



Roj: **STS 3405/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3405**

Id Cendoj: **28079130042022100456**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **03/10/2022**

Nº de Recurso: **6147/2021**

Nº de Resolución: **1231/2022**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **LUIS MARIA DIEZ-PICAZO GIMENEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3370/2021,**
ATS 53/2022,
STS 3405/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.231/2022

Fecha de sentencia: 03/10/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6147/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/09/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Procedencia: AUD. NACIONAL SALA C/A. SECCIÓN 8

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 6147/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1231/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D.^a Celsa Pico Lorenzo

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D.ª María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 3 de octubre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 6147/2021, promovido por la entidad **WOMEN ON WEB INTERNATIONAL FOUNDATION ("WOW")**, representada por la procuradora de los tribunales doña Raquel Cano Cuadrado y defendida por la letrada doña Aintzane Márquez Tejón, contra la sentencia de 6 de julio de 2021, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso de apelación nº 30/2021 interpuesto por la ahora recurrente contra la sentencia de 9 de marzo de 2021 del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 10 dictada en el procedimiento especial para la protección de los Derechos Fundamentales 2/2020.

Siendo parte recurrida la **ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO (AGENCIA ESPAÑOLA DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS)**, representado y defendido por Abogado del Estado en virtud de la representación que legalmente ostenta.

Habiéndose personado el **MINISTERIO FISCAL** en las presentes actuaciones.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor literal:

"[...] FALLAMOS:

En atención a lo expuesto la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

Que debemos **DESESTIMAR** Y **DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **WOMEN ON WEB INTERNATIONAL FOUNDATION** contra la sentencia dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo núm. 10 el día 9 de marzo de 2021 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho.

Con condena al pago de las costas a la parte apelante, con la limitación señalada en el fundamento jurídico séptimo. [...]."

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de **WOMEN ON WEB INTERNATIONAL FOUNDATION**, presentó escrito preparando el recurso de casación, que la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado, ordenando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, por diligencia de ordenación de 5 de noviembre de 2021 la Sala de lo Contencioso Administrativo, tuvo por personados y partes en concepto de recurrente a Women On Web International Foundation, y como recurrida la Administración del Estado y el Ministerio Fiscal.

CUARTO.- Por auto de 13 de enero de 2022, la Sección Primera de esta Sala acordó:

"[...] Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por Women on web International Foundation (WOW) contra la sentencia de 6 de julio de 2021, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, de la Audiencia Nacional (recurso apelación núm. 30/2021).

Segundo. Precisar que las cuestiones que revisten interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consisten en aclarar:

Si resulta necesario la autorización judicial en casos de que la Administración acuerde la medida consistente en la interrupción del acceso a la web por los operadores de las redes de telecomunicaciones que prestan servicio en España ante la constatación de una actividad ilegal, en particular, de venta por medios telemáticos de medicamentos no autorizados para su comercialización en nuestro país.

El alcance que, en su caso, debe tener la medida atendiendo a la complejidad de los contenidos de la página web.

Tercero. Identificar como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación, las contenidas en los artículo 20.5 Constitución española, el artículo 10 Convenio europeo de Derechos Humanos,



el artículo 8, apartados 1, 2 y 3 y el artículo 11.3 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información, el artículo 18.1 de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio (Directiva sobre el comercio electrónico) sobre aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información.

Todo ello, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso (art. 90.4 LJCA). [...].

QUINTO.- Teniendo por admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a la parte recurrente para que, en treinta días, formalizara escrito de interposición, lo que realizó, suplicando:

"[...] tenga por presentado este escrito y por formalizado el recurso de casación contra la Sentencia de 6 de julio de 2021 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Octava de la Audiencia Nacional (recurso de apelación núm. 30/2021) continuando el procedimiento en todos sus trámites y dictando sentencia por la que, con estimación del recurso interpuesto, se pronuncie sobre: (i) si la AEMPS puede acordar y mantener medidas de bloqueo íntegro de una página web principalmente informativa sin que, en ningún momento, deba de intervenir un órgano judicial; y (ii) si la interrupción de la provisión de un servicio como el de mi representada, infringe los arts. 8 y 20 del Real Decreto 81/2014 y arts. 56 y 57 del TFUE. Y acuerde, con expresa condena en costas a la Administración recurrida: (iii) la revocación de la Sentencia recurrida, anulando la Resolución de la AEMPS de 23 de septiembre de 2020 con cese del bloqueo de la página web de WOW y el reconocimiento de la vulneración de sus derechos fundamentales. [...]."

