

EL “TRIBUNAL SUPREMO” DE FACEBOOK: ¿UN NUEVO PASO HACIA LA JUSTICIA SIN ESTADO?

THE “SUPREME COURT” OF FACEBOOK: A NEW STEP TOWARDS JUSTICE WITHOUT THE STATE?

ALEJANDRO SÁNCHEZ FRÍAS*

*Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Málaga*

ORCID ID: 0000-0001-8301-2434

Recibido: 12.04.2020 / Aceptado: 04.05.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5676>

Resumen: El presente estudio introduce al lector la naturaleza y funcionamiento del “Tribunal Supremo” de Facebook como un nuevo medio de resolución alternativa de conflictos en línea. La falta de regulación del Estado del mundo virtual, y en concreto de las redes sociales, ha favorecido la creación de sistemas de “justicia privada” con el objetivo de ofrecer a los usuarios soluciones más rápidas y eficientes a sus conflictos. Este fenómeno, limitado inicialmente a para proteger los derechos de propiedad, se ha extendido a los derechos de la personalidad, la libertad de expresión y la libertad de empresa. La aparición de órganos no jurisdiccionales especializados en esta materia ofrece importantes ventajas como alternativa a la tradicional “justicia pública”, lo cual puede guiarnos en un futuro hacia una reconceptualización del ejercicio de la abogacía en la que sea necesaria una formación en la *lex electronica* y los procedimientos que se aplican en las redes sociales.

Palabras clave: medios de resolución de conflictos en línea, redes sociales, justicia pública, justicia privada.

Abstract: This study introduces the reader to the nature and functioning of the “Supreme Court” of Facebook, as a new online method of alternative dispute resolution. The lack of State regulation in the virtual world has benefited the development of new systems of “private justice” offering its users faster and more effective solutions to their conflicts. This phenomenon, initially limited to protecting property rights, has evolved including personality rights, freedom of expression and freedom of business. The raise of non-jurisdictional organs specialized in this subject offers important advantages as an alternative to the traditional “public justice”, which can lead us in the future to a reconceptualization of the legal practice, in which the training on *lex electronica* and social media procedures will be a must.

Keywords: online methods of alternative dispute resolution, social media, public justice, private justice.

* Doctor en Derecho y Máster en Abogacía por la Universidad de Málaga, Máster en Estudios de la Unión Europea por la Universidad de Salamanca y Máster en Derecho Europeo por el Colegio de Europa (Brujas). El presente estudio se enmarca en el Grupo de Investigación “Protección Internacional de los Derechos Humanos, Seguridad y Medioambiente (SEJ-593)” del Plan Andaluz de Investigación y en el proyecto del MINECO “Regímenes de facto, desterritorialización de las obligaciones de los Estados y consecuencias para la seguridad, dignidad humana y sostenibilidad”, ambos dirigidos por la Dra. Ana Salinas de Frías. Agradezco al Dr. Lorenzo Gradoni su presentación titulada “Italian Neo-fascists versus Facebook: A Few Thoughts on Pluralism and Global Platform Justice after CasaPound Italia v Facebook Ireland Ltd” en el Max Planck Institute for International, European and Regulatory Procedural Law (Luxemburgo), la cual sirvió de inspiración para este trabajo.

Sumario: I. Introducción. II. El uso de las nuevas tecnologías: herramienta común en los mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales. III. Algunos obstáculos de la justicia estatal frente al mundo de las redes sociales: estudio del caso Facebook Ireland Limited de 3 de octubre de 2019. A) El control y retirada de datos por el prestador del servicio: una cuestión de obligaciones e inmunidades. a) Inmunidad, obligaciones generales y obligaciones específicas. b) Los “datos idénticos”. c) Los “datos similares”. B) El “efecto mundial” de la obligación de retirada de datos. IV. ¿Hacia una solución más rápida y eficiente? La propuesta del “Tribunal Supremo” de Facebook. A) Objetivos y composición. B) Competencia, procedimiento y fuentes. C) Efectos de las decisiones. V. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. En su obra *Justicia sin Estado*, el economista estadounidense Bruce Brenson defiende, desde su visión particular de la teoría del anarcocapitalismo, que los actores no estatales pueden administrar justicia de una manera más efectiva que los órganos estatales por contar con mayores incentivos económicos para hacerlo. La razón principal que respaldaría el cambio de la administración pública de la justicia por una administración privada se encontraría en la lentitud de los procesos judiciales tradicionales, es decir, en lo que comúnmente se identifica con el axioma “*justice delayed is justice denied*”¹.

2. Comulguemos o no con los postulados ideológicos del anarcocapitalismo, es difícil negar la existencia de dos procesos que, en las últimas décadas, han cobrado una especial fuerza a la hora de resolver conflictos entre particulares. El primero de ellos es la expansión, tanto cualitativa como cuantitativa, de los medios alternativos de resolución de conflictos. El segundo proceso es el de la aparición de las *LegalTech* con herramientas tales como la Inteligencia Artificial, el Internet de las Cosas, el *Big Data* o el *Blockchain*. El uso de estas nuevas tecnologías viene siendo implantado desde hace años como herramienta de apoyo a los actores jurídicos (a la hora de, por ejemplo, intercambiar documentos entre las partes o realizar vistas a través de medios electrónicos) si bien, más recientemente, han aparecido iniciativas que buscan automatizar y agilizar ciertos procesos en su totalidad, de manera que no sea necesaria siquiera la intervención humana.

3. El proceso de digitalización ha tenido una cálida acogida en lo que se refiere a la resolución de conflictos entre particulares a través de los medios alternativos de resolución de conflictos, sobre todo en materia de consumo y protección de los derechos de propiedad, hasta el punto de que podemos hablar de medios de resolución de disputas en línea. Encontramos como máximos exponentes los Centros de Resolución de Conflictos de ICANN, Ebay, Paypal y, como iniciativa pública, la Plataforma Europea de Resolución de Litigios en Línea.

4. Los escenarios litigiosos han adquirido tintes más aún más complejos con el auge de las redes sociales, en las que los conflictos se extienden a materias que afectan a derechos fundamentales del individuo tales como la privacidad, el derecho al honor o la libertad de expresión. Ante esta situación, las empresas han comenzado a establecer mecanismos de control y respuesta rápida. Nuestro estudio analiza el último mecanismo de resolución de disputas en línea: la Junta de Supervisión o “Tribunal Supremo” de Facebook como órgano de supervisión independiente. Para ello, la estructura se divide en tres partes. En la primera introducimos de manera breve las principales características de la relación entre las nuevas tecnologías y los mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales. A continuación, en la segunda parte tomamos un asunto ante el TJUE como caso de estudio en el que se engloban la mayor parte de las dificultades a las que se enfrentan los tribunales nacionales a la hora de solucionar el choque entre distintos derechos en el universo de las redes sociales. En la tercera parte pasamos a desgranar la naturaleza y funcionamiento de la Junta de Supervisión de Facebook, resaltando las ventajas y soluciones que ofrece esta opción a las partes implicadas en contraposición con las dificultades

¹ B. L. BRENSON, *Justicia sin Estado*, Madrid, Unión Editorial, 2000, pp. 245-247.

de solucionar los conflictos ante los medios jurisdiccionales identificadas en el apartado anterior. Por último, presentamos varias reflexiones en torno a la idoneidad de fomentar los medios alternativos de resolución de conflictos en un espacio intrínsecamente desregulado como es Internet, y la necesidad de que los profesionales del Derecho se adapten a esta nueva realidad virtual en el que la “justicia pública” del Estado no será sustituida, pero sí será evitada voluntariamente en un número importante de casos por el propio interés de las partes implicadas.

II. El uso de las nuevas tecnologías: herramienta común en los mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales

5. El núcleo del presente trabajo está dedicado a la creación por parte de Facebook de un órgano independiente de resolución de controversias con respecto a los contenidos que son alojados en sus redes sociales, tomando además un caso de estudio en el que quedan de manifiesto las dificultades a las que se enfrentan los mecanismos jurisdiccionales estatales en este contexto. El mecanismo propuesto por Facebook, como veremos, permitirá el desarrollo de un procedimiento completamente online de comienzo a fin: desde el daño se produce en el mundo virtual a través de la publicación de un contenido dañino, la presentación de las opiniones de las partes, la notificación de la decisión y la aplicación de la decisión en las redes sociales, consistente en el mantenimiento o eliminación del contenido conflictivo.

6. La idea de resolver los conflictos entre los usuarios de una red social fuera de los tradicionales mecanismos jurisdiccionales puede identificarse claramente con lo que Sander denominó *alternative dispute resolution* (habitualmente conocido por sus siglas ADR)², y que en castellano se ha traducido como “métodos alternativos de resolución de conflictos”. La razón de ser de estos métodos, tal y como se refleja en el propio título de la Conferencia de Pound, es el de ofrecer soluciones alternativas dada la insatisfacción que suele darse entre la población en cuanto a la administración de justicia. La aparición de estos mecanismos proclamados como más eficientes, entre los que se incluyen figuras como el arbitraje, la negociación y la mediación, ha dado lugar a que se hable de la distinción entre la “justicia pública”, identificada con los mecanismos jurisdiccionales, y la “justicia privada”, conformada por los métodos alternativos de resolución de conflictos³. La proliferación de estos medios alternativos se ha producido no sólo en las esferas del derecho privado a nivel nacional, sino que también se extiende a la resolución de controversias entre los propios Estados por los actos realizados de naturaleza tanto de *jure imperii* como de *jure gestionis*⁴.

7. Pero el auge de los medios alternativos de resolución de conflictos no es el único fenómeno que ha alterado el funcionamiento de la administración de justicia. Las nuevas tecnologías forman parte de nuestra vida diaria, produciéndose gran parte de los conflictos en espacios virtuales, por lo que la administración se ha visto forzada a adaptarse a esta nueva realidad. Las nuevas tecnologías han entrado pisando fuerte en el funcionamiento de la administración de justicia de numerosos Estados, si bien con distinta intensidad y en diferentes niveles. En este proceso de digitalización de la justicia, las nuevas

² F. SANDER, “Varieties of Dispute Processing”, en A. LEVIN y R. WHEELER (eds.), *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future (Proceedings of the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice)*, St Paul Minnesota, West Publishing, 1979, p. 86.

