, pues éste brinda indudables ventajas. El concepto clásico de censura requiere un examen obligatorio y oficial de contenidos previo por parte de la autoridad pública tras el cual se otorgaba la autorización para publicar una obra. Un procedimiento con esas características aportaba seguridad jurídica, ya que resultaba claramente identificable¹⁰⁶. Sin embargo, la exigencia de un examen de ese tipo limitaría el concepto de censura casi a lo imposible hace mucho tiempo y, por supuesto, lo haría impracticable en la era digital.

No hay duda de que constituyen formas de censura la obligación de presentación o depósito previo de un escrito o programa ante una autoridad, la obligación de solicitar autorización para publicar, o la prohibición de publicación sin autorización¹⁰⁷. Más allá de estos supuestos, tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional con buen criterio, también pueden existir medidas equiparables a la censura proscritas constitucionalmente. Como se ha visto, determinar cuándo una medida equiparable a la censura resulta sumamente casuístico, pero, en cualquier caso, precisaría ser una determinada forma de control de contenidos, preventiva, obligatoria, indiscriminada y permanente en el tiempo. Asimismo, debe existir un nexo causal entre la medida de control y la transmisión de pensamientos e informaciones, esto es, del control de contenidos debe hacerse depender la difusión, sin que sea necesario que dicho procedimiento de control precise en todo caso placet.

La censura prohibida constitucionalmente es siempre un control de contenidos. Eventuales prohibiciones de difusión que no comporten dicho control (por ejemplo, la distribución de octavillas en la vía pública) pueden ser desproporcionadas, pero no censura a los efectos del artículo 20.2 CE.

105 Sobre esa distinción, NESSEL, T., *Das grundgesetzliche Zensurverbot*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, pp. 152-158 y KRÜSI, M., *Das Zensurverbot nach Art. 17 Abs. 2 der Schweizerischen Verfassung*, *op. cit.*, pp. 92-129.

106 La doctrina alemana delimitó la prohibición de censura con esas notas formales, a fin de dar seguridad jurídica. Para ello, adaptó el concepto de prohibición de publicación con reserva de autorización (*Verbot mit Erlaubnisvorbehalt*) del Derecho de policía, en concreto, de la figura de la prohibición de policía con reserva de permiso (*Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt*), concepto acuñado a finales del siglo XIX por Otto Mayer. Sobre el proceso de formalización de la censura especialmente durante la época de Weimar, NESSEL, T., *Das grundgesetzliche Zensurverbot*, *op. cit.*, pp. 65-66, pp. 102-105. Sobre la categoría de la prohibición de policía con reserva de permiso, MAYER, O., *Derecho administrativo alemán*, tomo II, Parte Especial, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1972, pp. 59-65.

107 DEGENHART, C., «Art. 5», *op. cit.*, p. 579; STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, *op. cit.*, p. 1605.

¿Cuál es, entonces, la esencia de la censura? La censura se caracterizaría respecto a otros controles de contenidos por la finalidad que persigue. Para el Tribunal Constitucional español la prohibición de censura sirve para «prevenir que el poder público pierda su debida neutralidad respecto del proceso de comunicación pública libre garantizado constitucionalmente [...] disponiendo sobre qué opiniones o qué informaciones pueden circular por él, ser divulgadas, comunicadas o recibidas por los ciudadanos» (STC 187/1999, FJ 5). Ciertamente es así, pero la finalidad de la censura es amplia. El Tribunal Constitucional Federal alemán sitúa el *telos* de la prohibición de censura en evitar la paralización o el colapso de la vida intelectual¹⁰⁸, entendiéndolo por tal la reducción de contenidos en el proceso de comunicación y la manipulación de la opinión pública. Por ello, para conseguir esa finalidad, la censura precisa un singular control de contenidos que se caracteriza por ser un examen general y sistemático de todas las opiniones e informaciones con la finalidad de prohibir total o parcialmente contenidos indeseados¹⁰⁹.

Pero, ¿cuándo se produce un control general y sistemático de contenidos? La doctrina alemana entiende por tal cualquier procedimiento metódico de control obligatorio de contenidos indeseados¹¹⁰. Hoy día, los sistemas de filtros permiten un procedimiento de control que se asemeja mucho a ese control sistemático de contenidos. Estos programas pueden conseguir el control de la totalidad de las comunicaciones electrónicas y, con ello, a mayor «densidad» de control del proceso de comunicación, mayor es el riesgo de parálisis del mismo.

