

Los medios sociales y la repercusión legal de los contenidos

Dada la trascendencia que han "levantado" las recientes detenciones de cuatro personas por la reproducción en diferentes medios sociales de comentarios acerca del reciente crimen de la presidenta del PP y de la Diputación de León, Dña. Isabel Carrasco, se extiende la "psique" colectiva, tanto ciudadana como política, para adoptar nuevas medidas, destacando la reforma del código penal y la elaboración de una normativa propia y específica que regule la utilización de medios sociales.

Esta circunstancia suele suceder, como en el caso que nos ocupa, en situaciones donde un suceso que tiene repercusión social, y más en los tiempos que corren ante la apatía de la clase política, genera una oleada de reacciones que, en ocasiones, son desproporcionadas y adoptadas sin ningún tipo de meditación.

Es curioso que en estos momentos, no solo la clase política por ser afectos al suceso, sino la propia sociedad, se "rasgue las vestiduras" en relación a lo que se publica en los medios sociales y deseen una "quema de brujas." Sin embargo, la mayoría de ellos, dejan al margen una premisa esencial a la hora de utilizar de forma "ética, moral y legal" dichos medios sociales: la utilización de aquellos como instrumento o altavoz de un derecho fundamental "libertad de expresión y opinión" que, bajo mi apreciación, deberían ser canalizados e incentivados desde un punto de vista educacional.

Sin embargo, como el acontecimiento de repercusión nacional está presente y es interés público, comentaré, al igual que, en los medios sociales, la opinión que me merece el mismo. En primer lugar, cuántos se han parado a leer las condiciones legales de los medios sociales -Twitter, Facebook, Pinterest, LinkedIn, Tuenti, Google+ y demás- y las de mensajería instantánea, algunas de ellas, basadas en la identidad anónima -Secret, Whisper, Truth y otras similares- donde todas ellas, son plataformas de intermediación en las que, generalmente, otorgas consentimiento explícito para la cesión no exclusiva de todos los contenidos "subidos - colgados", es decir, para poder transformarlos, editarlo, distribuirlos, comunicarlos públicamente y todas aquellas asociadas. Por otra parte, qué porcentaje configura la privacidad de su perfil y de los contenidos que publica, siendo la mayoría de ellos públicos, accesibles a cualquier persona desde cualquier parte del mundo.

Centrándome en el medio social Twitter, éste como la mayoría de medios sociales lo que permite a través del registro como usuario -identificado de forma real o ficticia- es una licencia de su software para que el usuario pueda utilizar los servicios que el medio social

pone a su disposición, destacando, la reproducción de contenidos, entendiéndose por éstos: información alfabética, fonogramas, gráfica, acústica, audiovisual y otro tipo. A cambio, la entidad propietaria o explotadora del medio social -Twitter- recibe una autorización del usuario, tanto para disponer y tratar su información personal como para utilizar los contenidos que reproduzca a través de su cuenta: modificarlos, transmitirlos, distribuirlos, transformarlos o cualquier operación que considere oportuno con los mismos, incluida la posibilidad de poder sublicenciarlos a aquellos terceros que considere más conveniente, todo ello bajo una exención de responsabilidad total de dicha entidad o medio social.

Partiendo de dicha realidad, cualquier contenido que reproduzca el usuario, sea propio o de tercero, exonera al medio social de cualquier responsabilidad sobre el mismo, siendo el usuario el único responsable frente a terceros, incluido el propio medio social. Ahora bien, ¿podrían existir otros responsables –autores, inductores, cooperadores, cómplices- distintos al propio usuario? Por ejemplo, aquellos otros usuarios que retwittean e incluso el diario o medio de comunicación social -periódico, radio, televisión- si el tweet o el retweet es difundido a través de una cuenta de aquel. Y la entidad jurídica que está detrás del medio social, ¿podría ser responsable de los contenidos reproducidos en su propio medio social?