³ Véanse J. B. WEINSTEIN, “Some Benefits and Risks of Privatization of Justice Through ADR”, *The Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 11, Núm. 2, 1996, pp. 241-295; D.M. PROVINCE y C. SERON, “Privatization of Judicial Services”, *Journal of Public Administration Research and Theory*, Vol. 1, Núm. 3, 1991, pp. 319-336.

⁴ Queda fuera de los límites de este trabajo realizar un estudio de los métodos alternativos de resolución de disputas a nivel internacional. Para ello véanse, entre otros, A. PETERS, “International Dispute Settlement: A Network of Cooperational Duties”, *European Journal of International Law*, Vol. 14, Núm. 1, 2003, pp. 1-34; A. SPAIN, “Using International Dispute Resolution to Address the Compliance Question in International Law” *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 40, 2008, pp. 807-864; G. MORALES FERMÁNDEZ, *Los sistemas alternativos de resolución de conflictos*, Madrid, Dykinson, 2014; C. ESPLUGUES BARONA, “Justicia administrativa y medios alternativos de resolución de conflictos: ¿utopía o realidad?”, *Teoría y derecho*, Núm. 24, 2018, pp. 304-325.

tecnologías son utilizadas, en primer lugar, como instrumento auxiliar, bien para facilitar la toma de decisiones⁵, bien para el desarrollo del proceso de forma virtual⁶. En segundo lugar, estas tecnologías pueden emplearse en sustitución de los agentes implicados en el procedimiento judicial en una suerte de “mecanización del Derecho”⁷. En lugar de un abogado defensor, en Londres y Nueva York la aplicación *DoNotPay* permitió en 2016 a sus usuarios ganar directamente un importante porcentaje de recursos contra multas por infracciones de tráfico⁸. Con respecto a los jueces, en Estonia ya existen programas destinados a la creación de sistemas que resuelvan casos de escasa cuantía con el objetivo de aliviar la carga de trabajo de jueces y abogados⁹.

8. En cuanto a los medios alternativos de resolución de conflictos, también se han visto fuertemente alterados con esta irrupción y encontramos con cada vez más frecuencia los denominados “medios de resolución de disputas en línea (*online dispute resolution*, ODR por sus siglas en inglés). Surgen así las variaciones electrónicas de la mediación, el arbitraje y la negociación (*e-mediation*, *e-arbitration* y *e-negotiation*)¹⁰. Un ejemplo paradigmático lo encontramos en el sistema de resolución de conflictos de la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (ICANN, por su denominación en inglés). Esta organización contiene un sistema online de resolución de conflictos en materia de dominios virtuales y marcas a través de terceros proveedores como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual o el Foro de Arbitraje, con un procedimiento que incluye una demanda, contestación a la demanda y decisión en un periodo de 14 días¹¹. La rapidez y grado de especialización en este proceso, no obstante, se ve en ocasiones contrapuesta con críticas relativas a las incoherencias entre las decisiones de los distintos árbitros, las vulneraciones frecuentes a la libertad de expresión y la necesidad de instaurar un órgano de apelación¹². Como veremos en el apartado correspondiente, la propuesta de un “Tribunal Supremo de Facebook” parece haber abordado con éxito, al menos provisionalmente, las críticas vertidas contra el sistema de la ICANN. A lo cual se suma el desarrollo de códigos de conducta cada vez más elaborados aplicables en la resolución de conflictos, hasta llegar al punto de hablarse incluso de una *lex electronica*¹³, y que son sólo no iniciativas voluntarias de los prestadores de servicios sino también, en ocasiones, resultado de un mandato legal¹⁴. Podremos comprobar que este fenómeno es

⁵ En materia penal, por ejemplo, se son utilizadas para medir el riesgo de reincidencia. Véase A.L. WASHINGTON, “How to Argue with an Algorithm: Lessons from the COMPAS ProPublica Debate”, *Colorado Technology Law Journal*, Vol. 17, Núm. 1, 2019, pp. 131-160.

⁶ Sobre la creación de tribunales virtuales con jueces físicos véanse R. SUSSKIND, *Online Courts and the Future of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2019; Z. LOEBL, *Designing Online Courts: The Future of Justice is Open to All*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2019.

⁷ El término fue acuñado por un grupo de investigación de la Universidad de Oxford dirigido por JOHN ARMOUR, y cuyos resultados puede consultarse en: <https://www.law.ox.ac.uk/research-and-subject-groups/research-collection-law-and-technology/blog/2017/03/mechanisation-law>

⁸ S. GIBBS, “Chatbot lawyer overturns 160,000 parking tickets in London and New York”, *The Guardian*, 2016. Disponible en: <https://www.theguardian.com/technology/2016/jun/28/chatbot-ai-lawyer-donotpay-parking-tickets-london-new-york>

⁹ E. NILLER, “Can AI Be a Fair Judge in Court? Estonia Thinks So”, *Wired*, 2019. Disponible en: <https://www.wired.com/story/can-ai-be-fair-judge-court-estonia-thinks-so/>

¹⁰ J.C. BETANCOURT y E. ZLATANSKA, “Online Dispute Resolution (ODR): What is It, and It is the Way Forward?”, en J.C. BETANCOURT y J.A. CROOK, *ADR, Arbitration and Mediation*, Bloomington, Chartered Institute of Arbitrators, 2019, pp. 309-334; J. BARNETT y P. TRELEAVEN, “Algorithmic Dispute Resolution—The Automation of Professional Dispute Resolution Using AI and Blockchain Technologies”, *The Computer Journal*, Vol. 61, Núm. 3, 2018, pp. 399-408; O. RABINOVICH-EINY, “Mejorar la responsabilidad y el aprendizaje en la resolución de disputas a través de la tecnología”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, Núm. 10, 2010, pp. 24-31.

¹¹ Sobre este mecanismo véanse, entre otros, Y. ZHAO, “A Dispute Resolution Mechanism for Cybersquatting”, *The Journal of World Intellectual Property*, Vol. 3, Núm. 6, 2000, pp. 849-865; A. M. FROOMKIN, “ICANN’S ‘Uniform Dispute Resolution Policy’: Causes and Particular Cures”, *Brooklyn Law Review*, Vol. 67, Núm. 3, 2003, pp. 605-718.

¹² J. G. WHITE, “ICANN’s Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy in Action”, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 16, 2001, pp. 230-249, pp. 237-239.

¹³ P. TRUDEL, “La Lex Electronica”, en C.A. Morand (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruselas, Éditions Bruylant, 2001, pp. 221-268.

¹⁴ Sobre la producción normativa de iniciativa privada en esta materia véase M.R. LLÁCER MATAÇAS, “Códigos de conducta y on-line dispute resolutions: una aproximación a la privatización del Derecho”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXII, Núm. 4, 2009, pp. 1523-1578.

particularmente complejo en las redes sociales, espacio en el que a las complejidades técnicas se suma el potencial para la vulneración de un amplio elenco de derechos de la personalidad.

III. Algunos obstáculos de la justicia estatal frente al mundo de las redes sociales: estudio del caso *Facebook Ireland Limited* de 3 de octubre de 2019

9. La irrupción en masa de las nuevas tecnologías y la generalización de su uso a nivel de instituciones públicas y privadas, en la vida doméstica y empresarial, ha obligado al legislador a adaptar su ordenamiento jurídico a la realidad del mundo virtual y, al mismo tiempo, a quienes están revestidos del poder judicial a actualizar sus métodos de trabajo e interpretación. Como hemos podido comprobar en el apartado anterior, la tarea no es fácil, ya que según se multiplican las relaciones personales y contractuales en el entorno digital, también lo hacen los conflictos. La creciente demanda de una solución rápida y eficaz a los conflictos que surgen en torno a derechos de propiedad, ya sean intelectuales o de otra índole, ha motivado que las propias plataformas que prestan estos servicios proporcionen a sus usuarios mecanismos alternativos de resolución de disputas, en general en lo que se refiere a procesos de compra y venta online, algunos de los cuales ya han sido expuestos en el apartado anterior.

10. La situación se complica aún más cuando la disputa surge no en torno al derecho de propiedad, sino en torno a otros derechos de carácter más personal en el seno de las redes sociales. No es un fenómeno extraño que el ejercicio de la libertad de expresión pueda afectar a derechos como el honor, la intimidad o la propia imagen, y los tribunales han tenido tradicionalmente que equilibrar unos y otros cuando el ejercicio de este primer derecho se ha expresado a través de medios de información y comunicación¹⁵. Esta labor de los tribunales se complica cuando el medio en el cual se produce la disputa es una red social como Facebook o Instagram, en la que son directamente los particulares los que presentan contenidos que ponen en jaque uno u otro derecho públicamente, pudiendo además el resto de los usuarios compartir dichos contenidos de manera casi automática en todos los rincones del mundo.

11. La labor de los tribunales se torna aquí especialmente complicada, máxime cuando necesitan de la colaboración estrecha del prestador de servicios de la red social tanto para recibir la información necesaria para tomar una decisión como para garantizar su ejecución con posterioridad. A lo cual se suman las dudas en torno a los efectos territoriales que tendría el pronunciamiento de un tribunal nacional sobre unos datos que se encuentran compartidos en una red social de alcance global, así como el alcance de la inmunidad de los prestadores de servicios con respecto a los contenidos que almacenan. Teniendo en cuenta la rapidez con la que se suceden los acontecimientos en el entorno digital y las dificultades clásicas de los tribunales para actuar de manera rápida y efectiva, puede plantearse la necesidad y los beneficios de contar con medios alternativos de resolución de disputa en este contexto. No obstante, y antes de adentrarnos en dicha materia, pasaremos a exponer a través de un caso concreto cuáles son algunos de los obstáculos a los que se enfrentan los tribunales a la hora de resolver disputas sobre la vulneración de derechos fundamentales en las redes sociales.

12. El asunto más reciente contra Facebook que ha motivado una cuestión prejudicial de los tribunales austriacos ante el TJUE proporciona un buen caso de estudio sobre las dudas que le pueden surgir a un tribunal nacional a la hora de equilibrar los derechos en conflicto, la posibilidad de imponer obligaciones a los prestadores de servicios de mantener o retirar contenidos y en qué medida, o el alcance territorial de la decisión tomada. Incluso, y ya de manera más práctica, de cuáles son los plazos y la

¹⁵ Si bien no podemos recoger aquí una bibliografía completa al respecto, véanse a modo de ejemplo y de forma general los estudios de J.J. DE LERMA GALÁN, “Libertad de expresión y derecho a la información como garantías constitucionales: La colisión de derechos”, *Parlamento y Constitución*, Núm. 17, 2015, pp. 227-246; J.J. MÄRTEN, “Personality Rights and Freedom of Expression: A Journey through the Development of German Jurisprudence under the Influence of the European Court of Human Rights”, *Journal of Media Law*, Vol. 4, 2012, pp. 333-349.

capacidad de reacción de un tribunal nacional en un contexto en el que la multiplicación del daño a los derechos fundamentales en cuestión puede producirse de manera casi inmediata.