Los controles generales y sistemáticos se diferenciarían, así, de las supervisiones de contenidos en casos específicos por la finalidad de dicho control. En el primer caso, se persigue estrangular un proceso de comunicación, mientras que en las supervisiones específicas se protegen derechos y bienes legítimamente amparados por el ordenamiento jurídico donde la licitud de la restricción depende del respeto a las garantías formales y de la correcta ponderación (por ejemplo, la propia Constitución permite controles de contenidos para la salvaguarda de otros derechos o bienes jurídicos, como los derechos de la personalidad o la protección de la juventud y la infancia, límites expresos a las libertades de expresión y de información en cualquiera de sus manifestaciones [art. 20.4 CE])¹¹¹.

En internet, la distinción entre los casos de supervisión general (prohibida por el Derecho europeo) y supervisiones específicas (para la defensa de otros derechos y bienes legítimos) constituye una cuestión especialmente importante. Como se ha indicado, el Derecho europeo prohíbe la supervisión general de contenidos en internet por parte de los prestadores de internet, pero no excluye obligaciones de supervisión específicas (sin

108 BVerfGE 33, 52 (*Der lachende Mann*): «*Schon die Existenz eines derartigen Kontroll- und Genehmigungsverfahrens lähmt das Geistesleben*». El efecto de parálisis de la vida intelectual (*Lähmung des Geistesbens*) se utiliza por la doctrina alemana como sinónimo de la expresión anglófona *chilling effect*, WIENSTROTH, H., «*Internetregulierung im Lichte des Zensurverbots*», *op. cit.*, p. 100.

109 Sobre la esencia de la censura como control general y sistemático de contenidos, *vid.* el sugerente y todavía actual trabajo de LÖFFLER, M., «*Das Zensurverbot der Verfassung*», *op. cit.*, p. 2227.

110 Sobre el concepto de control sistemático en la doctrina alemana, KRÜSI, M., *Das Zensurverbot nach Art. 17 Abs. 2 der Schweizerischen Verfassung*, *op. cit.*, pp. 104-106.

111 URÍAS, J., *Lecciones de Derecho de la información*, *op. cit.*, pp. 281-284. En la doctrina alemana, STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, *op. cit.*, p. 1607.

que se aclare su significado), ni órdenes de bloqueo o retirada de las autoridades nacionales de acuerdo con las legislaciones nacionales. Sin embargo, el número de supuestos habilitantes para el cierre de páginas web sigue *in crescendo* (así, pornografía infantil, descargas ilegales, seguridad y orden público e, incluso, juego online). ¿Cuáles son los efectos de esta tendencia sobre el proceso de comunicación? Los supuestos habilitantes para cerrar páginas web, examinados por separado, difícilmente podrán reputarse como un caso de censura proscrita constitucionalmente, si bien no puede descartarse que la suma de esas obligaciones específicas pueda conducir a una supervisión del comportamiento usuarios muy amplia¹¹².

2.3 *El destinatario de la prohibición: el Estado y ¿los particulares?*

La prohibición de censura surgió históricamente para impedir que la circulación de ideas pudiera estar condicionada por los gobernantes¹¹³. El concepto de censura clásico es tributario también de la historia del constitucionalismo, donde el Estado era el «enemigo» de la libertad. Sin embargo, los privados han pasado a tener, aun en contra de su voluntad, un poder superior al de los Estados especialmente para controlar los contenidos en la Red¹¹⁴, en particular mediante el uso de filtros cuyo potencial de supervisión es muy superior, como indicado, al control manual de viejo censor gubernativo. Ello arroja conclusiones incoherentes como las que indicaba el Profesor Hoffmann-Riem al inicio de estas páginas: una actividad de control de contenidos sistemática y planificada puede calificarse sin lugar a dudas como censura si la realiza un poder público, pero no si la lleva a cabo un particular.

La prohibición de censura ¿vincula también a los particulares? El concepto clásico de censura sitúa a la autoridad gubernativa, en especial, y al poder público, en general, como los destinatarios de dicha prohibición. En la doctrina alemana dominante, el destinatario de la misma son los poderes públicos, no los privados¹¹⁵. En España, la situación no resulta tan clara.

