

LA CENSURA «PRIVADA» DE LAS GRANDES CORPORACIONES DIGITALES
Y EL NUEVO SISTEMA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN*

*THE «PRIVATE» CENSORSHIP OF LARGE DIGITAL CORPORATIONS
AND THE EMERGING SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION*

Víctor J. Vázquez Alonso

*Profesor de Derecho constitucional
Universidad de Sevilla*

RESUMEN

Este trabajo aboga por un enfoque de la censura privada llevada a cabo por las redes sociales que parta de una comprensión híbrida de la naturaleza jurídica de estas redes. Las grandes plataformas de Internet no podrían ser consideradas ya como meras empresas privadas, sino, en determinados contextos, como foros de naturaleza pública. En este artículo se defiende que ese es el enfoque que se ha ido desarrollándose en el Derecho de la Unión Europea y, en último término, en la inminente Digital Services Act.

PALABRAS CLAVE

Censura privada, naturaleza jurídica de las redes sociales, Digital Services Act.

ABSTRACT

This paper advocates an approach to private censorship carried out by social networks, based on a hybrid understanding of the legal nature of these networks. The large Internet platforms could no longer be considered as mere private companies but, in certain contexts, as a public forum. this article argues that this is the approach that has been developed in European Union law and, ultimately, in the imminent Digital Services Act.

KEYWORDS

Private censure, legal nature of networks, Digital Services Act.

DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2022.040>

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación, La neutralidad institucional en el estado constitucional - PID2019-106043.

LA CENSURA «PRIVADA» DE LAS GRANDES CORPORACIONES DIGITALES Y EL NUEVO SISTEMA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Víctor J. Vázquez Alonso

Profesor de Derecho constitucional
Universidad de Sevilla

Sumario: 1. Introducción. Revolución técnica y obsolescencia jurídica. 2. El distanciamiento europeo del dogma norteamericano: de la impunidad a la nueva naturaleza jurídica de los intermediarios digitales. 3. Las redes sociales como foros de dimensión híbrida, público-privada. 4. El problema constitucional de la censura vicaria. Indagando en la Digital Services Act. 5. A modo de conclusión. Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN. REVOLUCIÓN TÉCNICA Y OBSOLESCENCIA JURÍDICA

Es ya tarea de los historiadores describir con precisión los efectos sociales que ha provocado el gran cambio tecnológico introducido hace ya muchos años con la irrupción de Internet. A este respecto, la disyuntiva radica, en buena medida, entre la asunción de que se ha producido una revolución, es decir, un cambio profundo en nuestras estructuras políti-

cas y sociales, o bien, de forma más dramática, la aceptación de que, en puridad, asistimos a un verdadero momento disruptivo (García, 2021), es decir, a una ruptura o interrupción radical de ciertos presupuestos organizativos básicos en democracia (Lassalle, 2019) cuyo origen radicaría en la nueva realidad técnica del hombre (Blühdorn, 2020). En cualquier caso, incluso en un ámbito del conocimiento tan apegado a la prudencia y a la autoridad del precedente como es el del Derecho, resulta muy difícil no reconocer que el sistema jurídico de la libertad de expresión e información se ha visto superado por la revolución digital. El hecho de que los manuales de Derecho de la comunicación sigan, muchos años después de la irrupción de Internet, haciendo alusión a la necesidad de adecuación de ese sistema a las nuevas circunstancias impuestas por la técnica no deja de ser, a este respecto, una suerte de reconocimiento de que en este ámbito jurídico el Derecho está llamado a padecer una suerte de obsolescencia perpetua.

Desde luego, podría discutirse, sobre la base de un análisis empírico de la jurisprudencia, hasta qué punto la comunicación a través de Internet ha provocado un cambio cultural en la comprensión del contenido protegido por ciertos derechos como la intimidad o la propia imagen (Boix Palop, 2016) o si pueden predicarse límites específicos a la libertad de expresión o de información en aquellos supuestos en los que el canal de difusión es la red (De Miguel, 2016). La finalidad de este trabajo es, sin embargo, otra. Lo que aquí vamos a analizar es el modo en que la propia regulación jurídica que surge por y para «la nueva sociedad de la información» —y no ya las categorías clásicas— es objeto, hoy, específicamente en el Derecho europeo, de un replanteamiento integral que culmina, en mi opinión, y como intentaré justificar, en una nueva comprensión de la naturaleza jurídica de las grandes corporaciones de la sociedad de la información. Y lo haremos a partir de la reflexión en torno a uno de los principales interrogantes jurídicos que se plantean en este ámbito regulatorio, a saber: ¿cuál es el margen que las corporaciones digitales que prestan servicios interactivos de comunicación tienen para regular y, en su caso, censurar los contenidos compartidos por terceros a través de estas?