13. Los hechos que rodean al caso *Eva Glawischnig-Piesczek contra Facebook Ireland Limited* (en adelante, caso *Facebook Ireland*)¹⁶ son los que siguen. Por un lado, encontramos a la señora Eva Glawischnig-Piesczek, exdiputada de la Cámara Baja del Parlamento de Austria y presidenta del grupo parlamentario de Los Verdes. Por otro, a Facebook Ireland, prestador de servicios encargado de gestionar la plataforma de esta red social mundial para los usuarios que se encuentran fuera de Estados Unidos y Canadá.

14. El 3 de abril de 2016, un usuario de Facebook compartió una noticia de una publicación austriaca en la que aparecía la imagen de la señora Glawischnig-Piesczek con el titular “Los Verdes: a favor del mantenimiento de unos ingresos mínimos para los refugiados”, acompañada de un comentario personal “redactado en términos que el tribunal remitente declaró contrarios al honor de la demandante en el litigio principal, ofensivos y difamatorios” que quedaba a la vista de todo usuario de Facebook¹⁷.

15. El 7 de julio de 2016, la señora Glawischnig-Piesczek solicitó a Facebook Ireland la eliminación del comentario ofensivo. Dada la inactividad del prestador de servicios al respecto, interpuso demanda ante el Tribunal de lo Mercantil de Viena, el cual adoptó en diciembre de 2016 medidas cautelares en las que se ordenaba a Facebook Ireland el bloqueo temporal de dicho comentario y cualesquiera otros de contenido similar acompañados de fotografías de la demandante, por lo que Facebook procedió a bloquear el contenido inicialmente publicado a los usuarios de Austria¹⁸. En apelación, el Tribunal Superior Regional de Viena confirmó estas medidas, si bien la obligación de bloqueo de contenido similar se refería sólo a los contenidos puestos en conocimiento en de Facebook por la demandante o terceros, sin necesidad de realizar un control activo por parte del prestador de servicios¹⁹. Ambos tribunales entendieron que el “comentario publicado contenía declaraciones que lesionaban en una medida excesiva el honor”²⁰.

16. En casación, el Tribunal Supremo austriaco se enfrentó a una serie de cuestiones que afectan al Derecho de la Unión Europea, por lo que el 10 de enero de 2018 (es decir, transcurridos doce meses de la adopción de las primeras medidas cautelares) decide presentar al TJUE una cuestión prejudicial con una serie de interrogantes: ¿es contrario a la Directiva 2000/31 obligar a los prestadores de servicios de alojamiento de datos a retirar contenidos idénticos a los declarados ilícitos? ¿Puede extenderse esta obligación a datos presentes en todo el mundo? ¿O en el Estado miembro en cuestión? ¿O sólo los del destinatario del servicio en todo el mundo? ¿O sólo a los del destinatario de servicio en el Estado miembro? ¿Qué sucede con los datos no idénticos sino similares, incluyendo aquellos de los que el prestador tenga conocimiento?

17. El 3 de octubre de 2019 (es decir, veintidós meses tras la elevación de la cuestión prejudicial), el TJUE dictó su sentencia agrupando este amplio catálogo de cuestiones cuya respuesta afecta tanto a los derechos fundamentales del individuo como a los propios métodos de trabajo y responsabilidades de los prestadores de servicios de alojamiento de datos. A continuación, pasaremos a exponer y analizar los pasajes más relevantes de la sentencia según el orden en ella expuesta, incluyendo además las muy ilustrativas opiniones del Abogado General al respecto.

¹⁶ STJUE de 3 de octubre de 2019, asunto C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek contra Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2019:821.

¹⁷ *Ibid*, pár. 12.

¹⁸ *Ibid*, párs. 14 y 15.

¹⁹ *Ibid*, par. 16.

²⁰ *Ibid*, pár. 17.

A) El control y retirada de datos por el prestador del servicio: una cuestión de obligaciones e inmunidades

a) Inmunidad, obligaciones generales y obligaciones específicas

18. En esencia, en su cuestión principal el tribunal austriaco solicita al TJUE que determine el alcance material y personal de la obligación de supervisión del prestador de servicios de alojamiento de datos a través de un requerimiento judicial. La razón de que dichas obligaciones se encuentren limitadas y los tribunales no tengan un amplio margen de actuación se encuentra, de un lado, en el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2000/31, el cual reza que “Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas”²¹ y, por otro, en el artículo 14.1 del mismo instrumento, conforme al cual “los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario”²².

19. Esta protección que otorga a los prestadores de servicios de alojamiento de datos la Directiva 2000/31 ha sido calificada por la doctrina como un “puerto seguro”²³. Pero este puerto seguro no otorga un cobijo absoluto a los prestadores de servicios de alojamiento de datos, ya que el artículo 14.2 establece unas de condiciones para su disfrute: que el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito (a), o de que, en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible (b). El apartado 3 de este mismo artículo recoge, además, que nada impide que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exija al prestador poner fin a una infracción o impedirlo. Con esta normativa en mano, corresponde al TJUE aclarar los límites de las obligaciones e inmunidades de estos prestadores de servicios.

20. Comenzando por la cuestión de la obligación general de supervisión, la respuesta es contundentemente negativa. Podemos ver cómo existe una fuerte conexión entre la supervisión y la inmunidad a través del concepto de “neutralidad” como elemento básico que se requiere al prestador de servicios²⁴. La imposición al prestador de un deber de supervisión general le haría perder su inmunidad, lo cual sería contrario al espíritu de la Directiva, tal y como explica en sus conclusiones el Abogado General: “el papel de un prestador de servicios de alojamiento de datos que ejerciese esa supervisión general dejaría de ser neutro en la medida en que su actividad ya no mantendría su carácter técnico, automático y pasivo, lo cual entrañaría que el citado prestador de servicios tendría conocimiento de los datos almacenados y ejercería un control sobre ellos. Por consiguiente, el establecimiento de una obligación general de supervisión, impuesta a un prestador de servicios de alojamiento de datos en el marco de un requerimiento judicial autorizado, en principio, por el artículo 14, apartado 3, de la Directiva 2000/31, podría suponer que el artículo 14 de dicha Directiva resultase inaplicable a dicho prestador. Deduzco pues de la interpretación del artículo 14, apartado 3, en relación con el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2000/31, que ninguna obligación que se imponga a un prestador intermediario mediante requerimiento judicial puede

²¹ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), DOCE L 178 de 17 de julio del 2000, p. 1.

²² Ídem.

²³ Para un análisis al respecto véanse, entre otros, F. CARBAJO CASCÓN, “Delimitación de la responsabilidad de los servicios de intermediación de la sociedad de la información (I)”, *Justitia*, Núm. 12, 2014, pp. 245-278.

²⁴ Sobre la neutralidad en la moderación de contenidos véase E. ARROYO AMAYUELAS, “La responsabilidad de los intermediarios en Internet: ¿puertos seguros a prueba de futuro?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, Núm. 1, 2020, pp. 808-837.

dar lugar a que su papel, en lo que respecta a la totalidad o a la casi totalidad de los datos almacenados, deje de ser neutro, en el sentido indicado en el punto anterior”²⁵. En la misma línea se pronuncia el TJUE con un razonamiento más sucinto basado en la literalidad del artículo 15.1 de la Directiva 2000/31²⁶.

21. Ahora bien, ¿qué sucede con las obligaciones de supervisión en los casos específicos? La respuesta es aquí muy diferente a la anterior. Tanto el Abogado General como el TJUE acuden al considerando 47 de la Directiva para concluir que la prohibición de supervisión general no implica la obligación de los prestadores de servicios de supervisar casos específicos, a lo cual se suma el hecho de que el artículo 14.3 establece la obligación de prevenir infracciones, “lo cual lógicamente entraña, como señala la Comisión, una cierta forma de supervisión en el futuro, supervisión que no puede transformarse en una obligación de supervisión general”²⁷. El caso específico puede tener su origen, como en el caso de autos, “en una información precisa, almacenada por el prestador de servicios de alojamiento de datos de que se trata a instancia de un determinado usuario de su red social, cuyo contenido ha sido analizado y apreciado por un tribunal competente del Estado miembro, que, al término de su apreciación, lo ha declarado ilícito”²⁸.

22. Los prestadores de servicios de alojamiento de datos como Facebook o Instagram tienen un por tanto un deber de supervisión en casos específicos y de retirada o bloqueo de datos, que puede surgir de un requerimiento judicial. Esta conclusión es relativamente sencilla una vez que acudimos al texto de la Directiva 2000/31. El paso siguiente es, en cambio, más complicado: identificar cuáles son los contenidos que debe bloquear el prestador de servicios.

b) Los “datos idénticos”

23. En primer lugar, tenemos los “contenidos idénticos”. Establece el TJUE que el prestador de servicios tiene la obligación de retirar los contenidos idénticos a los que hayan sido declarados ilícitos en un pronunciamiento judicial. Esta afirmación se basa en la innegable realidad de que en las redes sociales cualquier contenido puede ser rápidamente multiplicado por otros usuarios, tal y como señala el tribunal: “habida cuenta de que una red social facilita la transmisión rápida entre sus diferentes usuarios de información almacenada por el prestador de servicios de alojamiento de datos, existe un riesgo real de que una información que ha sido declarada ilícita sea reproducida y compartida posteriormente por otro usuario de la red”²⁹.

24. El Abogado General llegó a la misma conclusión que el TJUE, si bien gracias a su capacidad de trabajo autónomo nos ofrece un relato más completo y técnico de los elementos que deben equilibrarse a la hora de imponer la obligación de bloquear contenidos idénticos. El primer elemento a tener en cuenta es la carga impuesta en la libertad de empresa que, en este caso, no considera excesiva, ya que “la búsqueda y la identificación de datos idénticos a los declarados ilícitos por un órgano jurisdiccional no requieren medios técnicos sofisticados”³⁰. En segundo lugar, valora positivamente esta obligación a la hora de proteger eficazmente los derechos de personalidad “habida cuenta de lo fácil que resulta reproducir datos en el entorno de Internet”³¹. En tercer y último lugar, considera que es proporcional la limitación que impone a la libertad de expresión e información en Internet, ya que la repetición del

²⁵ Conclusiones del Abogado General Szpunar presentadas el 4 de junio de 2019, Asunto C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek contra Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2019:458, párs. 39 y 40.