Podemos plantear la presente situación, qué ocurriría con una tweet reproducido en el medio social abierto –Twitter, Facebook-, bajo una configuración de cuenta donde el usuario escoge quién desea que reciba el tweet, por ejemplo cinco de sus seguidores, pero que sin embargo es retwitteado públicamente por uno de dichos seguidores, el cual, a su vez, tiene mil seguidores. ¿Estaríamos ante el mismo hecho delictivo o pudiere tener variantes por la característica de la publicidad efectuada sobre el contenido reproducido?

Lo importante es saber que cuando uno decide formar parte de un medio social está aceptando unas condiciones de uso y privacidad únicas, es decir, equiparables a un contrato de adhesión donde el usuario no negocia las mismas sino que acata éstas, siendo responsable, de momento, el propio titular de la cuenta y/o autor de los contenidos que reproduzca y de la comunicación que de aquellos efectúe a través de su configuración personal de su cuenta. Traducido al caso de las detenciones de la Policía respecto a los contenidos reproducidos acerca del homicidio de Dña. Isabel Carrasco, los supuestamente titulares de la cuenta en Twitter y desde la cual se han vertido los contenidos podrían ser considerados responsables criminalmente de un delito o falta tipificados en el código penal.

A través de los medios sociales, los titulares de una cuenta en dichos medios, podrían ser responsables criminalmente de delitos por la utilización indebida de la misma, motivados por la reproducción de contenidos. Entre los delitos más comunes estaríamos ante el delito de injurias, de amenaza, de enaltecimiento al terrorismo -operación "araña"-, delitos contra el honor e intimidad, descubrimiento o revelación de secretos, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, delito contra la corona, delitos de acoso sexual.

Si atendemos a los contenidos vertidos en los medios sociales, particularmente, en Twitter, algunos de ellos, podrían ser constitutivos de delito. Sin embargo, no hay que aventurarse, dado que pudieren existir características que hagan que dicha acción -reproducir comentario- no fuere calificada como delito o falta. Se conoce que el joven de 19 años ha sido imputado por apología de un delito (artículo 141 CP) contemplado en los artículos 138 a 140 CP (homicidio y sus formas.) El código penal (artículo 18) establece que será apología *"la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito."* Esto significaría que para que la apología derive en delito, ésta debe, claramente, incitar la comisión delictiva y, por otra parte, la apología es una forma de provocar *"cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito."* Aventurarse a afirmar que dicho contenido pudiere ser constitutivo de delito es un poco imprudente, dado que hay que analizar muchos extremos, como por ejemplo, determinar si el medio social es un medio de difusión y si éste es equiparable a un medio de comunicación; en caso que sea equiparable, si dicha incitación es directa, teniendo en cuenta el carácter público del medio social; el grado de difusión del tweet reproducido o, en su caso, retwitteado, así como la voluntad directa del presunto imputado en aras a "solucionar" el contenido reproducido -eliminación, rectificación.-

Por lo tanto, como en todos los casos, hay que valorar todas las circunstancias vinculadas a aquellos. Del mismo modo, extensible a los supuestos que, actualmente, se relacionan como los delitos de amenazas, delito de odio, delito contra la integridad moral, así como a la investigación policial, para en el supuesto que pudieren ser responsables criminalmente otros usuarios del medio social -autores, inductores, cooperadores, cómplices- o entidades que pudieren vincularse.

Bajo mi punto de vista una premisa importante a la hora de utilizar los medios sociales es valorar si los contenidos que quiero reproducir, deseo y pueden pasar de la esfera privada -íntima- a una esfera pública -abierta-, con o sin restricciones, pudiendo ser utilizadas en dichos medios sociales. Por ejemplo, el hecho de tomar una fotografía personal a través de un dispositivo móvil propio, siendo dicho fotograma explícito en su contenido sexual, y efectuando sobre la misma una distribución a un tercero, el cual considera "ingenioso" reproducir la misma a través de su cuenta personal en un medio social. En este supuesto, la persona fotografiada ha decidido saltar su esfera privada, ha consentido que ese tercero disponga de un contenido personal, ha sido un acto voluntario, otra cosa sería, a posteriori, perseguir la utilización de dicha fotografía por la reproducción de ésta en medios sociales, acciones que, como en todo proceso deberían atenderse al caso concreto.