2. EL DISTANCIAMIENTO EUROPEO DEL DOGMA NORTEAMERICANO: DE LA IMPUNIDAD A LA NUEVA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS INTERMEDIARIOS DIGITALES

El gran cambio que Internet ha provocado dentro del sistema clásico de la libertad de expresión tiene como punto de partida la irrupción de unos nuevos actores, los denominados intermediarios digitales, que no encajan dentro del triángulo jurídico que, hasta ese momento, delimitaba el régimen de las libertades comunicativas. Dicho triángulo estaría integrado, básicamente, por los medios de comunicación, los periodistas y los ciudadanos. En el vértice de este, los medios de comunicación, en cuanto titulares del derecho a la libertad de expresión y de información, han ejercido un derecho de veto sobre los contenidos que a través de estos quisieran transmitirse. Por otro lado, y también como corolario lógico

de este derecho de veto, los propios medios serían responsables solidarios del contenido que cualquier persona, generalmente un periodista, transmita a través de ellos¹. Finalmente, dentro de este triángulo, los ciudadanos, receptores últimos de la información, desempeñarían un papel fundamentalmente pasivo en la construcción de la opinión pública (Balkin, 2012).

Como señalaba, las empresas de intermediación que irrumpen en el nuevo ecosistema tecnológico de la información no pueden ubicarse, en principio, dentro del polígono de tres vértices descrito. De hecho, dada la extremada variedad de los servicios que estos intermediarios prestan en el mercado digital de la comunicación, creo que puede afirmarse que el propio triángulo sirve ya como metáfora geométrica para explicar un ámbito al que, como iremos viendo, se le han sumado nuevos vértices. En cualquier caso, esa tarea de mera intermediación de la que hablábamos fue percibida en su origen como una labor neutral en su esencia, al contrario que la de los medios de comunicación clásicos. Frente a las empresas de comunicación heredadas de la era analógica, caracterizadas por su tendencia o línea editorial, las nuevas corporaciones digitales se caracterizarían por su «neutralidad» en la gestión de los contenidos. Esta «neutralidad técnica» estaría, en principio, en perfecta sintonía con el sustrato liberal de nuestras democracias, que ahora dispondrían de un escenario de expresión pura, ya que los diferentes discursos estarían en condiciones de competir en un mercado abierto y desregulado, de tal forma que la formación de la opinión pública se vería favorecida por la contribución directa de actores que hasta ahora debían superar el difícil filtro de los medios de comunicación institucionalizados para hacerse oír².

Esta lógica liberal, y también utópica, está presente en la que es considerada como la norma funcional de Internet, la sección 230 de la Communications Decency Act, aprobada por el Congreso norteamericano en los mismos albores de la red, cuya influencia ha sido determinante, como veremos, en el Derecho europeo. Dicha sección establece, en primer término, que los proveedores y usuarios de los servicios informáticos no pueden ser tratados como editores de aquel contenido que sea suministrado por un tercero. Igualmente, la norma exime de responsabilidad a los operadores informáticos interactivos por la eliminación de contenidos, incluso cuando se trate de un contenido protegido por la Primera Enmienda. En definitiva, como podemos observar, lo que la Sección 230 garantiza, a través de una extensión de la doctrina jurídica del buen samaritano a estas plataformas³, es la irresponsabilidad de los intermediarios tanto por aquello que a través de sus canales se comparta como por lo que estos decidan eliminar haciendo uso de sus facultades de moderación⁴.

Lo cierto es que, con la 230 de la Decency Act, nos encontramos ante una de esas decisiones legislativas que, de alguna forma, determinan la propia interpretación de la Constitución. Así, más allá de lo extremadamente difícil que resulta imaginar una derogación o modificación parcial de este precepto⁵ —téngase en cuenta, a este respecto, la fuerza que ejercen como grupos de presión las grandes corporaciones digitales—, lo cierto es que un sector muy numeroso de la doctrina interpreta que la plena discrecionalidad de la que disfrutaban las empresas que prestan servicios de intermediación en Internet

para moderar y censurar a su antojo los contenidos está amparada por la propia Primera Enmienda, y ello en la medida en que estas corporaciones serían titulares de la libertad de expresión⁶.

Como puede verse, en este ámbito regulatorio, el estado de la cuestión en el Derecho norteamericano no deja de ser contradictorio. Y es que si, por un lado, la idea de neutralidad de la red la sirve de fundamento para eximir de responsabilidad a las empresas de intermediación de contenidos, incentivando así la ausencia de controles que puedan provocar un «efecto desaliento» en el ejercicio de la libertad de expresión, por otro lado esa misma impunidad jurídica por la censura de contenidos que estas decidan llevar a cabo parece jugar en un sentido contrario. Es decir, permite asimilar esta labor de control y moderación a una labor editorial clásica, solo que, en este caso, con una prerrogativa inexistente en otros ámbitos del Derecho de la comunicación: la irresponsabilidad por los contenidos que a través de ella sean difundidos⁷.