²⁶ STJUE de 3 de octubre de 2019, asunto C-18/18, cit. supra., p. 31.

²⁷ Conclusiones del Abogado General Szpunar, cit. supra., p. 41; STJUE de 3 de octubre de 2019, asunto C-18/18, cit. supra., p. 34.

²⁸ STJUE de 3 de octubre de 2019, asunto C-18/18, cit. supra., p. 35.

²⁹ Ibid, p. 36.

³⁰ Conclusiones del Abogado General Szpunar, cit. supra., p. 63.

³¹ Ibid, p. 64.

mismo dato calificado de ilícito por otros usuarios debe “ser objeto de la misma calificación, si bien matizada en función, en particular, del contexto de una supuesta declaración ilícita”³².

25. Las conclusiones del Abogado General con respecto a la retirada de datos idénticos cierran con una valoración que resulta de gran interés para nuestro estudio sobre los mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Tiene en cuenta el Abogado General que, al haber sido compartidos esos datos por otros usuarios e imponer su bloqueo, se está afectando a la libertad de expresión de terceros ajenos al procedimiento judicial. Es por ello por lo que, tomando como base la jurisprudencia sobre derechos de terceros en materias civiles y mercantiles, requiere que los Estados miembros protejan el derecho a la tutela judicial efectiva de esos terceros, garantizándoles “la posibilidad de oponerse ante un juez a medidas de ejecución adoptadas por un prestador de servicios de alojamiento de datos sobre la base de un requerimiento judicial, sin supeditar esa posibilidad a tener la condición de parte en un procedimiento principal”³³.

26. Si bien es cierto que el derecho a la tutela judicial de terceros no cuenta aún con una jurisprudencia consolidada en cuanto al equilibrio entre el derecho a la libertad de expresión y la privacidad, sí existen pronunciamientos favorables en el ámbito de la cooperación civil y mercantil, especialmente en materia de propiedad intelectual, los cuales han sido analizados magistralmente por quien es precisamente secretario jurídico del Abogado General Szpunar³⁴. Aunque entendemos la extensión por analogía de las soluciones de ese otro ámbito a las redes sociales y el derecho a la libertad de expresión que hace el Abogado General inspirado en este autor, las consecuencias pueden ser muy diferentes por razones eminentemente prácticas. Tomemos así el párrafo 49 de la sentencia *Meroni*, relativa al embargo de acciones y sus repercusiones en los derechos de otros accionistas, que utiliza el Abogado General para respaldar este requerimiento. Reza así: “en el litigio principal, el auto controvertido no despliega efectos jurídicos frente a terceros antes de que les haya sido comunicado, y que incumbe a las partes demandantes que deseen invocarlo velar por que el referido auto sea debidamente notificado a los terceros afectados y probar que la notificación se llevó efectivamente a cabo. Además, cuando este mismo auto se notifica a un tercero que no fue parte en el procedimiento ante el tribunal del Estado de origen, éste puede interponer ante el referido tribunal un recurso contra dicho auto y solicitar que sea modificado o anulado”³⁵.

27. Tal y como podemos observar, la formulación de los derechos de terceros en las redes sociales, tal y como los formula el Abogado General, palidecen de manera apreciable. Quizás, siendo consciente de la ingente cantidad de usuarios potencialmente afectados por una retirada de datos en una red social, el Abogado General creyó necesario reconocerles una tímida voz, aunque sin llegar al extremo de hacerles partícipes en el procedimiento judicial (lo cual, de producirse en un tribunal tradicional, y que los usuarios ejercitasen su derecho, empujaría el tamaño de cualquier sala de vistas) o de recibir una notificación judicial fehaciente sobre la retirada de los datos. En un contexto como este, podría apreciarse que la propia red social contase con mecanismos de resolución de disputas en los que los usuarios interesados puedan participar de manera online, sin que ello conlleve gastos para ninguna de las partes cuyos derechos considera dañados. Pero volveremos sobre este punto en el siguiente epígrafe.

c) Los “datos similares”

28. Una vez aceptada la conformidad con el Derecho de la UE de la obligación de retirar contenidos idénticos a los declarados como ilícitos en un pronunciamiento judicial, surge la pregunta de si esta obligación se extiende igualmente a los “contenidos similares”. Por tales entiende el TJUE la “in-

³² Ibid, pág. 65.

³³ Idem.

³⁴ S. LUKAS KALEDA, “The Role of the Principle of Effective Judicial Protection in Relation to Website Blocking Injunctions”, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 2017, pp. 216-225.

³⁵ STJUE de 25 de mayo de 2016, Asunto C-559/14, *Rüdolfs Meroni*, ECLI:EU:C:2016:349, pág. 49.

formación cuyo contenido, que transmite esencialmente el mismo mensaje, esté formulado de manera que por los términos utilizados o la combinación de estos difiera ligeramente de la información cuyo contenido ha sido declarado ilícito”³⁶.

29. El TJUE es plenamente consciente de que en las redes sociales derecho al honor de una persona puede continuar viéndose vulnerado a través de comentarios no idénticos a los declarados ilícitos, pero sí muy similares. No aceptar esta realidad, e imponer la obligación de analizar judicialmente el contenido de cada comentario similar, llevaría a la insostenible situación de que “el interesado tuviera que multiplicar los procedimientos al objeto de poner fin a los actos de los que es víctima”³⁷.

30. El TJUE, tras hacer balance de los distintos intereses implicados, concluye que es conforme al Derecho de la UE imponer al prestador de servicios la obligación de suprimir contenidos que “contengan elementos concretos debidamente identificados por el autor de la medida cautelar, como el nombre de la persona víctima de la infracción constatada anteriormente, las circunstancias en las que se ha comprobado dicha infracción, así como un contenido similar al que se ha declarado ilícito”³⁸. Eso sí, siempre y cuando ello no obligue al prestador de servicios a obligar al prestador de servicios de alojamiento de datos a “realizar una apreciación autónoma del referido contenido”³⁹.

31. En estos términos, el TJUE considera que no se está imponiendo al prestador de servicios una obligación de supervisión excesiva. Así lo entiende también, en términos más concretos, el Abogado General, que propone que el requerimiento judicial de retirada de datos idénticos tenga unos efectos “claros, precisos y previsibles”⁴⁰. Al contrario que con los “datos idénticos”, el ejercicio de proporcionalidad debe ser especialmente sensible con la libertad de empresa y con las consecuencias sobre la inmunidad del prestador de servicios, ya que “a diferencia de lo que sucede con los datos idénticos a los declarados ilícitos, un prestador de servicios de alojamiento de datos no puede identificar los datos similares a los declarados ilícitos sin recurrir a soluciones sofisticadas. En consecuencia, no solo el papel que desempeña el prestador que ejerce una supervisión general dejaría de ser neutro, al no tener carácter meramente técnico, automático y pasivo, sino que además, dicho prestador, al aplicar una forma de censura, pasaría a contribuir de forma activa en dicha plataforma”⁴¹.

B) El “efecto mundial” de la obligación de retirada de datos

32. De los apartados anteriores podemos deducir que la relación entre las autoridades judiciales y los prestadores de servicios de alojamiento de datos cuando surge un conflicto relativo a los derechos de la personalidad no es fácil. La autoridad judicial debe equilibrar el derecho a la libertad de expresión y la libertad de empresa, de un lado, y el derecho al honor y la privacidad, de otro. Este equilibrio ya se venía realizando con respecto a la información compartida por los medios de comunicación tradicionales, de carácter territorialmente restringido, pero las reglas de juego han cambiado totalmente con la aparición de internet y las redes sociales, que ha permitido a los propios ciudadanos convertirse en una suerte de “editores”⁴². Tal y como señala el Comité Conjunto sobre Privacidad y Mandatos de Reino Unido, “the removal of the traditional publisher’s role of “gatekeeper” gives everyone, through new media, the opportunity to disseminate information, and to express their views. Views on privacy, on the boundaries of private life, and on the nature of the public interest are not universally shared. The internet

³⁶ STJUE de 3 de octubre de 2019, asunto C-18/18, cit. supra., p. 41

³⁷ Ibid, p. 41.

³⁸ Ibid, p. 45.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Conclusiones del Abogado General Szpunar, cit. supra., p. 71.

⁴¹ Idem, p. 73.

⁴² C. ISTVÁN NAGY, “The Word is a dangerous weapon: jurisdiction, applicable law and personality rights in EU law – missed and new opportunities”, *Journal of Private International Law*, Vol. 8, Núm. 2, 2012, 251-296, p. 264.

allows those who have competing views to give effect to them, and to publish information which would not ordinarily be published in traditional media”⁴³.

33. Para realizar esta ponderación, el tribunal debe tener en cuenta elementos como las “obligaciones generales”, las “obligaciones específicas” los “datos idénticos” y los “datos similares”. Un error a la hora de realizar las medidas podría tener graves consecuencias como la pérdida de neutralidad del prestador de servicios, con la inmunidad que lleva aparejada, y ocasionar graves efectos en el funcionamiento de un sistema tan complejo y delicado como es el de las redes sociales.

34. Una vez que la autoridad judicial ha conseguido tomar su decisión sobre el alcance de las obligaciones impuestas al prestador de servicios, tras un proceso que seguramente no será caracterizado por su brevedad si tenemos en cuenta el caso de autos como referente, aún queda presente el reto del efecto territorial de la obligación impuesta. Ya hemos visto que, en este caso, Facebook bloqueó inicialmente los contenidos únicamente en Austria, entendiendo que tal era el alcance de la jurisdicción de los tribunales austriacos. Dado el carácter global de esta red social, y por tanto de los daños que puede causar, la siguiente pregunta es lógica: ¿qué alcance territorial tiene la obligación de retirada?

35. La respuesta del TJUE a esta incógnita es particularmente breve y genérica. Tras recordar que la Directiva no impone ninguna limitación territorial a las medidas establecidas por los Estados miembros, se limita a recordar la “dimensión mundial del comercio electrónico” y simplemente indica a los Estados miembros que deben cumplir con la normativa internacional⁴⁴.