La Constitución nada dice expresamente sobre quién es el sujeto censor, pero el Tribunal Constitucional, al recoger el concepto clásico de censura, ha exigido en estos casos

112 METZER, A., «Keine Pflicht für Betreiber sozialer Netzwerke zu umfassenden Überwachungs- und Filtersystemen», *op. cit.*, p. 385, también MARBERTH-KUBICKI, A., «Der Beginn der Internet-Zensur: Zugangssperren durch Access-Provider», *op. cit.*, p. 1796. En el sentido de que no debe excluirse que puedan ser censura controles específicos para proteger derechos o bienes jurídicos, HOFFMANN-RIEM, W., «Artikel 5», *op. cit.*, pp. 66-67.

113 DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de Derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 339. En realidad, el Estado como sospechoso de «censor» surge con el constitucionalismo liberal, pero en su origen la censura fue ejercida antes por la Iglesia que por los Estados, DESANTES GUANTER, J. M., *Fundamentos del Derecho de la información*, Confederación Española de Cajas de Ahorros, Madrid, 1977, p. 56. Por ello, en la doctrina alemana, la interpretación histórica permitiría afirmar que la censura se dirige al Estado y también a privados, pues la Iglesia también fue censora, HÜPER, M., *Zensur und Kommunikationstechnologien*, *op. cit.*, pp. 37-38.

114 En ese sentido, *vid.* los *Informes de transparencia de Google*, en particular, el de junio 2012, donde se indican, por países, los contenidos que los Estados solicitan que retire de Internet: <http://www.google.com/transparencyreport/traffic/?hl=es>.

115 En Alemania, entre otros, STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, *op. cit.*, p. 1609, STARCK, C., «Art. 5», *op. cit.*, p. 588.

un control de contenidos ejercido por un poder público. Ciertamente, ha descartado que sean censura ciertos controles de privados normalmente vinculados al ámbito interno de una empresa de comunicación, como el derecho de veto del director del medio. Pero, en este supuesto, el Tribunal no ha negado que no quepa censura en atención a la calidad del sujeto censor, sino porque el derecho de veto es una pieza que puede impedir la publicación de informaciones difamatorias, protege otros derechos fundamentales, y, en último término, permite hacer responsable al director en caso de infracción del ordenamiento jurídico.

Por ello, el hecho de que el Tribunal haya rechazado que determinados controles sean censura, no permite aseverar que la Constitución no prohíba controles privados que tengan el mismo efecto y propósito que la censura. Además, el Tribunal Constitucional también ha declarado que quedan prohibidos no solo la censura clásica, sino «todos los tipos imaginables de censura previa». Aun en ese caso, el alto tribunal recuerda la necesidad del carácter previo del control, pero, sin embargo, nada dice acerca de la calidad pública o privada del censor. De esta forma, los privados podrían ser también destinatarios de dicha prohibición, si el control de contenidos que pueden llevar a cabo es equiparable a medidas de censura¹¹⁶. Y el desarrollo tecnológico no permite excluir la posibilidad de un control sistemático e indiscriminado de los procesos de comunicación por particulares conforme a unos determinados valores o en defensa de intereses privados.

Además, el ordenamiento constitucional dispone del instrumental necesario para hacer frente a la censura privada. La teoría de los derechos fundamentales, en particular la dogmática alemana, ha construido categorías para proteger a los ciudadanos frente al poder creciente de los particulares. En ese sentido, la prohibición de censura no solo tendría una dimensión reaccional, sino también objetiva que le permitiría irradiar efectos en las relaciones entre particulares (*Drittwirkung*) y generar deberes de protección que incumben al Estado (*Staatschutzpflichten*)¹¹⁷. En el primer supuesto, se encuadrarían las relaciones contractuales entre el prestador y el usuario en ejercicio de la autonomía voluntad privada. En esos casos, la prohibición de censura prohibiría que el prestador de internet no pudiera prever sistemas de filtrado sin consentimiento del usuario. Y lo mismo regiría en los supuestos en que la autonomía de la voluntad no fuera real y el usuario final careciera de la posibilidad de evitar dichos controles¹¹⁸. Asimismo, la prohibición constitucional de censura generaría deberes de protección para el Estado que, principalmente a través del legislador, debería adoptar previsiones contra la construcción de un poder censor privado.