Pero las contradicciones del Derecho norteamericano en esta esfera van más allá. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde la ya lejana *Reno vs. American Civil Liberties Union*⁸, definió Internet como un «vasto foro democrático», subrayando, con innegable acierto prospectivo, que este nuevo ecosistema tecnológico iba a ser determinante para la formación de la opinión pública y que, por lo tanto, debían proyectarse sobre él, con toda su intensidad, las garantías que el ordenamiento constitucional brinda al discurso protegido. Como puede intuirse, es la idea de foro público, central en el desarrollo de la doctrina de la Primera Enmienda en los Estados Unidos, que alude a aquellos espacios donde no es lícita la exclusión de ningún discurso por razón de su contenido, la que subyace en esta temprana jurisprudencia del Tribunal Supremo⁹. En coherencia con la misma, la propia Corte ha sostenido que es contrario a la Primera Enmienda que el Estado prohíba a los ciudadanos el acceso a una red social como Facebook¹⁰, y la jurisprudencia de los Tribunales de Circuito ha asumido como propia la doctrina de que el perfil de los representantes públicos en las redes sociales ha de ser considerado como un foro público, de tal forma que estos no pueden bloquear a los usuarios por los comentarios que hagan en su *timeline*. Esta jurisprudencia, como es sabido, tiene su más célebre exponente en la sentencia, reiterada en sucesivas instancias y no admitida a trámite para su *certiorary* por el Tribunal Supremo, que declaraba que Donald Trump había vulnerado el derecho a la libertad de expresión de una serie de usuarios bloqueados desde su perfil privado de Twitter cuando era presidente¹¹.

En cualquier caso, el propio Trump fue censurado y finalmente cancelado en esta red social, que actuaba, hay que insistir en ello, con la plena seguridad de que estaba jurídicamente amparada para llevar a cabo este acto de censura no ya por la sección 230 de la Decency act, sino, como hemos visto, por la propia Constitución. En este sentido, la esquizofrenia en la que se mueve el Derecho norteamericano puede sintetizarse del siguiente modo: el presidente de los Estados Unidos no puede bloquearte en Twitter, porque su *timeline* es un foro público, pero Twitter sí puede bloquearlo a él.

Vale la pena, en relación con lo expuesto, recordar que, a raíz de la cancelación de la cuenta del presidente norteamericano, diferentes dirigentes europeos, entre ellos Angela Merkel, manifestaron su preocupación por la absoluta discrecionalidad con la que una red social puede expulsar de su foro a un jefe de Estado¹². Desde luego, a nadie puede sorprender que la idea de un poder salvaje, no embriado por el Derecho, y que rivalice con los propios estados en el gobierno de ciertos ámbitos determinantes, entre otras cosas, para la formación de la voluntad general, provoque suspicacias¹³. Por otro lado, y a la luz de la gravedad de los sucesos acontecidos en el Capitolio, resulta inevitable especular, como hizo el profesor Villacañas, sobre lo que podría haber ocurrido y sobre los resortes que, en definitiva, habría tenido el Derecho si el «ciberlevitán» hubiera decidido, en el marco de su absoluta discrecionalidad, no enfrentarse a la insurrección, sino apostar por ella¹⁴.

En cualquier caso, como intentaré explicar en adelante, el distanciamiento con el que se ha visto desde Europa el desarrollo de este sector del ordenamiento jurídico en los Estados Unidos tiene que ver con el progresivo afianzamiento, sobre todo en el ámbito de la Unión Europea, de una nueva comprensión de la naturaleza jurídica de las grandes compañías de Internet que atiende específicamente a la vinculación con el interés general de la función que estas desempeñan en distintos ámbitos. A este respecto, si bien, en su origen, es inequívoca la incidencia que tuvo el Derecho norteamericano en la Directiva sobre comercio electrónico —la piedra angular de la regulación europea¹⁵—, en la actualidad, el Derecho europeo se mueve en unos parámetros cada vez más diferenciados.

Cuando cambian los hechos, cambian las opiniones, decía el viejo Keynes, y, en primer lugar, bajo esta máxima es como podemos explicarnos el giro, ya mencionado, que se ha producido en la comprensión de la naturaleza jurídica de las grandes corporaciones digitales. El cambio, en este caso, tiene que ver con la constatación de que algunos de los presupuestos utópicos que determinaron la aproximación jurídica originaria a Internet se han demostrado erróneos.

El primero de ellos es aquel que consideraba que la apertura ofrecida por la red a nuevas voces y discursos, unida a la propia horizontalidad de un medio interactivo donde los ciudadanos son actores y no meros receptores pasivos en el proceso de formación de la opinión pública, iba a traer consigo una profundización en los valores democráticos, favoreciendo la deliberación y la propia conciencia de la falibilidad de nuestras opiniones. Como desde hace tiempo ponen de manifiesto los psicólogos sociales, lejos de esta previsión, la realidad es que existe una tendencia a acudir a la red para consolidar nuestros propios prejuicios¹⁶, lo cual, a su vez, redundará en un incremento exponencial de la polarización política (Sunstein, 2017). Se trata de una tendencia que, importa señalarlo, no es puramente espontánea, sino que está condicionada por el propio diseño tecnológico de estos foros, cuyos algoritmos nos redirigen, en función de nuestras elecciones, a contenidos que confirman afinidades y fobias (Kramer, Guillory y Hancock, 2014).