36. Para encontrar algo de luz en la materia podemos acudir a las conclusiones del Abogado General. En ellas, comienza resaltando que la falta de armonización en la UE de las normas relativas a los derechos de la personalidad provoca que los tribunales se vean obligados a recurrir a sus normas nacionales para analizar la ilicitud de un contenido, a lo que se suma el hecho de que tampoco existen normas de conflicto en la materia⁴⁵, una fragmentación normativa deriva en una suerte de “efecto mosaico” del mismo daño en distintas jurisdicciones⁴⁶. Así, en caso de que venga acompañado de una obligación de retirada universal de ese dato, el requerimiento judicial estaría extendiendo sus efectos extraterritorialmente a Estados en los que quizás esos datos serían lícitos conforme a sus ordenamientos internos⁴⁷.

37. Tal y como indica, la falta de armonización en materia de normas de conflicto no implica que no existan normas de competencias armonizadas en la materia que, en este caso, se contienen en el Reglamento 1215/2012⁴⁸, el cual permite determinar los órganos competentes en materia de eliminación de contenidos difamatorios en línea. Tomando el contenido de este reglamento y la jurisprudencia asentada con la sentencia del TJUE en el asunto *eDate Advertising*⁴⁹, el Abogado General concluye que la víctima puede ejercitar la acción por la totalidad del daño sufrido en el Estado miembro donde se encuentre su centro de intereses y, por tanto, que “los tribunales de un Estado miembro pueden resolver, en principio, sobre la retirada de contenidos fuera del territorio del citado Estado miembro, pues tienen competencia territorial universal”⁵⁰.

⁴³ Joint Committee on Privacy and Injunctions, “Privacy and injunctions”, HL Paper 273, 2012, p. 93. Disponible en: <https://publications.parliament.uk/pa/jt201012/jtselect/jtprivinj/273/273.pdf>

⁴⁴ STJUE de 3 de octubre de 2019, asunto C-18/18, cit. supra., párs. 50 a 52.

⁴⁵ Para un estudio completo al respecto véase A. MILLS, “The law applicable to cross-border defamation on social media: whose law governs free speech in ‘Facebookistan’?”, *Journal of Media Law*, Vol. 7, Núm. 1, 2015.

⁴⁶ A. MILLS, “The Application of Multiple Laws under the Rome II Regulation”, en W. BINCHY y J. AHERN (eds.), *The Rome II Regulation*, Leiden, Brill, 2009, pp. 133–152.

⁴⁷ Conclusiones del Abogado General Szpunar, cit. supra., párs. 76 a 81.

⁴⁸ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOUE L 35 de 20 de diciembre de 2012, p. 1.

⁴⁹ STJUE de 25 de octubre de 2011, asunto C-509/09, *eDate Advertising GmbH y otros contra X y Société MGN LIMITED*, ECLI:EU:C:2011:685.

⁵⁰ Conclusiones del Abogado General Szpunar, cit. supra., p. 86. Para un análisis de los criterios para adjudicar la compe-

38. Una vez aceptado que el tribunal de un Estado miembro puede tener “competencia universal” en la resolución de conflictos por daños ocasionados en línea, como puede ser por lesiones al honor en una red social, debemos determinar el alcance del requerimiento de retirada de tribunal. Aquí el Abogado General considera, como hace después el propio TJUE, que no es una materia regulada en el Derecho de la UE. No obstante, plantea algunas observaciones interesantes al respecto en lo que, si nos encontrásemos ante un pronunciamiento judicial, podría calificarse de *obiter dictum*.

39. En un contexto como el presentado, el tribunal competente, en este caso austriaco, aplicaría al caso una ley sobre difamación conforme a sus normas de conflicto. Si ordena la retirada a nivel mundial de los datos alojados por el prestador de servicios, esta medida afectaría a usuarios localizados en otros Estados, en los que probablemente el equilibrio entre la libertad de expresión y los derechos al honor y a la intimidad estén configurados de manera diferente. Por un lado, deberían respetarse los derechos fundamentales a nivel mundial y, por otro, no puede exigirse al demandante que demuestre que los datos serían declarados ilícitos conforme a cualquier ley potencialmente aplicable. Dadas estas dificultades, el Abogado General presenta la misma recomendación que el TJUE: que, por cortesía internacional, los tribunales limiten los efectos extraterritoriales de sus requerimientos en materia de lesión de la intimidad y de los derechos de la personalidad, ordenando el bloqueo geográfico de manera proporcional en lugar de su total eliminación⁵¹.

IV. ¿Hacia una solución más rápida y eficiente? La propuesta del “Tribunal Supremo” de Facebook

40. La labor de los tribunales a la hora de garantizar el equilibrio entre la libertad de expresión y los derechos al honor y a la intimidad en el ámbito de las redes sociales, como hemos podido comprobar, dista de ser fácil. Al propio ejercicio de ponderación, guiado por una multiplicidad de intereses contrapuestos conforme a los conceptos jurídicos del ordenamiento interno y con los límites impuestos por los instrumentos internacionales de derechos humanos que obliguen a ese Estado, se suma el deber de respeto de las normas de la Unión Europea que garantizan el comercio electrónico y que, en este caso, limitan las obligaciones de supervisión de los prestadores de servicios de alojamiento de datos, lo cual a su vez les permite disfrutar de una amplia inmunidad en cuanto a los contenidos alojados en sus plataformas. Los requerimientos judiciales que imponen la retirada de datos, por tanto, deben estar muy medidos para no ocasionar lesiones desproporcionales para los intereses del prestador de servicios y de sus usuarios afectados, definiendo claramente los contenidos declarados ilícitos, los “contenidos idénticos” y los elementos que determinan los “contenidos similares”. Este requerimiento, además, planteará serias dudas acerca de sus efectos extraterritoriales más allá de la jurisdicción donde la víctima tenga su centro de intereses, y que pueden resultar necesarios dada la rápida multiplicación de los contenidos ilícitos en una red social global.

41. Frente a estos obstáculos, parte de la doctrina duda de la efectividad de los requerimientos judiciales en la era de Internet a la hora de ordenar el bloqueo y retirada de datos⁵². En un escenario como

tencia de los tribunales de los Estados miembros en materia de litigios por daños ocasionados en Internet véanse, entre otros, J. KRAMBERGER ŠKERL, “Jurisdiction in On-line Defamation and Violations of Privacy: In Search of a Right Balance”, *Lexonomica*, Vol. 9, Núm. 2, pp. 87-108; MICHAEL BOGDAN, “Defamation on the Internet, Forum Delicti and the E-Commerce Directive: Some Comments on the ECJ Judgment in the eDate Case”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 13, 2011, p.483-491; I. LORENTE MARTÍNEZ, “Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La sentencia del TJUE de 25 octubre 2011 y el coste de la litigación internacional en Internet”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 4, Núm. 1, 2012, pp. 277-301; M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, “Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad extracontractual en internet: nuevos criterios interpretativos en la determinación del lugar de producción del daño. A propósito de la STJUE *Concurrence vs. Samsung y Amazon*, de 21 de diciembre de 2016”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, Núm. 1, 2018, pp. 657-661.

⁵¹ Conclusiones del Abogado General Szpunar, cit. supra., párs. 95 a 100.

⁵² Véanse al respecto, entre otros, T. MANU y F. ROMERO MORENO, “Is social media challenging the authority of the judiciary? Rethinking the effectiveness of anonymised and super injunctions in the Age of the Internet”, *Journal of Legal Studies*, Vol. 18, Núm. 32, 2016, pp. 39-87; A. MARSOOF, “The Blocking Injunction – A Critical Review of Its Implementation in the United

este, en el que por su propia naturaleza y complejidad el procedimiento judicial supondrá varios años entre demandas a nivel nacional, recursos e incluso el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante un tribunal supranacional, cabe preguntarse si no sería más rápido y efectivo acudir a un mecanismo alternativo de resolución de disputas. Ya hemos visto cómo en las plataformas de compraventa estos mecanismos existen desde hace años. No obstante, estos mecanismos no se han aplicado en materia de libertad de expresión y derechos de la personalidad, y, además, están bajo el exclusivo control del prestador de servicios. En el caso de las redes sociales, y siendo consciente de esta realidad, Facebook tomó recientemente la decisión de instaurar lo que inicialmente se conoció como “Tribunal Supremo de Facebook” y, ahora ya de manera menos rimbombante, se denomina “Junta de Supervisión” (*Global Oversight Board* en inglés).

42. Con más de dos mil millones de usuarios registrados en todo el mundo, el control del uso de Facebook por parte de sus usuarios no es tarea fácil, y en los últimos años esta plataforma ha sido utilizada para actividades que han dañado gravemente su imagen, desde el uso de las *fake news* en las elecciones estadounidenses de 2016 y en el referéndum sobre el Brexit hasta la emisión directa de tiroteos en Nueva Zelanda o la multiplicación de propaganda en el genocidio de los rohinyás. Consciente de la necesidad de mejorar el control de estos contenidos, el constitucionalista Noah Feldman propuso en enero de 2018 la creación de un comité independiente que colaborase en dicha tarea, en una suerte de “Tribunal Supremo” de Facebook⁵³.

43. La anterior idea fue acogida con entusiasmo por Mark Zuckerberg, quien planteó su entrada en funcionamiento para el año 2020 con una inversión inicial de 130 millones de dólares⁵⁴. A la fecha de escribir estas líneas, el documento más completo al respecto es el borrador de una Carta de la Junta de Supervisión (*Oversight Board Charter* en inglés)⁵⁵, y cuyo contenido pasaremos a analizar en los siguientes apartados, prestando especial atención a aquellas disposiciones que están relacionadas con casos relativos a la privacidad y la libertad de expresión como los de nuestro caso de estudio. Además, completaremos dichos contenidos con el informe encargado por Facebook a la consultora BSR, cuyas recomendaciones son ciertamente ilustrativas para vislumbrar la futura evolución de esta Junta de Supervisión⁵⁶.

A) Objetivos y composición

44. La estructura de la Carta de la Junta de Supervisión de Facebook recuerda al estatuto de cualquier órgano jurisdiccional internacional o nacional. Junto a una introducción o preámbulo en el que se marcan sus objetivos, se desarrollan una serie de artículos referidos a su composición, poderes de revisión, procedimientos de actuación, implementación de sus decisiones, gobernanza, sus relaciones con sus miembros y con los ordenamientos jurídicos que puedan ser aplicables.