SEXTO.- Por providencia de 10 de marzo de 2022, se emplazó a las partes recurridas para que, en treinta días, formalizaran sus escritos de oposición.

Por la representación procesal de la Administración del Estado, se presentó escrito de oposición al recurso de casación que finaliza suplicando:

"[...] que, admitiendo estas alegaciones tenga a esta representación del Estado por OPUESTA al recurso de casación interpuesto de contrario y en su momento declare no haber lugar al recurso de casación formulado con expresa imposición de costas a la parte recurrente. [...]."

Asimismo, el Ministerio Fiscal, presentó escrito manifestando su postura suplicando a la Sala:

"[...] EL FISCAL, considera que PROCEDE DESESTIMAR, en los términos ya expresados, el presente recurso de casación. [...]."

SÉPTIMO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 92.6 de la Ley de esta Jurisdicción, atendiendo a la índole del asunto, no se consideró necesaria la celebración de vista pública.

OCTAVO.- Mediante providencia de 22 de junio de 2022, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. don Luis María Díez-Picazo Giménez y se señaló para votación y fallo la audiencia del día 27 de septiembre de 2022, en cuyo acto tuvieron lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación es interpuesto por la representación procesal Women on Web International Foundation contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de julio de 2021.

Los antecedentes del asunto, tal como resultan de las actuaciones remitidas a esta Sala y por lo que ahora específicamente importa, son como sigue. Women on Web International Foundation (en adelante, WOW) es una organización con sede en Canadá, que tiene por objeto aconsejar a las mujeres en materia de salud sexual y derechos reproductivos. En España no tiene ningún establecimiento físico, limitándose a operar electrónicamente mediante un sitio web en lengua española.

La Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (en adelante, AEMPS), que es la entidad administrativa con competencias de policía en el sector de los medicamentos, tuvo noticia de que en el sitio web de WOW se ofrecía la posibilidad de obtener los medicamentos "mifepristone" y "misoprostol", cuya comercialización está prohibida en España y, en todo caso, no pueden ser administrados sin receta médica. El envío de estos medicamentos por la mencionada vía telemática a quien los solicitase no se presentaba como una compraventa, desde el momento en que no se exigía el pago de un precio. Sin embargo, se encarecía que la solicitud fuese acompañada de una donación por importe de 50 a 70 €. No consta que WOW sea una entidad con ánimo de lucro.

A la vista de esta situación, con fecha 29 de mayo de 2019 la AEMPS envió un correo electrónico a WOW, advirtiéndola de que la comercialización de dichos medicamentos por vía telemática es ilegal en España. Dado

que WOW no puso fin a la actividad, la AEMPS decidió con fecha 25 de junio de 2020 iniciar un procedimiento administrativo tendente a la interrupción o retirada del servicio de la sociedad de la información; y adoptó la medida cautelar de ordenar a los proveedores de acceso a Internet en España que interrumpieran el acceso al sitio web de WOW. Una vez tramitado el procedimiento administrativo, con fecha 23 de septiembre de 2020 la Directora de la AEMPS dictó resolución acordando "la interrupción y/o retirada del servicio de la sociedad de la información consistente en la venta de medicamentos por procedimientos telemáticos a través del sitio web *www.womenonweb.org*".

Interpuesto recurso de reposición, fue desestimado por silencio administrativo. WOW acudió entonces a la vía contencioso-administrativa.