En segundo lugar, la flexibilidad para la incorporación de nuevos actores al mercado de servicios dentro de una plataforma como Internet, donde la desregulación se interpretaba como un incentivo a la innovación tecnológica, no ha sido, en la práctica, el pre-

supuesto para la consolidación de una oferta amplia, variada y competitiva de servicios, sino al contrario. En Internet se han forjado monopolios transnacionales con unas dimensiones hasta ahora inéditas, y dotados de una capacidad extraordinaria para analizar de forma automatizada las pautas del comportamiento humano, los hábitos de consumo y las dinámicas sociopolíticas¹⁷. Desde esta posición monopolística, y a través de las herramientas tecnológicas de las que disponen, su capacidad para incidir en los procesos de formación de la voluntad democrática es igualmente extraordinaria¹⁸. Si se suponía que Internet iba a contribuir a disipar el temor liberal de que el mercado de las ideas se viera corrompido por la concentración de medios de la comunicación, la realidad es que, a la postre, en la fotografía del mercado de comunicación digital, destaca la presencia de grandes corporaciones cuyo monopolio de mercado es transnacional, y que poseen, además, una capacidad mucho mayor que la que ninguna otra empresa de comunicación jamás haya tenido para incidir, a través de sus políticas empresariales, en la formación de la opinión pública. En definitiva, como de forma muy cruda ha señalado Villaverde, buena parte de los IITT [...] son medios de comunicación y además parciales», de tal forma que «[...] la utopía libertaria se desvanece ante la evidencia de los hechos» (Villaverde Menéndez, 2020: 28).

Tomando en consideración lo antedicho, el ideal desregulador de la red, y la garantía, no solo de un espacio de autonomía, sino también de una importante cuota de irresponsabilidad para los grandes prestadores de servicios en red se ha ido considerando progresivamente como una opción disfuncional en el Derecho europeo. A este respecto, lo cierto es que la regulación de la UE, contenida en la conocida Directiva 2000/31/CE, de comercio electrónico, sintonizaba, en principio, con la normativa norteamericana en sus principios medulares: la no obligatoriedad de la monitorización de contenidos y la irresponsabilidad jurídica de los intermediarios de Internet por el almacenamiento y difusión de contenidos ilícitos cuya ilicitud sea desconocida por el proveedor del servicio (Cotino, 2017). Sin embargo, también es cierto que el Derecho de la UE, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁹ y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁰ y las propias legislaciones nacionales aprobadas para la trasposición la Directiva de Comercio Electrónico²¹ han llevado a cabo importantes matizaciones en distintos ámbitos sectoriales²², relativizando de forma sustantiva ese principio general de irresponsabilidad²³. Todo ello, sin duda, bajo el amparo de una cultura de la eficacia de los derechos en el ámbito de las relaciones entre particulares muy distante de la que rige en los Estados Unidos. Al respecto, el significativo distanciamiento respecto a la «ingenuidad original» de la Directiva europea del 2000 ha quedado reflejado tanto en la Ley Francesa de 2020, de «Lucha contra los contenidos del odio en internet»²⁴ como la ley alemana, «de aplicación de la red» aprobada en 2017²⁵. Ambas normas redefinen el régimen de responsabilidad de las redes sociales en cuanto prestadoras de servicios en Internet, y me atrevo a decir que su incidencia en la Digital Services Act, el Reglamento que, con probabilidad, aprueben las instituciones europeas, y que analizaremos más adelante, es determinante.

En cualquier caso, tras la relativización de los principios que inspiraban la Directiva de Comercio electrónico a la que acabamos de hacer referencia subyace, en mi opinión, una

nueva comprensión jurídica de las grandes corporaciones digitales que escapa de la visión norteamericana. Creo que ya es ajena al Derecho europeo esa idea radicalizada, digamos, en su fidelidad a la lógica del Derecho privado, de estas corporaciones, en virtud de la cual, pese a su posición monopolística y a la relevancia que para el interés público poseen los servicios que prestan, no dejarían de ser consideradas como meras empresas. Asistimos aquí, por el contrario, a un progresivo levantamiento del velo respecto a la verdadera naturaleza jurídica de estas corporaciones. Así, la conciencia de su relevancia material y de que su posición en el sistema de comunicación va más allá del tópico de la mera intermediación técnica, ha dado lugar en distintas áreas —entre ellas, la lucha contra el discurso del odio²⁶, el terrorismo²⁷ o la desinformación²⁸— a una regulación de estas que asimila su estatuto jurídico al de entes específicamente vinculados a la consecución del interés general o, si se prefiere, como ya he dicho en alguna ocasión, a una suerte de entes vicariales del Estado —usando aquí este concepto en el significado que tiene en la tradición católica, a saber, la persona interpuesta que tiene las veces, el poder y las facultades para ejercer una competencia ajena, en este caso del Estado—.

3. LAS REDES SOCIALES COMO FOROS DE DIMENSIÓN HÍBRIDA, PÚBLICO-PRIVADA

Como hemos visto, son muchos los ejemplos de la progresiva deserción en el Derecho europeo del dogma de la neutralidad de los intermediarios digitales. En cualquier caso, creo que el punto de inflexión más significativo de esta nueva comprensión de las grandes corporaciones digitales lo hallamos en la ya remota jurisprudencia del TJUE a propósito de Google²⁹ y el derecho al olvido digital, en la que, como es sabido, se establece una doctrina que, más allá de abrir paso a la responsabilidad de Google por los contenidos que terceros indexan, en la práctica, y por usar un concepto clásico del Derecho administrativo, insta a esta empresa a participar en el ejercicio de una función pública (Gény, 1929: 19), en este caso, como señaló tempranamente con acierto el profesor Guichot, una función cuasi judicial: la tutela en primera instancia del derecho a la intimidad y a la protección de datos (Guichot, 2019: 55).