45. En su preámbulo, la Carta deja claro cuál es el objetivo de la creación de la Junta de Supervisión: un órgano que tome decisiones independientes con respecto al balance entre la libertad de expresión y los derechos a la veracidad, la seguridad, la privacidad y la dignidad en los contenidos no

Kingdom Within the Legal Framework of the European Union”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 46, 2015, pp. 632-664.

⁵³ Harvard Law Today, “Harvard Law professor plays instrumental role in creation of Facebook’s content oversight board”, 2018. Disponible en: <https://today.law.harvard.edu/harvard-law-professor-plays-instrumental-role-in-creation-of-facebooks-content-oversight-board/>

⁵⁴ S. GHAFARY, “Here’s how Facebook plans to make final decisions about controversial content it’s taken down”, *Vox*, 2018. Disponible en: <https://www.vox.com/2020/1/28/21112253/facebook-content-moderation-system-supreme-court-oversight-board>

⁵⁵ Facebook, “Oversight Board Charter”, 2019. Disponible en: https://fbnewsroomus.files.wordpress.com/2019/09/oversight_board_charter.pdf

⁵⁶ BSR, “Human Rights Review: Facebook Oversight Board”, 2019. Disponible en: https://www.bsr.org/reports/BSR_Facebook_Oversight_Board.pdf

sólo de Facebook, sino también de Instagram. En este preámbulo, Facebook declara que los prestadores de servicios de Internet tienen el deber de establecer estándares sobre qué puede o no compartirse en sus plataformas, basados en una serie de valores, teniendo las compañías la “la responsabilidad de articular” que sean supervisados por un agente externo con la capacidad de tomar decisiones independientes.

46. Pese al contenido de este preámbulo, creemos que debemos realizar aquí una serie de puntuaciones para evitar confusiones. Hemos visto en nuestro caso de estudio que en la UE los prestadores de servicios de alojamiento de datos disfrutaban de inmunidad con respecto a los contenidos que alojan en tanto en cuanto no realicen supervisiones generales (a lo cual no se les puede obligar mediante requerimientos judiciales) y sean neutros al respecto, con el doble objetivo de evitar una censura en internet por parte de operadores privados y de no imponer obligaciones desproporcionadas a la libertad de empresa. ¿Quiere decir entonces Facebook en su preámbulo que va a realizar una supervisión general y renunciar a su inmunidad? No lo creemos que sea esta la intención. Como veremos, la labor de este órgano no es realizar un control activo de la totalidad de contenidos, sino decidir sobre aquellos que le sean referidos, normalmente por un conflicto entre usuarios o bien entre éstos y el propio Facebook, y colaborar en la mejora de las políticas sobre las cuales se adoptarán las decisiones de mantenimiento o retirada de datos.

47. El artículo 1, dividido en ocho secciones, regula los aspectos relativos a los miembros de la Junta de Supervisión. Estará compuesta por un mínimo de once miembros, sin límite máximo, si bien se calcula en torno a los cuarenta componentes. Para ser elegido por un periodo de tres años renovable en tres ocasiones, los miembros deben tener una demostrada experiencia en temas de contenidos digitales y gobernanza, libertad de expresión, discurso cívico, seguridad, privacidad y nuevas tecnologías⁵⁷. Una vez recibido el caso por el procedimiento establecido, tendrán poderes para solicitar información a Facebook, interpretar sus políticas de contenidos, ordenar motivadamente su retirada o mantenimiento, revocar o mantener decisiones ya tomadas por los moderadores de Facebook⁵⁸.

C) Competencia, procedimiento y fuentes

48. Según se recoge la sección 1 del artículo 2 de la Carta, la Junta de Supervisión tendrá lo que podríamos denominar como “competencia” para conocer de “recursos de revisión” contra las decisiones de Facebook, bien por el usuario cuyos datos han sido retirados, la persona (no necesariamente un usuario) que solicitó su retirada, o bien por la propia compañía cuando tenga dudas sobre la decisión a tomar. Como recordaremos de nuestro caso de estudio, esta definición del “*locus standi*”, por asemejarlo a los términos habituales en esta materia, será muy amplio, ya que por “usuario cuyos datos han sido retirados” podemos entender no sólo al usuario creador del contenido original, sino también aquellos cuyos contenidos idénticos han sido retirados, así como los usuarios que han elaborado datos similares. Se mantiene así inalterado el procedimiento normal de puesta en conocimiento de Facebook de los contenidos presuntamente ilícitos, sin que en principio se realice una supervisión general de contenidos “de oficio” ni se renuncie a la inmunidad que como hemos estudiado ofrece la Directiva 2000/31 a los prestadores de servicios de alojamiento de datos caracterizados por su “neutralidad”. Se prevé, además, que este órgano no acepte la revisión de casos que pueda resultar en responsabilidades penales o administrativas, si bien este límite es difícil de determinar en este momento (los asuntos relativos al derecho al honor suelen tener repercusiones tanto civiles como penales), y habrá que esperar a su puesta en funcionamiento⁵⁹.

⁵⁷ Así, por ejemplo, para la dirección de este órgano se ha elegido a Thomas Hughes, presidente de la conocida ONG británica “Article 19” para la libertad de información y expresión. Véase J. J. Castillo, “Qué podemos esperar del grupo de supervisión de Facebook”, *Digital Trends*, 2020. Disponible en: <https://es.digitaltrends.com/noticias/junta-supervision-facebook/>

⁵⁸ Sobre los distintos métodos de moderación de contenidos en Internet véase J. GRIMMELMANN, “The Virtues of Moderation”, *Yale Journal of Law and Technology*, Vol. 17, 2015, pp. 42-109.

⁵⁹ Para un estudio comparado de las normas sobre difamación y libertad de expresión en el territorio de los Estados de la OSCE véase S. GRIFFEN y B. TRIONFI, “Defamation and Insult Laws in the OSCE Region:

A Comparative Study”, OSCE Media, 2017. Disponible en: <https://www.osce.org/fom/303181?download=true>

49. La Junta de Supervisión, como hemos indicado, será competente para conocer de cualquier caso presentado con relación a contenidos de Facebook e Instagram, independientemente de la localización geográfica de la presunta víctima, del creador de contenido y de otros usuarios afectados. Al contrario que con los tribunales estatales, como tuvimos la oportunidad de analizar en el apartado anterior, no es necesario analizar cuáles son los límites territoriales de cada tribunal, cuál es el foro más adecuado para conocer del caso ni entrar a valorar cuál es el “centro de intereses” del dañado para que un solo tribunal pueda conocer de la totalidad del asunto. No obstante, todo lo anterior no quiere decir que vaya a aceptar todos los casos, ya que tiene discreción para elegir aquellos que tienen un “mayor potencial para guiar casos futuros”. Dada esta imprecisión, las recomendaciones de BSR indican que la priorización en la selección de casos debería realizarse conforme a los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, incluyendo la extensión del daño (número de afectados), la escala del daño (su gravedad) y las posibilidades de obtener un remedio⁶⁰. El acceso a este órgano no es por tanto absoluto y, por su amplia discrecionalidad tal y como está redactada la Carta, recuerda a tribunales supremos que cuentan con un amplio margen de maniobra en la selección de casos, tal y como podemos observar en el Tribunal Supremo estadounidense⁶¹.

50. Las características concretas del procedimiento no han sido desarrolladas en la Carta y se encuentran a la espera de un documento posterior, si bien se contienen en ella una serie de elementos básicos. Las personas interesadas, bien por ser los creadores del contenido o por considerarse víctimas de una vulneración de derechos fundamentales, pueden presentar sus observaciones al panel designado de la Junta de Supervisión (lo que podríamos equiparar con una sala en la división judicial interna), el cual podrá solicitar información adicional a Facebook, expertos independientes, e incluso incluir en el proceso a terceros que puedan estar interesados en el resultado de la decisión (lo que, en nuestro caso de estudio, serían los usuarios con datos idénticos o similares a los que se pretende bloquear o eliminar)⁶². Se contienen además tres procedimientos especiales: la revisión de la decisión del panel cuando la mayoría de la Junta de Supervisión así lo decida; un procedimiento de urgencia para casos que tengan resultados en la vida real particularmente graves; y un procedimiento a instancia de Facebook para obtener recomendaciones sobre sus propias políticas (algo que podría asimilarse a una cuestión prejudicial no vinculante o a una opinión consultiva)⁶³. No se indica ningún plazo concreto de resolución, y la única orientación la proporciona Brent Harris, Director de Gobernanza y Asuntos Globales de Facebook, que estima un plazo máximo de noventa días para la su adopción por la Junta y su aplicación por Facebook⁶⁴.

51. En todo caso, la decisión del panel será adoptada preferiblemente por consenso y, en su defecto, por mayoría. Los miembros que componen este panel concreto serán guardados en el anonimato, si bien los nombres de la Junta de Supervisión en su totalidad sí serán públicos, con el escueto objetivo según la carta de garantizar su seguridad e independencia⁶⁵. Lógicamente, si nos encontrásemos ante un tribunal estatal, este anonimato haría saltar las alarmas de cualquier jurista en cuanto al derecho a un juez imparcial, entre otras razones porque las partes no podría conocer analizar si existe o no un conflicto de intereses, limitándose la Carta únicamente a establecer que en tales casos el miembro del panel debe recusarse *motu proprio*⁶⁶.

52. Las razones de este anonimato tienen un mayor desarrollo en las recomendaciones en el informe de BSR. En su recomendación octava sobre la seguridad e integridad de los miembros de la Junta

⁶⁰ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos”, 2011. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf

⁶¹ Véase al respecto, entre otros, M. M. CORDRAY y R. CORDRAY, “The Philosophy of Certiorari: Jurisprudential Considerations in Supreme Court Case Selection”, *Washington University Law Review*, Vol. 82, Núm. 2, 2004, pp. 389-452.

⁶² Facebook, “Oversight Board Charter”, cit. supra., artículo 3, sección 3.

⁶³ Ibid., artículo 3, sección 7.

⁶⁴ B. Harris, “Preparing the Way Forward for Facebook’s Oversight Board”, *Facebook News*, 2020. Disponible en: <https://about.fb.com/news/2020/01/facebooks-oversight-board/>

⁶⁵ Facebook, “Oversight Board Charter”, cit. supra., artículo 3, sección 2.