SEGUNDO.- El recurso contencioso-administrativo fue desestimado por sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 10 de 9 de marzo de 2021. Es conveniente detenerse brevemente en los elementos fundamentales de la argumentación de esta sentencia, que -con independencia de que se comparta o no su fallo- es un modelo de razonamiento metódico, ordenado y claro, especialmente habida cuenta de la dificultad del asunto y de la ausencia de jurisprudencia en la materia.

Tras establecer los hechos que deben tenerse por acreditados, el Juez de instancia dice que lo primero que debe dilucidarse no es si WOW podía legalmente ofrecer la obtención por vía telemática de los medicamentos "mifepristone" y "misoprostol" pidiendo por ello una donación, sino si la interrupción del acceso al sitio web de WOW -tanto en su vertiente de medida cautelar, como en la de resolución definitiva- podía ser tomada por una entidad administrativa como es la AEMPS sin necesidad de una previa autorización judicial. Según el Juez de instancia, si la respuesta a este interrogante fuera negativa, habría que concluir que el acto administrativo impugnado es ilegal en todo caso; y ello sin necesidad de examinar su legalidad sustantiva, es decir, si concurre alguno de los supuestos de hecho legalmente previstos que habilitan para ordenar la interrupción del acceso a un servicio de la sociedad de la información. En pocas palabras, el Juez de instancia consideró que establecer si la intervención judicial era o no necesaria en este caso constituye un *prius* con respecto al análisis de la cuestión de fondo.

A este respecto recuerda que la regulación relevante se encuentra en la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que transpone la Directiva 2000/31/CE (Directiva sobre el comercio electrónico) al ordenamiento español. Señala que el art. 8 de la citada ley enumera los principios cuyo menoscabo habilita para acordar la restricción de servicios de la sociedad de la información, principios entre los que se halla "la protección de la salud pública o de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores o usuarios". Y señala también que, con arreglo al art. 11 de la propia ley, "la autorización del secuestro de páginas de Internet o de su restricción cuando ésta afecte a los derechos y libertades de expresión e información y demás amparados en los términos establecidos en el artículo 20 de la Constitución sólo podrá ser decidida por los órganos jurisdiccionales competentes". Con esta base normativa, el Juez de instancia concluye que la exigencia de intervención judicial para decidir la interrupción o restricción de acceso a sitios web no es aplicable al presente caso, al entender que "la resolución impugnada no acuerda secuestro alguno, ni afecta, como veremos, a los derechos y libertades aludidos, puesto que se limita a requerir la cesación de la actividad de venta de medicamentos online". Ésta es, sin duda, la *ratio decidendi* de la sentencia de primera instancia: la exigencia de intervención judicial del art. 20.5 de la Constitución sólo entra en juego, tal como indica el art. 11 de la Ley 34/2002, cuando la interrupción o restricción del acceso al sitio web afecte a la libertad de información o de expresión; algo que no sucedería en el presente caso, porque lo único que ha hecho la Administración es ordenar el cese de una actividad de comercialización por vía telemática de medicamentos.

Una vez sentado que la intervención judicial no era precisa en el presente caso, el Juez de instancia aborda el análisis sustantivo del acto administrativo recurrido, concluyendo que es ajustado a derecho. Observa, en particular, que se encuentra dentro del supuesto de hecho consistente en la protección de la salud pública, que legalmente habilita para la interrupción o restricción del acceso a sitios web; que la comercialización de los medicamentos arriba referidos está prohibida en España, indicando que la calificación como "donación" de la contraprestación pedida no es convincente; y que, en todo caso, la comercialización de medicamentos por Internet y sin el correspondiente sello de la Unión Europea resulta ilegal en España.

TERCERO.- Interpuesto recurso de apelación, fue desestimado por la sentencia que ahora se impugna en este recurso de casación. La Sala de apelación, en esencia, hace suya la argumentación del Juez de instancia.