El Tribunal Constitucional ha señalado que la prohibición de censura se dirige al legislador para evitar que «pudiera tener la tentación de someter su ejercicio y disfrute a cualesquiera autorizaciones, sea cual fuere su tipo o su carácter»¹¹⁹, pero, además de

116 En favor de la aplicación de la prohibición de censura también a particulares, VILLAYERDE MENÉNDEZ, I., *Los derechos del público*, *op. cit.*, p. 103.

117 HOFFMANN-RIEM, W., «Medienregulierung als objektiv-rechtlicher Grundrechtsauftrag», *Medien & Kommunikationswissenschaft*, núm. 2, 2002, p. 194. En se mismo sentido, más extensamente, HÜPER, M., *Zensur und Kommunikationstechnologien*, *op. cit.*, pp. 75-86.

118 HOFFMANN-RIEM, W., «Artikel 5», *op. cit.*, p. 70.

119 STC 187/1999 [FJ 5]. Sobre el legislador como destinatario de la prohibición de censura, *vid.* especialmente, VILLAYERDE MENÉNDEZ, I., «Censura, secuestro y medidas cautelares en materia de libertad

esa dimensión negativa, en su dimensión positiva, el legislador puede impedir la censura privada, por ejemplo, mediante obligaciones de transparencia y control sobre los prestadores¹²⁰, o la formulación criterios claros en la atribución de responsabilidad a los prestadores que eliminen el clima de inseguridad y el indeseado efecto disuasorio sobre las libertades de expresión y de información¹²¹.

VI. Y POR ÚLTIMO: EL FUTURO DE LA PROHIBICIÓN DE CENSURA, REDEFINIR EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE CENSURA

La Constitución española proclama que el ejercicio de las libertades que garantizan un proceso de comunicación libre no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa. Pocas disposiciones constitucionales parecen tan claras y pocos preceptos como éste han suscitado tan escaso interés para la doctrina de nuestro país. Sin embargo, el artículo 20.2 CE, pese a ese tenor lacónico, rotundo y omnicompreensivo con vocación de proscribir cualquier tipo de censura previa solo resulta apodíctico aparentemente, porque suscita múltiples cuestiones de naturaleza teórica y práctica.

La acepción «redefinir» significa volver a definir algo cuyas características o circunstancias han cambiado. La interdicción constitucional de censura es una construcción del constitucionalismo liberal y un emblema de la lucha por las libertades de expresión y de información, pero el contexto histórico, económico y mediático ha cambiado radicalmente. El desarrollo de internet es una revolución tecnológica tan importante como lo fue en su día la invención de la imprenta por Gutenberg.

El concepto clásico de la censura constitucionalmente prohibida alude a una censura previa, formal y frente al Estado. Sin embargo, esa interdicción de la censura, tal como ha sido construida e interpretada tradicionalmente, ofrece una débil protección, hasta el punto de que resulta casi impracticable en internet. Los avances tecnológicos ponen en entredicho la esencialidad de algunos de los elementos que hasta ahora eran considerados requisitos imprescindibles y evidentes del concepto técnico de censura. El concepto jurídico-constitucional de censura deberá probablemente reinterpretarse para regir esa nueva realidad y, para ello, deberían agotarse las posibilidades de significado de la norma.

La censura que proscribe la Constitución es la censura previa. Sin embargo, no resulta fácil determinar cuál es el momento de publicación o de difusión por primera vez en la Red. La doctrina alemana ha demostrado que el parámetro temporal no es un elemento esencial del concepto censura, porque las formas de publicar —y la censura—, como ha demostrado la historia, dependen de la tecnología y, por ende, son susceptibles de cambiar en el tiempo. En nuestro ordenamiento la censura es, en todo caso, una injerencia preventiva y así lo dice expresamente la Constitución. Una eventual reforma constitucional podría contemplar la interdicción «mediante ningún tipo de censura»,

de información y expresión», *op. cit.* (pdf: p. 19).

120 HOFFMANN-RIEM, W., «Medienregulierung als objektiv-rechtlicher Grundrechtsauftrag», *op. cit.*, p. 194.

121 KORENG, A., *Zensur im Internet*, *op. cit.*, p. 211.

sin el adjetivo «previa» para no acotar su concepto, en la misma línea que la inmensa mayoría de las Constituciones de nuestro entorno, que no prevén explícitamente el carácter previo de la censura.