A este respecto, y volviendo a problema central que aquí abordamos, lo cierto es que el progresivo ensanchamiento de la responsabilidad de estas corporaciones en relación con los contenidos suministrados por terceros, y esta nueva comprensión jurídica de las grandes empresas digitales como entes que, en determinados ámbitos, cumplen funciones de interés público, prefigura también la propia respuesta jurídica que demos al interrogante de si los intermediarios digitales disfrutan o no de total discrecionalidad a la hora de censurar, en el ejercicio de libertad de empresa, los contenidos que consideren. En este sentido, la disyuntiva se plantea entre una comprensión de los denominados gigantes de Internet como foros privados —pese a su magnitud y concurrencia, y sin que pueda llevarse a cabo, por lo tanto, ninguna disciplina estatal que condicione el control de contenidos que dichas

empresas ejecuten—, y otra comprensión, digamos realista, de la función que algunas de estas empresas, como Facebook o Twitter, desempeñan en cuanto canalizadoras de la opinión pública y desde la cual cabría concluir que estamos ante foros de naturaleza híbrida, público-privada, de tal forma que el Estado podría imponer límites a sus políticas de moderación y control de contenidos, concretamente en aras de tutelar el valor del pluralismo democrático y las propias libertades de expresión e información.

Desde mi punto de vista, el Derecho europeo transita ya de forma irremediable hacia esta segunda comprensión de las grandes corporaciones de Internet y, específicamente, de las redes sociales. A ello contribuye, desde luego, no solo la ya mencionada asunción de la naturaleza jurídica específica de estas, sino también la propia doctrina consolidada en Europa sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Existen ya, a este respecto, precedentes judiciales que son buen exponente de esta, digamos, conciencia de la legitimidad estatal en el control de la disciplina que las redes sociales imponen sobre los contenidos. Así, sin ser un órgano judicial, es muy significativa la reciente resolución de la Junta Electoral Central española frente al recurso interpuesto por el partido político VOX tras haber sido suspendida su cuenta durante la última campaña electoral en Cataluña a raíz de la publicación de tuit de naturaleza xenófoba que vulneraría las reglas de Twitter³⁰. El acuerdo de la Junta fue desestimatorio, pero lo relevante para nosotros es que se afirmó la competencia del órgano para censurar otro tipo de intervenciones en el pluralismo, más intensas e injustificadas, llevadas a cabo por estas corporaciones de la comunicación digital, cuya discrecionalidad en el control de contenidos, por lo menos en un contexto electoral, ya no sería plena.

Son también dignas de mención dos resoluciones enfrentadas de sendos tribunales de primera instancia romanos, que, en este caso, daban respuesta a demandas interpuestas por dos asociaciones de ideología fascista, *Casa Pound* y *Forza Nuova*, cuyas cuentas en Facebook fueron canceladas en virtud de la aplicación de las normas internas de la red social; en concreto, el estándar número 13 de la Comunidad, que excluye el discurso del odio en la red. La realidad es que, si bien los antecedentes de hecho son prácticamente fungibles en este caso, la aproximación de los jueces italianos fue, en la práctica, radicalmente diferente. Se trata, ciertamente, de decisiones que parten de ideas distintas sobre el derecho a la libertad de expresión y el pluralismo, pero que, en buena medida, coinciden tácitamente en lo que se refiere a la comprensión de la naturaleza jurídica de las redes sociales como espacios hegemónicos de comunicación pública. Para el Tribunal que conoce del caso *Casa Pound*, cancelar una cuenta vinculada a una asociación de carácter político debido a la orientación ideológica de sus comentarios distorsiona el valor constitucional del pluralismo, al impedir la participación plena en el debate público a una opción ideológica legítima en la sociedad italiana. Facebook, al igual que otras redes sociales, «[...] ocupa una posición particular en su relación con los usuarios», y por eso, para el juez, su relación con quienes utilizan sus servicios «[...] no es exactamente asimilable a la de dos sujetos privados»³¹. Esta circunstancia tiene una consecuencia jurídica fundamental, y es que Facebook, a hora de decidir la denegación de sus servicios a un usuario, tiene que tomar en consideración el marco constitucional de la libertad de expresión y no imponer más restricciones de acceso que las

que el ordenamiento italiano impone al discurso público. Por su parte, la Sala que conoce del recurso de *Forza Italia* valora también la singularidad de las redes sociales dentro del sistema de la libertad de expresión, si bien en este caso pone el acento en los riesgos que, desde la perspectiva de la tutela de ciertos valores constitucionales, traen consigo las posibilidades tecnológicas de amplificar el eco que la red ofrece a cualquier discurso. A partir de ahí, la sentencia hace un esfuerzo por sintetizar los principales hitos normativos tanto en el ámbito de las instituciones europeas como en el propio Derecho italiano en lo que se refiere a la lucha contra el denominado «discurso del odio» para evidenciar que la realidad normativa en Italia es una realidad no relativista frente a cierto tipo de discursos como aquel que esta asociación transmite a través de su perfil. A este respecto, la conclusión del tribunal es que Facebook no solo no ha vulnerado el derecho a la libertad de expresión y el pluralismo político al inhabilitar el perfil de usuario de esta asociación política, sino que con dicha decisión la red social estaba cumpliendo con lo que el ordenamiento exige³².