CUARTO.- Preparado el recurso de casación, fue admitido por la Sección Primera de esta Sala mediante auto de 13 de enero de 2022. La cuestión que declara de interés casacional objetivo es determinar:

"Si resulta necesaria la autorización judicial en casos en que la Administración acuerde la medida consistente en la interrupción del acceso a la web por los operadores de las redes de telecomunicaciones que prestan



servicio en España ante la constatación de una actividad ilegal, en particular, de venta por medios telemáticos de medicamentos no autorizados para su comercialización en nuestro país. El alcance que, en su caso, debe tener la medida atendiendo a la complejidad de los contenidos de la página web."

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso de casación, con amplia cita de jurisprudencia española y europea, WOW alega que la sentencia impugnada infringe el art. 20 de la Constitución, así como el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y los arts. 8 y 11 de la Ley 34/2002, subrayando que la interrupción del acceso a su sitio web acordada por la AEMPS habría debido ser autorizada por un órgano judicial.

Además, siempre en este orden de consideraciones, insiste en que, si bien el acto administrativo recurrido acordó la interrupción de la venta de los referidos medicamentos por procedimientos telemáticos, los efectos de la medida cautelar consistente en ordenar la interrupción del acceso a todo su sitio web se han mantenido; es decir, que éste sigue sin ser accesible. La recurrente considera, por ello, que el acto administrativo recurrido y las sentencias de instancia y de apelación, que lo confirman, contravienen el principio de proporcionalidad: a su modo de ver, para alcanzar el fin buscado por el acto administrativo habría bastado impedir el acceso a la sección o pestaña "Necesito un aborto" -donde se ofrece la posibilidad de obtener los citados medicamentos por vía telemática- dejando expedito el acceso al resto de contenidos del sitio web de WOW. Siempre en este orden de consideraciones, añade la recurrente que siempre puso de manifiesto que la citada sección "Necesito un aborto" está separada e identificada dentro del sitio web mediante un URL propio; lo que técnicamente habría permitido sin dificultad interrumpir sólo el acceso a esa sección, sin afectar al resto del sitio web.

Como argumento adicional, citando el Real Decreto 81/2014 y los arts. 56 y 59 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la recurrente sostiene que la sentencia impugnada contraviene la libertad de prestación de servicios. Indica que aquí está en juego la prestación de servicios médicos, que se encuentran cubiertos por las citadas normas. En este contexto, sin especial desarrollo argumental, invoca también la libertad de asociación.

Dice la recurrente, en fin, que se han vulnerado las reglas sobre la carga de la prueba, porque la sentencia impugnada da por bueno que -como se desprende de la sentencia de primera instancia- no probó no haber vendido medicamentos por vía telemática. Ello constituye, a su juicio, exigir la prueba de un hecho negativo.

SEXTO.- El escrito de oposición al recurso de casación del Abogado del Estado, tras hacer un prolijo repaso de lo dicho en los sucesivos grados del proceso, se limita a hacer varias afirmaciones apodícticas sin llevar a cabo un esfuerzo argumentativo apreciable. Su posición es que la intervención judicial no era necesaria para acordar la interrupción del acceso al sitio web, y que el acto administrativo recurrido es perfectamente legal y proporcionado.

SÉPTIMO.- El Ministerio Fiscal ha sido oído, dado que el litigio se ha tramitado por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales. Entiende el Ministerio Fiscal que la autorización judicial para la interrupción del acceso a sitios web sólo es exigible, a tenor de los arts. 8 y 11 de la Ley 34/2002 en relación con el art. 20.5 de la Constitución, cuando ello afecte a las libertades de información y de expresión; es decir, cuando el contenido del sitio web consista en informaciones o expresiones. No es necesario, a su juicio, cuando el contenido del sitio web no informa sobre datos ni expresa opiniones, sino que simplemente opera como medio para llevar a cabo una actividad ilegal. Esto último es lo que, siempre según el Ministerio Fiscal, ocurriría en el presente caso.

No obstante, el Ministerio Fiscal considera que el acto administrativo recurrido, al igual que las sentencias de primera instancia y de apelación que lo confirman, vulnera el principio de proporcionalidad; y ello porque, a su modo de ver, habría bastado ordenar la interrupción del acceso a la sección mediante la que se ofrecían los mencionados medicamentos. De aquí que concluya que el recurso de casación no debe prosperar, salvo en lo relativo a la desproporción de la medida adoptada.