⁶⁶ Idem.

de Supervisión se identifican dos grandes amenazas. La primera de ellas es la injerencia de los gobiernos en las decisiones de los paneles y en la elección de sus miembros a través de medios intimidatorios, así como que utilicen este cauce para sortear sus procedimientos internos para conseguir una retirada de datos más rápida. La segunda es que se puedan producir riesgos a la seguridad personal de los miembros del panel y de sus familias, incluyendo posibles represalias jurídicas conforme a las normas internas que criminalicen determinados actos de libertad de expresión⁶⁷. El alcance de estos riesgos es aún difícil de medir, ya que no existen mecanismos de resolución de disputas de una magnitud e influencia comparable al que aquí se presenta. Lo que sí consideramos difícilmente justificable es la preocupación de que los gobiernos empleen esta vía para sortear sus procedimientos internos. En aquellos Estados de Derecho en los que el gobierno está sujeto a la ley, y en especial al respeto del derecho a la tutela judicial efectiva de sus ciudadanos, la existencia de la Junta de Supervisión no supone un sustituto de los procedimientos judiciales. Y, en aquellos Estados en los que no se respeten dichos derechos, la precaria situación de los derechos fundamentales y la debilidad de sus instituciones sería un punto para analizar y resolver en términos absolutos, y difícilmente las decisiones de esta Junta de Supervisión van a constituir una mejora o empeoramiento de un sistema judicial intrínsecamente débil.

53. Una vez determinada la competencia prácticamente ilimitada de la Junta de Supervisión para conocer los casos presentados y los detalles básicos de su funcionamiento, cabe preguntarse cuál es será “ley aplicable” al fondo del asunto, es decir, los parámetros para medir el equilibrio entre la libertad de expresión y el derecho individual afectado en los contenidos cuyo bloqueo o retirada se solicita. Uno de los aspectos más importantes a tener en cuenta es que este órgano no tiene la tarea de interpretar y aplicar el derecho interno de ningún Estado ya que, en caso de hacerlo, nos encontraríamos de nuevo con la dificultad de justificar el resultado de la decisión en otros Estados en los que la regulación de la libertad de expresión sea completamente distinta⁶⁸.

54. La Junta de Supervisión tomará sus decisiones no conforme a ninguna ley nacional, sino de acuerdo con la política de contenidos y los valores de Facebook, muy cerca de lo que ya señalamos como una *lex electronica*⁶⁹. Todo ello puede encontrarse en el apartado de normas comunitarias (*community standards*) en la página web de Facebook, periódicamente actualizadas, y que incluyen normas sobre: violencia y comportamiento delictivo (a); seguridad (b); contenido inaceptable (c); integridad y autenticidad (d); y respeto de la propiedad intelectual (e)⁷⁰. No se trata de normas jurídicas, sino de una serie de reglas y valores sociales de una comunidad que se ha ido desarrollando a lo largo de los años y que son aplicadas en su día a día por Facebook en su control de contenidos⁷¹. Estos estándares, cada vez más extensos y completos, constituyen un claro ejemplo de esa “privatización del Derecho”, en la que son los actores privados los que se encargan de autorregular un conjunto de normas autónomas al margen del Estado⁷².

55. En cuanto a su aplicación encontramos, en primer lugar, un control automático previo de contenido realizado a través de distintos algoritmos entre el proceso de subida de datos y el de su publicación que, si bien no constituye a nuestro juicio como una supervisión general activa que haga perder la inmunidad del prestador del servicio de alojamiento de servicios, puede hacer surgir válidamente dudas sobre la existencia de una censura⁷³. En segundo lugar, una vez publicado el contenido, puede pasar un

⁶⁷ BSR, “Human Rights Review: Facebook Oversight Board”, cit. supra., pp. 45-47.

⁶⁸ Facebook, “Oversight Board Charter”, cit. supra., artículo 7.

⁶⁹ P. TRUDEL, “La lex electrónica”, cit. supra., p. 221.

⁷⁰ Facebook, “Normas comunitarias”. Disponible en: <https://www.facebook.com/communitystandards/>

⁷¹ Para explicaciones detalladas sobre la evolución de mecanismos en el control del discurso del odio en la red véase la conferencia organizada al respecto por el Centro de Derecho de la Universidad de Houston, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=aqqvYPyr6cI>

⁷² L. PECH, “Droit & gouvernance: vers une ‘privatisation’ du droit”, *Document de travail de la Chaire MCD*, 2004, p. 18. Disponible en: <http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/document-2004-02-pech-2.pdf>

⁷³ Véase, entre otros, J.M. Balkin, “Old-School/New-School Speech Regulation”, *Harvard Law Review*, Vol. 127, 2014, pp. 2296-2342; M. Heins, “The Brave New World of Social Media Censorship”, *Harvard Law Review*, Vol. 217, 2014, pp. 325-330.

control *ex post* por parte de un moderador en los casos en los que los usuarios alerten de que el contenido no es conforme a la política de Facebook o son ilícitos, tal y como vimos en nuestro caso de estudio. La Junta de Supervisión podría entonces revisar, conforme a estas políticas, las decisiones de mantenimiento o retirada de datos adoptadas a través de estos dos mecanismos⁷⁴.

56. Antes de finalizar este apartado, es interesante destacar las recomendaciones de BSR con respecto a la “ley aplicable”. Considera que la toma de decisiones de la Junta de Supervisión debe realizarse teniendo en cuenta no sólo las políticas de Facebook, sino también las normas internacionales de protección de derechos humanos. De este modo, Facebook debería incorporar, al menos, el compromiso con los siguientes instrumentos en la Carta: la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; y la Convención de los Derechos del Niño⁷⁵. El respeto estatal de estos instrumentos viene siendo supervisado por una multiplicidad de órganos que, si bien tienen un carácter político y no judicial, pueden presentar observaciones y proponer medidas cautelares que traen consigo una obligación de resultado (el del respeto de los derechos protegidos por el tratado en un caso concreto), si bien los medios para cumplirlo dependerán del ordenamiento doméstico⁷⁶. La Junta de Supervisión, en caso de aceptarse las recomendaciones de BSR, aunaría la capacidad para aplicar todos estos instrumentos en un único órgano, no jurisdiccional, independiente de los Estados, de alcance universal y con acceso directo de los particulares, lo cual constituiría un avance sin precedentes tanto desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales como de los mecanismos alternativos de resolución de controversias, si bien todo ello limitado a los contenidos presentes en esta red social.

D) Efectos de las decisiones

57. No quisiéramos finalizar el análisis de la naciente Junta de Supervisión de Facebook sin dedicar unas líneas al efecto de sus decisiones. Como pudimos comprobar en nuestro caso de estudio, uno de los principales problemas de los tribunales nacionales a la hora de adoptar un requerimiento judicial es determinar el alcance extraterritorial de sus efectos, así como si el contenido de la obligación se limitaba al bloqueo de datos o se extendía a su completa eliminación. En cuanto a los límites territoriales, ya hemos visto que la Carta extiende la competencia de la Junta de Supervisión a Facebook e Instagram en su totalidad, y nada parece indicar que los efectos de sus decisiones se limiten a los contenidos accesibles en un determinado Estado.

58. Hay que tener en cuenta que la decisión tiene efectos más allá del caso concreto decidido. En primer lugar, la Carta pone en valor el “precedente” de las decisiones adoptadas por la Junta de

⁷⁴ Para un estudio pormenorizado del sistema interno de moderación de Facebook véase K. KLONICK, “The new governors: the people, rules and processes governing online speech”, *Harvard Law Review*, Vol. 131, 2018, pp. 1598-1670.

⁷⁵ BSR, “Human Rights Review: Facebook Oversight Board”, cit. supra., pp. 36-37. Una propuesta en la misma línea, centrada en Twitter, se presenta en E.M. ASWAD, “The Future of Freedom of Expression Online”, *Duke Law & Technology Review*, Vol. 17, Núm. 1, 2018, pp. 26-70.

⁷⁶ Sobre la naturaleza de las decisiones de estos órganos véanse, entre otros, J. CARDONA LLORENS, “The Legal Value of the Views and Interim Measures Adopted by United Nations Treaty Bodies”, *Spanish Yearbook of International Law*, Vol. 23, 2019, pp. 146-165; C. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, “Human Rights Committees: their nature and legal relevance in Spain”, *Spanish Yearbook of International Law*, Vol. 23, 2019, pp. 104-128; C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, “Sobre la problemática determinación de los efectos jurídicos internos de los «dictámenes» adoptados por Comités de derechos humanos: Algunas reflexiones a la luz de la sts 1263/2018, de 17 de julio”, *Revista española de derecho internacional*, Vol. 71, Núm. 1, 2019, pp. 241-250; C. VILLÁN DURÁN, “El valor jurídico de las decisiones de los órganos establecidos en tratados de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos”, en C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE (coord.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Madrid, Dykinson, 2020, pp. 99-124.

Supervisión: “any prior board decisions will have precedential value and should be viewed as highly persuasive when the facts, applicable policies, or other factors are substantially similar”⁷⁷. En segundo lugar, establece que “where Facebook identifies that identical content with parallel context — which the board has already decided upon — remains on Facebook, it will take action by analyzing whether it is technically and operationally feasible to apply the board’s decision to that content as well”⁷⁸. De este modo, una decisión de la Junta de Supervisión no sólo es vinculante en el caso concreto, sino también para la propia Junta en casos con hechos “sustancialmente similares”, e incluso puede ser utilizada por Facebook para retirar o mantener contenidos “en contextos paralelos”.

59. Con esta redacción, no podemos evitar recordar la jurisprudencia del TJUE en cuanto a la obligación de retirar “contenidos similares” al declarado ilícito, siempre y cuando ello no obligue al prestador de servicios a realizar una apreciación autónoma. El prestador no puede ser obligado a ello, pero esto no impide que pueda realizar dichas apreciaciones voluntariamente. El peso que se otorga al precedente sobre contenidos similares, así como la decisión de Facebook de extender la decisión a contextos similares, puede derivar en una apreciación autónoma, y habrá que esperar a pronunciamientos futuros del TJUE para determinar si esta nueva línea puede implicar la pérdida de la inmunidad que otorga la Directiva 2000/31.