Estos dos litigios italianos pueden servirnos para hacer una reflexión general sobre algunas dificultades jurídicas que plantea el control estatal de la censura privada por parte de las grandes plataformas digitales.

Como ha ocurrido con el buscador Google y su labor de «tutela privada» de la intimidad y la protección de datos, es de esperar que los criterios que las redes sociales usen como propios para establecer sus reglas internas de moderación sintonicen cada vez más con aquellos criterios generales que el ordenamiento jurídico establece para delimitar los derechos de expresión y de información. Ahora bien, la primera dificultad que esto conlleva es que, como acabamos de ver en los dos casos italianos, esta delimitación no es ni mucho menos pacífica, tampoco estática, en los distintos ordenamientos jurídicos, de tal forma que la sintonía de las normas internas de la red social con los principios propios del ordenamiento constitucional carece de una referencia fija³³.

Por otro lado, y a la luz de la propia libertad de empresa, debemos preguntarnos si dicha sintonía ha de ser o no absoluta. Cabe argumentar, en este sentido, que una red social puede tener un interés legítimo en excluir un discurso protegido por la libertad de expresión al considerar, simplemente, que discursos de este tipo lastran seriamente su posición en el mercado de la comunicación. Dicha exclusión puede hacerse también sobre la base de unas premisas puramente éticas, algo que, en buena medida, pone de manifiesto que la separación entre estos prestadores de servicios digitales y las empresas editoriales de tendencia no es tan nítida como se en ocasiones se quiere hacer creer.

Entiendo, así, que no puede negarse un cierto margen a estas empresas para establecer unas reglas de moderación que puedan excluir ciertos discursos amparados, sin embargo, por la libertad de expresión. El desafío jurídico, en cualquier caso, es el de cifrar cuál es el límite de dichas corporaciones a la hora de situar sus políticas de moderación de forma autónoma. Desde luego, el establecimiento de ese umbral para juzgar las políticas de moderación dentro de foros cuya naturaleza es, como hemos dicho, híbrida, público-privada, requiere una casuística que aún se encuentra en una fase germinal. Sin embargo, considero que hay criterios que pueden servirnos de orientación.

A este respecto, en primer lugar, parece necesario diferenciar aquellas redes sociales que, por su número de usuarios, disfrutaban de una posición hegemónica en el mercado a la hora de llevar a cabo determinadas políticas de moderación que se traduzcan en censuras ideológicas susceptibles de adulterar los procesos de participación política. Como se ha señalado al comienzo, el concepto genérico de «intermediario», acuñado jurídicamente antes de la irrupción de las grandes corporaciones de internet, ha servido para denominar e integrar en un régimen común a realidades muy diversas³⁴. Se trata, en este sentido, de un concepto obsoleto y disfuncional, pues el cometido real de empresas como Google, Twitter o Facebook va más allá de la mera intermediación³⁵. La autonomía reconocida a estas corporaciones para establecer criterios propios de fiscalización de contenido lícito ha de ser necesariamente más reducida. Y ello es así, también, por el propio diseño tecnológico de estas redes, abiertas por definición a la interacción y participación de los usuarios. Se trata de plataformas que aspiran a una suerte de expansión permanente, integrando en sí mismas distintos foros, todos ellos caracterizados por su apertura y su potencial interactivo. Muy diferente sería, en mi opinión, el enfoque que habría que adoptar a la hora de fiscalizar los criterios de moderación empleados por una red social de la que, por su diseño tecnológico y reglas de acceso, sea fácil deducir que se trata de un foro de naturaleza restringida, es decir, que no aspira a sustituir o ser asimilado, en el ámbito digital, a los foros de naturaleza pública.

Por el contrario, dada la naturaleza cuasi pública de los foros que han sido creados por empresas como Facebook o Twitter, y de su propia posición en el mercado, se impone, en estos casos, un alto grado de armonización entre sus reglas de la comunidad y la propia comprensión constitucional que exista sobre el contenido de las libertades de expresión y de información³⁶. A este respecto, entiendo igualmente que cuanto más relevante para el público sea el discurso que a través de este canal se difunde, desde una perspectiva democrática estas corporaciones tendrán menos margen para censurar sobre sus propios criterios.

4. EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL DE LA CENSURA VICARIA. INDAGANDO EN LA DIGITAL SERVICES ACT

La asunción de que incluso las grandes corporaciones digitales tienen un margen para restringir en su propio foro aquel discurso que el Estado debe permitir comporta el riesgo de que dichas corporaciones sean usadas por el Estado como entes vicariales para que censuren en sus foros aquello que, de forma general, no podría ser vetado por ningún poder público. Se trataría, en definitiva, de valerse del mayor margen a la hora de excluir discursos protegidos del que estas empresas disfrutaban para eludir la eficacia del contenido de las libertades de comunicación frente al Estado, de tal forma que, aunque aparentemente sea la red social la que censura, en el fondo es una política estatal la que determina dicha intervención en el pluralismo. Como hemos visto, en el ámbito de la UE las grandes

corporaciones de Internet ya actúan en ciertos ámbitos como censores vicariales del Estado, al asumir dentro de sus criterios de autorregulación ciertas recomendaciones europeas (Rodríguez Izquierdo, 2019).