Sostiene el Ministerio Fiscal, en fin, que lo alegado acerca de la libertad de prestación de servicios debe ser rechazado, ya que WOW es una persona jurídica canadiense.

OCTAVO.- Abordando ya el tema litigioso, esta Sala no alberga ninguna duda de que la oferta de obtener los medicamentos "mifepristone" y "misoprostol" por vía telemática que se hacía en la sección "Necesito un aborto" del sitio web de WOW constituye una actividad ilegal. El Juez de instancia y la Sala de apelación tienen toda la razón al señalar que se trata de medicamentos cuya comercialización no está permitida en España; que, en todo caso, no cabe la comercialización telemática de medicamentos, ni de aquéllos que no disponen del sello de la Unión Europea; y que la calificación como "donación" de la contraprestación pedida por el envío de los medicamentos no deja de ser una simulación. A esto último se podría añadir que, incluso si no fuese una simulación, la conclusión no variaría; y ello porque la distribución gratuita de medicamentos no autorizados -aunque no sea técnicamente "comercialización"- no deja de ser ilícita.



Ello significa que el presente caso era perfectamente subsumible en el apartado del art. 8 de la Ley 34/2002 que habilita para acordar la interrupción del acceso a sitios web a fin de salvaguardar la salud pública. La verdad es que ni siquiera la recurrente combate firmemente este extremo, tal como se desprende de la simple lectura del escrito de oposición al recurso de casación.

Ahora bien, esta indiscutible conclusión sobre el aspecto sustantivo del tema litigioso no permite eludir otros dos problemas, cuyo examen es imprescindible para alcanzar una solución jurídicamente satisfactoria. Uno es el que, con toda lucidez, señaló ya el Juez de instancia, a saber: si la interrupción del acceso a un sitio web requiere autorización judicial. Si ello fuera así, toda la argumentación sobre la corrección sustantiva del acto administrativo recurrido sería irrelevante, pues aquél habría sido dictado prescindiendo de un requisito procedimental innegablemente esencial. Es cierto, así, que despejar este interrogante constituye un *prius* con respecto a cualquier otro extremo de este litigio.

El otro problema, hasta cierto punto independiente del anterior, es si la interrupción del acceso a todo el sitio web de WOW fue desproporcionada, en el sentido de que habría bastado interrumpir el acceso a una de sus secciones para impedir la comercialización por vía telemática de los citados medicamentos.

NOVENO.- Para encuadrar adecuadamente el primero de los problemas que se acaban de señalar, conviene hacer varias consideraciones. En primer lugar, los arts. 8 y 11 de la Ley 34/2002 exigen la intervención judicial para acordar la interrupción del acceso a sitios web sólo cuando ello venga constitucionalmente impuesto. El referido art. 8 es inequívoco cuando establece que "en todos los casos en que la Constitución y las leyes reguladoras de los respectivos derechos y libertades así lo prevean de forma excluyente, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo, en tanto garante del derecho a la libertad de expresión, del derecho de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra y el derecho de información".

En segundo lugar, no es ocioso observar que no en todos los Estados miembros de la Unión Europea es constitucionalmente necesaria la intervención judicial para el secuestro de publicaciones y, por consiguiente, no en todos ellos se plantea la cuestión de si la interrupción del acceso a páginas web exige dicha intervención judicial. Ésta es la razón por la que la Ley 34/2002, que -no se olvide- transpone la Directiva sobre el comercio electrónico, se limita a hacer una remisión a la Constitución para determinar cuándo la intervención judicial en esta materia resulta preceptiva.