La cuestión, planteada en el debate que está a pie de calle, respecto a si es conveniente, necesario o, todo lo contrario, una regulación propia de los medios sociales. Desde mi perspectiva, primero, es fruto de un acontecimiento desgraciado, denunciado y que ha golpeado a la esfera política y, segundo, derivado de éste, la reacción en caliente, con o sin intención, de "atemorizar" a la sociedad respecto al uso de dichos medios sociales. Mi respuesta es, todo es mejorable, pero no considero que sea lo más oportuno, no es conveniente utilizar el dicho "pagar a golpe de talonario" que, trasladado a los acontecimientos producidos, vendría a traducirse por "legislar a golpe de acontecimiento." El propio código penal ya recoge la tipificación de acciones que pudieren ser constitutivos de delitos, y efectuar esas acciones offline u online, no difiere en demasía, de hecho el resultado es el mismo, el tipificado para cada caso concreto. Pero no solo el código penal ya regula supuestos efectuados a través de medios sociales, sino que existe normativa no solo nacional, autonómica sino europea acerca de los frentes abiertos que pudieren "darse", no sólo en medios sociales, sino en otros medios basados en la tecnología. Se regula la privacidad, se regula los servicios de la sociedad de la información, se regula las telecomunicaciones a través de la reciente entrada en vigor de la Ley General de Telecomunicaciones, se regula las prácticas abusivas desleales por medios de comunicaciones electrónicas, se regula la defensa de consumidores y usuarios por compras online, se regula el esquema nacional de seguridad, se regula la administración electrónica, se regula... se regula... se regula... Hemos de dejar que actúen las autoridades competentes en aplicación de la normativa en vigor, dejemos que esa normativa tome cuerpo mediante jurisprudencia. Cada caso es un mundo, por tanto, cada investigación, cada instrucción, cada sentencia nos acerca a entender y establecer la defensa, tanto para los acontecimientos actuales 2.0 como incluso para los 3.0.

Dentro de estas actuaciones, por parte de las autoridades competentes, se encuentran las garantías de la propia investigación, por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, los cuales, a través de sus brigadas tecnológicas -p.e. BIT- efectúan los registros y proceden a la incautación de los recursos informáticos -ordenadores, móviles, discos duros y demás recursos que estimen pertinentes.- En muchas ocasiones, las propias Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, deben hacer un esfuerzo titánico, mediante ingeniería inversa, con la finalidad de obtener información que les permita llegar hasta el autor material de los hechos. Sin embargo, en determinadas ocasiones, las pruebas obtenidas no garantizan que el acusado pueda ser el autor material, dado que las mismas pueden llegar a ser poco concluyentes, como por ejemplo la obtención de una IP de conexión, donde el titular de la línea no tiene por qué corresponder con el autor material de los hechos o la posibilidad de un ataque malicioso a un terminal conectado a la red, como ocurrió en la Sentencia 987/2012 Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Por lo tanto, no estaríamos ante una obtención de prueba lícita y acorde a derecho, sino que del análisis de la prueba y del informe policial pueda aseverarse con rotundidad si el acusado, en su caso, es el autor material de los hechos, mínimos exigidos para garantizar el derecho de la presunción constitucional de inocencia. Ante cualquier duda, por mínima que sea, se han de salvaguardar las garantías procesales y constitucionales, pese a disponer de las pruebas suficientes.

A colación del precedente apartado, veremos cómo afecta la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarando inválida la Directiva de Conservación de Datos, transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 25/2007. Estaremos pendientes, caso por caso, dada la transcendencia de aquella, la cual obligaba a los operadores que prestasen el servicio de comunicaciones electrónicas disponibles al público o explotasen redes públicas de comunicaciones conservar los datos de la prestación del servicio o de redes públicas de comunicación, teniendo el deber de ceder los datos a los agentes facultados siempre que fueren requeridos a través de autorización judicial con las finalidades de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales.