La prohibición de censura se ha dirigido al Estado, de nuevo, por razones históricas. Sin embargo, los privados han pasado a tener unos poderes de supervisión del flujo de comunicación muy superiores a la actividad censora de cualquier Estado. El Tribunal Constitucional ha rechazado que sean censura determinados controles de contenidos por privados, pero también ha sido tajante al prohibir «todos los tipos imaginables de censura previa». Y esa ampliación jurisprudencial del concepto de censura debería permitir incluir todas aquellas actividades equiparables a la censura en atención a los nuevos peligros que pueden representar las nuevas tecnologías.

Los avances tecnológicos demuestran que la esencia de la censura ha sido siempre una determinada forma de controlar contenidos, el control sistemático y general de opiniones e informaciones, pues este tipo de supervisión es susceptible de estrangular el proceso de comunicación. Con internet se abren nuevos interrogantes sobre el riesgo de paralizar el flujo de comunicación, especialmente mediante sistemas de filtrado que permiten un control de todas las comunicaciones electrónicas. Más allá de ello, constituye un motivo de reflexión el creciente número de supuestos habilitantes para el cierre de páginas web y las garantías del mismo. A la vista de ello, no está claro que el resultado final pueda desembocar en una supervisión de los comportamientos de los usuarios en la Red tan amplia que pueda bloquear el proceso de comunicación.

El debate sobre el futuro de esta prohibición y la apuesta por redefinir la censura constitucionalmente proscrita es el camino emprendido por la prestigiosa doctrina alemana en las últimas décadas. El Derecho extranjero y comparado muestra el potencial de una norma constitucional interna poco explorada, el artículo 20.2 CE, pero también el potencial que encierra el concepto de censura construido por el Tribunal Constitucional. La prohibición de censura arrastra mucho lastre histórico, pero, a diferencia de otros ordenamientos, la interdicción del artículo 20.2 CE, tal como ha declarado el alto Tribunal desde el inicio de su jurisprudencia, incluye todos los tipos imaginables de censura previa «aun los más débiles y sutiles». Esa ampliación del concepto puede ser una pieza clave para proporcionar al concepto de censura la versatilidad necesaria para adaptarse a los nuevos riesgos del avance tecnológico.

Son muchos los interrogantes sobre la amenaza real de censura en internet, pero no puede descartarse su aparición con nuevos rostros. La censura quizá todavía no es cosa del pasado. Por ello, la interpretación de la prohibición de censura sigue siendo clave en los ordenamientos constitucionales para garantizar la libertad y la neutralidad de los procesos de comunicación también en la era digital.

TITLE: *The Prohibition of Censorship in the Digital Age.*

ABSTRACT: *Article 20.2 of the Spanish Constitution categorically prohibits prior censorship. Nevertheless, despite the apparent clarity and forcefulness of this text, this provision brings about many theoretical and practical questions. The defining features of the technical and legal concept of censorship are strongly rooted in history, but technological advances challenge the idea that this category is useful on the Internet. Technological advances do not allow us to rule out the development of comparable forms of censorship; however, the technical and legal concept of censorship provides little protection in*

this new technological environment. The concept of censorship should be reformulated so that the constitutional prohibition of it also serves to protect an open communication process in the 21st century.

RESUMEN: *La Constitución española prohíbe de forma rotunda la censura previa en su artículo 20.2. Sin embargo, pese a la aparente claridad y contundencia de esa formulación, son muchos los interrogantes teóricos y prácticos que plantea este precepto. Las notas definitorias del concepto técnico-jurídico de censura tienen una fuerte impronta histórica, pero los avances tecnológicos ponen en entredicho que esta categoría sea útil en internet. Los avances tecnológicos no permiten descartar el desarrollo de formas equiparables a la censura. Sin embargo, el concepto técnico-jurídico de la misma brinda una escasa protección en el nuevo contexto tecnológico. El concepto de censura debe reformularse, a fin de que su prohibición constitucional sirva también para proteger un proceso de comunicación libre en el siglo XXI.*

KEY WORDS: *Censorship. Content control. Free speech. Internet. New technologies. Filters.*

PALABRAS CLAVE: *Censura. Control de contenidos. Libertad de expresión. Internet. Nuevas tecnologías. Filtros.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 18.11.2012. **FECHA DE ACEPTACIÓN:** 12.02.2013.

NOTAS