En tercer lugar, ello conduce, como no podría ser de otro modo, al núcleo de la cuestión, consistente en dilucidar si los sitios web están incluidos -y, en su caso, hasta qué punto- en la reserva de jurisdicción del art. 20.5 de la Constitución. Éste, como es sabido, dispone: "Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial." A este respecto es obvio que la interpretación literal resulta insuficiente, pues la noción de sitio web no podía estar en la mente del constituyente español de 1978. Y tampoco la jurisprudencia sirve de guía, porque el Tribunal Constitucional no ha tenido ocasión de pronunciarse directamente sobre esta cuestión, ni esta Sala ha debido nunca abordarla.

Una vez hechas las anteriores consideraciones, se debe constatar que una perspectiva finalista arroja luz sobre la cuestión. Que el art. 20.5 de la Constitución, seguramente como reacción a prácticas arbitrarias y abusivas del pasado, tiene por finalidad prohibir el secuestro administrativo o gubernativo de publicaciones es innegable. Así, lo constitucionalmente prohibido no es aprehender publicaciones que incurran en alguna ilegalidad ni impedir su difusión -esto tiene que ver con los límites de las libertades de información y expresión, de que se ocupan los anteriores apartados del propio art. 20 de la Constitución-, sino que lo constitucionalmente prohibido es que el secuestro lo decida por sí sola la Administración. Al igual que en otras reservas de jurisdicción previstas en el texto constitucional, el constituyente consideró preferible que ciertas decisiones especialmente delicadas para la efectividad de algunos derechos fundamentales sean tomadas por un órgano judicial. Con ello no se trata sólo de poner coto a posibles tentaciones administrativas de arbitrariedad, sino sobre todo de encomendar la valoración de los hechos y la ponderación de los intereses a una autoridad imparcial, independiente y sometida únicamente a razones jurídicas. Debe tenerse en cuenta que decidir si una publicación merece ser secuestrada -al igual que ocurre con la interceptación de comunicaciones, con el registro domiciliario o con la disolución de asociaciones- a menudo exige un razonamiento jurídicamente complejo e intelectualmente templado.

Pues bien, a la vista de todo ello, esta Sala entiende que los sitios web -aun no siendo "publicaciones" o "grabaciones" en sentido propio- entran dentro de la categoría de "otros medios de información". A través de Internet circulan públicamente noticias, datos y juicios de hecho (información), así como opiniones, posicionamientos y juicios de valor (expresión); y, en este sentido, los sitios web cumplen una función equiparable a la de los soportes tradicionales de la información y la expresión. De aquí se sigue que, en principio, el art. 20.5 de la Constitución es aplicable a la interrupción del acceso a los sitios web.



Esta afirmación, sin embargo, debe ser objeto de una matización: los sitios web no pueden caracterizarse como "medios de información" cuando no contienen ninguna información ni expresión, sino que son un mero instrumento para realizar otra actividad. Así, el caso aquí examinado ofrece una buena ilustración de ello: dar a conocer al público las propiedades de los medicamentos "mifepristone" y "misoprostol" es indudablemente información, del mismo modo que aconsejar su utilización a determinadas mujeres es innegablemente expresión; pero ofrecer su obtención por vía telemática a cambio de una contraprestación no es ni lo uno ni lo otro. Es sencillamente la utilización del sitio web como medio para realizar una oferta contractual y, por consiguiente, queda fuera del art. 20.5 de la Constitución. A juicio de esta Sala, dicho precepto constitucional entra en juego cuando las publicaciones, las grabaciones o los otros medios de información son canales para la emisión y circulación de ideas, tanto si versan sobre hechos como si versan sobre valores. Ello significa que el art. 20.5 de la Constitución no prohíbe el secuestro administrativo cuando en el soporte secuestrado no hay información o expresión.

Es verdad que dicho precepto constitucional podría interpretarse en un sentido más amplio, de manera que el secuestro de cualquier publicación, grabación o medio de información estuviera objetivamente sujeto a reserva de jurisdicción, cualquiera que fuese su contenido. Pero sucede que ésta no es la lectura que el arriba transcrito inciso del art. 8 de la Ley 34/2002 hace de la llamada a la autoridad judicial, a la que califica de "garante del derecho a la libertad de expresión, del derecho de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra y el derecho de información"; es decir, la intervención judicial en la interrupción del acceso a los sitios web es necesaria porque afecta a las libertades de información y de expresión, no por otras razones. Y dado que esta Sala considera que la interpretación del art. 20.5 de la Constitución que subyace en el art. 8 de la Ley 34/2002 no es irrazonable ni extravagante, a ella se ciñe.