Esta idea de censura vicarial despierta, sin duda, justificadas suspicacias. El hecho de que los poderes públicos se parapeten en entidades privadas para restringir cualquier esfera de libertad no solo supone una amenaza para nuestra autonomía, sino que afecta de forma esencial a la propia lógica de la responsabilidad democrática. Usando una vieja expresión de Mark Tushnet, en democracia es esencial comprobar de qué están manchadas las manos de los poderes públicos. En todo caso, estas cautelas no deben, en mi opinión, llevarnos a la conclusión de que toda labor vicarial de fiscalización de contenidos por parte de las grandes corporaciones es censurable. Aceptar esa premisa sería dar la espalda a la propia realidad tecnológica y al hecho de que, en este ámbito, la relación entre el Estado y la sociedad está hoy muy desequilibrada en relevancia, conocimiento experto e innovación a favor de la segunda (Esteve, 2013), de tal forma que hay toda una serie de fines vinculados al interés general que los poderes públicos no pueden lograr sin esa colaboración vicaria de estas corporaciones. Todo ello sin olvidar que determinadas patologías en la construcción de la opinión pública, aunque clásicas, adquieren una dimensión específica dentro de este ecosistema tecnológico que es la red. Piénsese, por ejemplo, en la mentira política (Galdámez, 2021), algo siempre presente en toda sociedad democrática, pero que no es asimilable en su diseño y mecanismo de difusión a las campañas de desinformación (Rubio, 2018) que, a través de procedimientos automatizados y análisis de datos, pueden lograr desvirtuar ciertas realidades en los foros digitales. Cabe subrayar, por otro lado, que las políticas que, en cooperación con las empresas digitales, actúen frente a estos arquetipos tecnológicos del engaño masivo, no plantean problemas desde la perspectiva de las libertades comunicativas. Concluir lo contrario sería tan absurdo como atribuir al propio *software* o a los *bots* la titularidad de estos derechos.

Distinta es, en mi opinión, la cuestión que plantea el hecho de que, desde las instituciones públicas, se inste a estas corporaciones a censurar expresiones que, estando protegidas, son, sin embargo, exponente de un discurso que entra en conflicto con el sustrato de valores básicos propio de una sociedad democrática. El manido discurso del odio³⁷, entendido en un sentido, digamos, puro, es decir, ajeno a la provocación directa e inminente de un daño, sería el ejemplo paradigmático. La pregunta que aquí se cierne es si una democracia que considere que ha de asumir los riesgos del libre mercado de las ideas y no considere ilícito dicho discurso puede, sin embargo, obligar a las redes sociales a censurar el mismo tomando en consideración las características del medio digital y, en concreto, su potencial viral, de tal forma que los usuarios de estas plataformas puedan ver censurado en ellas un discurso que en otro ámbito pueden libremente transmitir. Dicho de otra forma, la cuestión aquí es si cabe regular e imponer una específica militancia democrática a las corporaciones de Internet —e, indirectamente, a sus usuarios— no predicable o extrapolable al conjunto del sistema de la libertad de expresión.

Como vimos páginas atrás, en el ámbito de la Unión Europea la disciplina de este tipo de discursos en los foros de las grandes empresas digitales se está encauzando a través de instrumentos autorregulatorios pactados por las propias corporaciones. A este respecto, las reglas de la comunidad de Twitter o Facebook establecen criterios genéricos que, de alguna forma, intensifican los límites generales que el ordenamiento jurídico impone al discurso extremo, si bien su proyección, mediada generalmente por procedimientos automatizados de inteligencia artificial, carentes, por lo tanto, de inteligencia semántica o sensible, no siempre barre con la misma intensidad y criterio las expresiones que pueden considerarse litigiosas, y también, en ocasiones, elimina contenidos que, además de estar amparados por la libertad de expresión, en muchas ocasiones difícilmente pueden considerarse contrarios a las propias reglas de moderación de la corporación.

Esta última cuestión conduce al que puede considerarse uno de los elementos basilares a la hora de regular y fiscalizar la censura que las corporaciones digitales pueden hacer en sus foros: la existencia de procedimientos ágiles y transparentes que habiliten la reclamación de los usuarios frente a las decisiones tomadas por las plataformas de censurar determinados contenidos o clausurar perfiles, ya se tomen dichas decisiones por la ilicitud de tales contenidos y perfiles, ya porque contravengan las propias normas de la comunidad. Se trataría, en definitiva, de que existiera una primera instancia efectiva, dentro de la propia corporación, que «ponderase», en cada una de estas decisiones, muchas veces tomadas a través de procedimientos automatizados, la existencia o no de un criterio razonable, ya tenga su fundamento en el ordenamiento jurídico o en las propias condiciones impuestas por la compañía para el control de contenidos. Nos encontramos de nuevo, como vemos, ante el escenario prefigurado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la ya citada sentencia *Google Spain*, donde la tutela de un derecho fundamental —en este supuesto, la libertad de expresión— va a requerir, en un primer estadio, el concurso de las plataformas digitales, sin perjuicio de que dichas decisiones puedan ser cuestionadas en sede judicial.