Siguiendo la argumentación anterior, lo que debiera ser necesario es la colaboración proactiva, por parte de los medios sociales, tanto por los propios usuarios como por la propia entidad propietaria del medio social, en una doble vertiente, hacia dentro del propio medio social -denuncia de los propios usuarios y la actuación diligente a partir de la misma, por parte del medio social- y hacia fuera del medio social -la colaboración con las autoridades estatales.- No se trata de que los medios sociales censuren, sino que a través de la libertad de opinión y de actuación, sean también ellos, incluidos los propios

usuarios que hacen posible dicho medio social, los que activamente intenten o ayuden a preservar las posibles acciones constitutivas de delito o falta.

Los medios sociales están amparados, recientemente por la Sentencia del Tribunal Supremo -caso Google- que ratificó el principio del conocimiento efectivo, por el cual un prestador de servicios de los relacionados en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico –artículos 13 a 17- no es responsable si no tiene “conocimiento efectivo” de la ilicitud del hecho. Sin embargo, bajo mi punto de vista, este principio es una excepción de los principios de responsabilidad general, dado que habría que dilucidar desde cuándo tiene conocimiento efectivo, puesto que, imaginemos el supuesto de actualidad, teniendo conocimiento el medio social, a través de su representante en España, tanto de la información publicada sobre el acontecimiento como de la investigación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, permitiendo el propio medio social la existencia de posibles retweet del contenido original, o tras la orden de colaboración de la autoridad competente no apoyen en la investigación o en la detección de actividades ilícitas. Estaríamos ante el deber de diligencia ante posibles conductas ilícitas recogida por la Directiva de Comercio Electrónico y transpuesta al ordenamiento jurídico español (LSSICE).

La pregunta del millón sería si las actuaciones “punibles” que pudieren acontecer en los distintos medios sociales están salvaguardadas por el ordenamiento jurídico y si el mismo se encuentra adaptado a la realidad social, en este caso, “realidad tecnológica.” Traslado la pregunta al otro lado, al lector, al internauta, al usuario, al navegante 2.0 para que sea él quien se efectúe el siguiente planteamiento: ¿No hemos pasado de una información y/o comunicación unidireccional, permitida solo al medio y bajo una determinada forma de opinión y crítica, para formar parte de una comunicación bidireccional -siendo emisores y receptores; remitentes y destinatarios- habiéndonos convertido en parte activa de la misma? Para todo cambio se necesita un tiempo, no se necesita una actividad desmesurada legislativa, dado que ya hay múltiples leyes y normativa sectorial que contemplan este nuevo marco social, siempre mejorable. No pretendamos que éstas sean las únicas reguladoras, la única solución válida, dado que somos partícipes del nuevo marco social, igualmente, deberíamos ser partícipes del mismo, en cuanto a valores-ética-educación, especialmente, educacional, enseñar y compartir experiencias, acercar a los límites morales y éticos mínimos exigibles, conocer los riesgos, pero también las infinitas posibilidades que nos permiten la nueva realidad social. ¿Es mejorable? Siempre. ¿Pueden ser parte del crecimiento y la confianza de los usuarios los propios medios sociales? Debe ser su obligación, en cuanto, al menos, generar confianza a los partícipes del medio social para situaciones actuales, pudiendo,

en determinados casos, disponer de un Libro de Conducta o de un Procedimiento de Defensa Interno y no esperar a adoptar decisiones amparándose en la recepción de una decisión judicial o administrativa. Ser colaborador pro-activo con los estados y con los usuarios. De igual forma, los estados deberían tomar el altavoz, no como represores sino como partícipes pro-activos, en defensa de derechos inherente a todos: opinión, expresión, crítica, información, más que ensalzadores de situaciones atípicas.

Seguiremos siendo parte, queramos o no, de una nueva realidad social, en la que debemos ser nosotros –usuarios, navegantes, internautas- los que mejoremos la misma, a través de nuestra actitud y aptitud ante ella, ante los valores que deseemos en que la misma se convierta así como educando en aquellos.

Efrén Santos Pascual
Socio-Abogado
ICEF Consultores