Es imprescindible, llegados a este punto, dejar meridianamente claro un extremo: lo que queda fuera del art. 20.5 de la Constitución son los sitios web cuando no contienen ninguna información o expresión. Y no contener información o expresión no es lo mismo que ilegalidad de la información o la expresión. Informar sobre determinado dato o expresar cierta opinión puede ser ilícito, en el sentido de no ser legítimo ejercicio de las libertades de información o de expresión. Pero la información o la expresión ilícitas no dejan de ser información o expresión y, por ello, la interrupción de los sitios web donde se encuentren exigirá la intervención judicial. Ello dista de ser baladí, pues muchas de las graves ilegalidades que se cometen en Internet no consisten en ofrecer un bien o un servicio, sino en difundir meras informaciones, tales como instrucciones para la fabricación de artefactos, filtración de documentos clasificados, etc.

DÉCIMO.- El otro problema que no cabe eludir es, como se dejó apuntado, si la interrupción del acceso al sitio web a fin de poner fin a una actividad ilegal realizada mediante el mismo debe comprender únicamente aquella sección del sitio web que sea estrictamente necesaria para alcanzar dicha finalidad. La respuesta, como es obvio, ha de ser afirmativa, pues el principio de proporcionalidad requiere acudir siempre a la medida que resulte menos invasiva o gravosa. Va de suyo que esto vale en la medida en que sea técnicamente posible interrumpir sólo el acceso a la sección de que se trate. Si sólo cupiera interrumpir el acceso al sitio web en su conjunto, el discurso habría de plantearse en el plano de la llamada "proporcionalidad en sentido estricto"; es decir, que la cesación de la actividad ilegal mediante la interrupción del acceso al sitio web fuera más valiosa que los intereses sacrificados con ella.

Vale la pena observar, en este orden de ideas, que el respeto al principio de proporcionalidad en la interrupción del acceso a los sitios web, tanto en su faceta de medida menos invasiva o gravosa como en la de proporcionalidad en sentido estricto, se predica con independencia de si la Administración puede o no puede acordarla por sí sola. En otras palabras, también cuando la interrupción de sitios web ha de ser autorizada por un órgano judicial, está éste obligado al respeto del principio de proporcionalidad.

UNDÉCIMO.- A la vista de todo lo expuesto, la respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo debe ser que la Administración puede acordar por sí sola la interrupción de un sitio web, siempre que concurra alguno de los supuestos legalmente habilitantes para ello, únicamente cuando el contenido de aquél no consista en ninguna información ni expresión. Debe tenerse en cuenta, además, que la ilegalidad de las informaciones o expresiones contenidas en un sitio web no excluye la exigencia de autorización judicial para acordar la interrupción de acceso al mismo. En todo caso, cualquiera que sea la autoridad (administrativa o judicial) que ordena la interrupción del acceso al sitio web, ésta debe respetar el principio de proporcionalidad y, si es técnicamente posible, limitarse a aquella sección donde se recoge la actividad, la información o la expresión ilegales.

DUODÉCIMO.- En relación con el criterio que acaba de fijarse a propósito de la cuestión de interés casacional objetivo, esta Sala considera oportuno hacer una respetuosa llamada de atención al legislador: al menos en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, no está previsto un procedimiento para autorizar la interrupción de sitios web en todos los supuestos que habilitan para ello. Es verdad que hasta ahora la



jurisprudencia no había tenido ocasión de ocuparse de este problema, pero el presente caso ha puesto de manifiesto la existencia de esa laguna en nuestra legislación procesal.