60. Centrándonos en la obligación resultante, ¿qué tipo de decisiones puede adoptar este órgano? La sección 5 del artículo 2 de la Carta contiene dos clases principales que deben ser seguidas por Facebook: de mantenimiento de los contenidos presentados para su revisión (i), o de su eliminación (ii). También podrá mantener o revocar decisiones tomadas por los moderadores que ya han producido un resultado, tales como la inclusión en los contenidos de avisos relativos a su naturaleza violenta. No encontramos aquí ninguna novedad con respecto a la realidad actual, más allá de que la decisión es tomada por esta Junta de Supervisión de la misma forma que puede ser tomada por una autoridad judicial.

61. La novedad se encuentra en las recomendaciones de BSR en lo que a las decisiones o “remedios” (*remedies*) se refiere. Inspirándose en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, propone que las decisiones Junta de Supervisión puedan tener cinco tipos de efectos⁷⁹. El primero de ellos consiste en otorgar una satisfacción por el daño causado, extendiéndose una disculpa junto a la motivación de la decisión y, en su caso, imponiendo sanciones al personal de Facebook que haya aplicado erróneamente de forma premeditada las políticas de contenidos de esta red social. El segundo es el “efecto restitutivo” que, según el resultado, consistirá en la restauración del derecho al honor vulnerado mediante la eliminación del contenido controvertido, o la restauración del derecho a la libertad de expresión si había sido eliminado. En tercer lugar, debería tener el efecto de una “garantía de no repetición”, de manera que los moderadores deben tener conocimiento y formación para respetar las decisiones de la Junta y, en caso necesario, modificar las propias políticas de Facebook. En cuarto lugar, se contempla que las decisiones puedan tener un efecto rehabilitador obligando a Facebook a reparar el daño físico o psicológico causado y, en caso de daños colectivos, mediante la promoción de fondos de víctimas y organizaciones dedicadas a ello. En quinto y último lugar, en los casos en que considere que Facebook ha contribuido al daño causado, se contempla la posibilidad de otorgar compensaciones económicas a las víctimas.

62. Naturalmente, el propósito inicial de Facebook en la Carta no llega tan lejos, limitándose las decisiones de la Junta a tener un efecto restitutivo y, en ocasiones, de garantía de no repetición del daño. En caso de producirse estas modificaciones en un futuro, y uniéndolas a la propuesta de introducir las normas internacionales de derechos humanos como “ley aplicable” en este mecanismo de resolución de conflictos, nos encontraríamos ante lo que podría calificarse de un tribunal universal de naturaleza privada en materia de protección de los derechos fundamentales competente para conocer de todos aquellos

⁷⁷ Facebook, “Oversight Board Charter”, cit. supra., artículo 2, sección 2.

⁷⁸ Ibid., artículo 4.

⁷⁹ BSR, “Human Rights Review: Facebook Oversight Board”, cit. supra., pp. 56-57.

daños sufridos por los particulares, si bien limitado al mundo de esta red social. En un contexto como el actual, en el que no existen tribunales internacionales de origen estatal con estas características, más allá de los regionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que el primer paso en este sentido pueda surgir de la iniciativa privada debería ser objeto de reflexión profunda para los propios Estados, que han relegado al olvido las propuestas para un Tribunal Internacional de Derechos Humanos hechas tanto después de la Segunda Guerra Mundial como con la adopción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸⁰.

V. Reflexiones finales

63. En la producción cinematográfica “La Red Social”, el personaje de ficción Erica Albright hace notar a Mark Zuckerberg que “en Internet no se escribe a lápiz, se escribe con tinta”. Tras referirse a esta cita en el asunto *Facebook Ireland*, el Abogado General Szpunar señala que para eliminar los contenidos publicados en línea por los usuarios de una red social que suponen una vulneración de los derechos de la personalidad en Internet es necesario un “borratintas metafórico”⁸¹. Este es un instrumento que se encuentra en las manos del prestador de servicio de alojamiento de datos y que, una vez requerido por la persona cuyos derechos han sido presuntamente vulnerados, puede decidir, a través de su equipo de moderadores, si utilizarlo o no. En caso de que la decisión no satisfaga al interesado, y como hemos visto en nuestro caso de estudio, puede hacer uso de su derecho a la tutela judicial efectiva e iniciar un procedimiento ante los tribunales nacionales, del cual resultará un requerimiento judicial que obligue al prestador de servicios a hacer uso del borrador y elimine los contenidos en cuestión.

64. La labor del tribunal nacional en esta materia dista de ser fácil. El equilibrio entre los derechos al honor y a la intimidad de la presunta víctima, de un lado, y de la libertad de empresa del prestador de servicios y de libertad de expresión del usuario que ha publicado el contenido, de otro, es sólo una de las muchas incógnitas. En primer lugar, debe tener presente que la Directiva 2000/31 impone a los Estados miembros una amplia “obligación de no obligar” a los prestadores de servicios de alojamiento de datos a supervisar sus datos. La obligación de una supervisión general se encuentra terminantemente prohibida, y la supervisión específica previa solicitud debe estar muy definida para evitar que el prestador de alojamiento de datos pierda su neutralidad y, con ello, la inmunidad de la que goza con respecto a los contenidos que se alojan en sus servidores. En segundo lugar, debe determinar si la obligación específica de supervisar y retirar el contenido ilícito se extiende no sólo a los “datos idénticos” compartidos literalmente por usuarios distintos a su creador, sino también a “contenidos similares” que han sido elaborados por otros usuarios, y las consecuencias que esto último tiene en la participación de terceros interesados en el procedimiento judicial. En tercer lugar, deberá determinar si es competente para todos los daños causados siendo el “centro de interés” del demandante, o si se limita a conocer de los daños causados en su Estado. En cuarto lugar, deberá considerar si el requerimiento judicial implica la retirada de estos datos con un efecto universal, dada la ausencia de fronteras de esta red social, o si se limita al acceso en su Estado. Y, aun superando todos estos pasos, es posible que la ley aplicada al fondo del asunto resulte en un resultado contrario en lo que al equilibrio de derechos se refiere en los ordenamientos jurídicos de terceros Estados en los que pretende aplicarse, con la variedad de problemas que ello conlleva.

65. En un escenario como el anterior, en el que a los problemas jurídicos se suma la dilatación de un proceso no sólo a nivel nacional, sino también con una cuestión prejudicial ante el TJUE, cabe

⁸⁰ Sobre estas propuestas véanse I. DE LA RASILLA, “The World Court of Human Rights: Rise, Fall and Revival?”, *Human Rights Law Review*, Vol. 19, Núm. 3, 2019, pp. 585-603; J. KOZMA, M. NOWAK y M. SCHEININ, *A World Court of Human Rights: Consolidated statute and commentary*, Viena, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2010; M. Nowak, “A World Court of Human Rights”, en G. OBERLEITNER (ed.), *International Human Rights Institutions, Tribunals, and Courts*, Singapur, Springer, 2018, pp. 271-290.

⁸¹ Conclusiones del Abogado General Szpunar, cit. supra., p. 2.

preguntarse si no es aconsejable el uso de fórmulas alternativas para la resolución de estos conflictos. Tal y como hemos estudiado, el objetivo de los medios alternativos de resolución de conflictos es precisamente el de alcanzar soluciones de la manera más rápida y eficaz, sin que ello limite, por supuesto, el derecho de cualquiera de las partes de acudir a instancias judiciales en caso de no alcanzar un resultado extrajudicial que se considere satisfactorio. El uso de estos medios se ha multiplicado en los últimos años, y su evolución hacia los medios de resolución de conflictos en línea ha facilitado aun más su uso por los particulares.

66. La Junta de Supervisión de Facebook, más conocida como “Tribunal Supremo de Facebook”, es el nuevo servicio ofrecido por esta empresa a los particulares con el que se habilita la posibilidad de acudir a una “justicia privada”, manteniéndose siempre abierta la posibilidad de acudir a la “justicia pública”. Tras un análisis del borrador de su instrumento fundacional y de las recomendaciones de la consultora BSR, podemos concluir que nos encontramos ante un avanzadísimo medio de resolución de conflictos en línea que ofrece unas ventajas muy importantes cualquier persona afectada por los contenidos presentes en esta red social, sea usuaria o no.

67. Desde un punto de vista práctico, frente a las dilaciones de un procedimiento judicial tradicional, ofrece una solución en un plazo no superior a los tres meses. Desde un punto de vista jurídico, esta vía permite evitar gran parte de las incógnitas a las que se enfrenta un juez nacional. Su competencia se extiende a la totalidad de los contenidos de Facebook, sin límites territoriales ni para conocer del caso ni para la obligación de retirada. No existe una ley aplicable nacional al fondo de asunto a la hora de equilibrar derechos, con los problemas que ello trae consigo a la hora del reconocimiento, sino unas normas o políticas de conducta muy desarrolladas que conforman lo que podríamos denominar una *lex electronica*. Incluso, según recomendaciones, podría incluir las normas internacionales de derechos humanos, lo que supondría convertirlo en el primer tribunal de alcance universal de derechos humanos, si bien limitado al universo de Facebook. Por último, en cuanto al contenido de sus decisiones, pueden obligar a Facebook a mantener o retirar sus contenidos y, de adoptarse las recomendaciones de BSR, incluso de obligar a Facebook a compensar económicamente a las víctimas.

68. La peculiar naturaleza del mundo virtual, en el que el papel de los Estados se encuentra apreciablemente difuminado, lo convierte en un campo idóneo para el desarrollo de mecanismos alternativos de resolución de conflictos. La propuesta del “Tribunal Supremo” de Facebook articula un sistema alternativo (que no sustitutivo) a la “justicia pública” con importantes ventajas para el ciudadano, si bien con una serie de complejidades a tener en cuenta. No resulta descabellado pensar que, según estos medios vayan siendo cada vez más numerosos y complejos, se multiplique la figura del “jurista del mercado” junto al “jurista del Estado”⁸², en un mercado que demandará cada vez más abogados especializados en estos medios privados y en su *lex electronica*, con un desarrollo de la “reconceptualización del ejercicio de la abogacía” que ya se ha iniciado en los países de derecho anglosajón en relación con los medios alternativos de resolución de conflictos⁸³.

⁸² P. LAURENT, “Droit & gouvernance”, cit. supra., p. 13.

⁸³ J.C. BETANCOURT, “Reexaminando la noción de resolución alternativa de disputas (ADR) en el contexto del derecho de acceso a la justicia «no jurisdiccional»”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, Núm. 2, 2018, pp. 211-248, p. 243.