DECIMOTERCERO.- Aplicando al presente caso cuanto queda dicho, hay que recordar que tanto la medida cautelar adoptada en el procedimiento administrativo como la resolución final del mismo ordenaron la interrupción del sitio web de WOW sin ninguna autorización judicial. Y nadie ha discutido que en dicho sitio web, junto a una oferta de obtención de ciertos medicamentos, había informaciones, recomendaciones y opiniones en materia de salud sexual y derechos reproductivos. Estos otros contenidos del sitio web son subsumibles, sin duda, en la categoría de información y expresión y, por tanto, su interrupción no podía hacerse legalmente sin autorización judicial. Es más: las organizaciones que promueven los llamados "derechos reproductivos" llevan a cabo una actividad que, cualquiera que sea la valoración que a cada uno le merezca, tiene una dimensión política en la sociedad contemporánea. Y ello exige una especial atención desde el punto de vista de las libertades de información y de expresión.

La consecuencia de esa ausencia de autorización judicial es que la resolución de la Directora de la AEMPS de 23 de septiembre de 2020 no es ajustada a derecho; y tampoco lo es, en la medida en que conserve alguna eficacia, la medida cautelar adoptada con fecha 25 de junio de 2020 en el procedimiento administrativo. Al no haberlo entendido así, las sentencias de primera instancia y de apelación deben ser anuladas, mediante la estimación de este recurso de casación y del anterior recurso de apelación.

Debiendo ahora esta Sala resolver el recurso contencioso-administrativo, ya se ha explicado cuál es el vicio del acto administrativo recurrido: la AEMPS no podía por sí sola ordenar la interrupción del acceso a todo el sitio web de WOW; pero sí podía hacerlo, sin necesidad de intervención judicial, con respecto a aquella sección del mismo donde se ofrecía la obtención por vía telemática de los medicamentos "mifepristone" y "misoprostol" a cambio de una sedicente donación en metálico. La consecuencia de ello es que, en línea con lo sugerido por el Ministerio Fiscal, el recurso contencioso-administrativo debe ser estimado en parte, de manera que se anule la resolución de la Directora de la AEMPS de 23 de septiembre de 2020 en todo lo que excede de la mera interrupción de acceso a la mencionada sección de la página web. Y también debe dejarse sin efecto, en la medida en que conserve alguno, la medida cautelar adoptada en su día en el procedimiento administrativo.

Esta conclusión no se ve enervada por el hecho de que en la motivación del acto administrativo recurrido se dijera que "nada obsta a que el interesado, en el ejercicio de su libertad de expresión, reproduzca y exprese libremente aquellos contenidos que considere mera información en otra página web, o alternatively, mantenga dichos contenidos en la página web objeto del presente procedimiento siempre y cuando retire o bloquee el acceso a aquellos apartados que permiten a los consumidores españoles la adquisición de medicamentos". Incluso pasando por alto la enorme vaguedad de este pasaje, es lo cierto que lo dispuesto por el acto administrativo fue la interrupción de todo el sitio web de WOW; algo que, por cierto, ha sido reconocido por el Abogado del Estado.

DECIMOCUARTO.- Con arreglo al art. 93 de la Ley Jurisdiccional, en el recurso de casación soportará cada parte sus propias costas. En cuanto a las costas de la instancia y de la apelación y de conformidad con el art. 139 del propio cuerpo legal, esta Sala considera que no procede hacer imposición de las mismas dado que el asunto presentaba una notable complejidad jurídica.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

PRIMERO.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal Women on Web International Foundation contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de julio de 2021, que anulamos.

SEGUNDO.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal Women on Web International Foundation contra la sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 10 de 9 de marzo de 2021, que anulamos.

TERCERO.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal Women on Web International Foundation contra la resolución de la Directora de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios de 23 de septiembre de 2020, que anulamos en todo aquello que excede de la interrupción del acceso a la sección del sitio web www.womenonweb.org donde se ofrece la obtención por vía telemática de los medicamentos "mifepristone" y "misoprostol", acordando también dejar sin efecto, si conserva alguno, la medida cautelar adoptada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios con fecha 25 de junio de 2020.



CUARTO.- No hacer imposición de las costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