Como es bien sabido, en la actualidad el Parlamento Europeo está discutiendo la propuesta de Reglamento para la regulación del mercado único de servicios digitales, más conocida como la Digital Services Act³⁸. Tomando en consideración la versión aprobada por el Consejo, lo cierto es que, al amparo del 114 del Tratado de la Unión Europea —del que se hace una interpretación muy extensiva a favor de las competencias de las instituciones de la Unión en este ámbito—, lo que dicha norma plantea es un marco que modifica, en mi opinión de una forma significativa, no solo el estatuto jurídico de las grandes corporaciones de Internet en la UE, sino también, indirectamente, el marco de regulación de nuestra libertad de expresión dentro de ellas, incrementando de forma cualitativa sus obligaciones de transparencia y rendición de cuentas, e imponiendo un diseño o estructura interna que va a condicionar el mecanismo procedimental a través del cual dichas corporaciones habrán de gestionar no solo las demandas que persigan la retirada de contenido ilícito, sino, por lo que a nosotros nos interesa ahora, aquellas que se interpongan frente a la censura de contenidos en la red.

La normativa intenta lograr, a este respecto, un equilibrio entre la agilidad para la notificación de contenidos ilícitos (artículo 14), la responsabilidad de las compañías frente

a los riesgos sistémicos que puedan darse en su foro³⁹, y la garantía de que la retirada de estos se llevará a cabo a través de un procedimiento que informe al destinatario afectado (artículo 15), dando así a este la posibilidad de hacer uso del procedimiento interno del que necesariamente los intermediarios digitales han de disponer para resolver las eventuales reclamaciones que los usuarios afectados por la censura de contenidos interpongan. Igualmente, no puede dejar de subrayarse que, aun siendo obvio que la normativa no puede impedir el recuso judicial, el diseño de esta intenta «privatizar», de alguna forma, la resolución de los conflictos que, sobre la retirada de contenidos, puedan generarse. Y ello no solo porque, como hemos visto, se exijan procedimientos ágiles de resolución interna, sino también porque la futura norma obliga a las plataformas digitales a recurrir al arbitraje cuando no exista acuerdo con sus usuarios. Una mediación que, de acuerdo con las previsiones del Reglamento, tendrán que officiar unos nuevos organismos certificados y capacitados específicamente para la resolución extrajudicial de litigios en el ámbito digital (artículo 18).

Por último, la futura norma europea contiene una previsión a mi juicio muy relevante para la cuestión que aquí abordamos, y es que entre las obligaciones de transparencia que afectarán a las grandes corporaciones figura la de que las plataformas en línea tengan que publicar informes que detallen los resultados de la ejecución de sus políticas de moderación y, en concreto, la retirada de información o la inhabilitación del acceso a la misma que hayan llevado a cabo tanto cuando dicha medida se haya tomado por considerar el contenido ilegal como cuando se haya adoptado por contravenir sus condiciones o reglas internas (artículo 23). Por motivos obvios de tutela de la propiedad industrial, la Digital Services Act no hace referencia a ninguna obligación de hacer públicos los algoritmos utilizados para la discriminación de contenidos, si bien, sí se podrá tener conocimiento de los resultados de su aplicación, lo cual aumenta de forma significativa el grado de fiscalización pública al que estas corporaciones van a estas sometidas.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Resulta difícil, qué duda cabe, ser conclusivo en un ámbito como el de la censura privada en la red, donde todo parece encontrarse en un estado de pendencia legislativa y judicial, que se suma al de la propia pendencia tecnológica que caracteriza al universo digital. En cualquier caso, como de lo anteriormente expuesto se deduce, desde el Derecho europeo, creo que ya es posible afirmar, en primer lugar, que el velo de la pretendida neutralidad técnica de las grandes corporaciones de Internet ha sido descubierto de forma definitiva, con la consiguiente derogación de ciertos presupuestos dogmáticos que se habían consolidado en este ámbito. Eso implica, entre otras cosas, no solo avanzar en un nuevo régimen de responsabilidad más estricto para estas compañías, por la difusión y almacenamiento de contenidos que se lleven a cabo a través de ellas, sino también relativizar la propia idea de que las reglas de moderación que ellas impongan sean plenamente subsumirles dentro del concepto de «censura privada». Como es conocido, la idea de censura en el ámbito ju-

rídico se circunscribe a aquel control que, de forma previa, llevara a cabo el poder público sobre el ejercicio de las libertades de expresión, información o creación. A este respecto, la idea de «censura privada», pese a tener un significado cultural y una importancia material determinante, carece de un sentido coherente en el ámbito del Derecho, dado que, si es privada, no puede ser censura en el sentido jurídico del término⁴⁰. En cualquier caso, con respecto a las grandes corporaciones de Internet, no creo que se trate tanto de reivindicar la legitimidad del Derecho para desplegar sus efectos en un ámbito privado cuanto de constatar el propio hecho de que dichas empresas han construido espacios cuya naturaleza ya no puede considerarse privativa, sino que poseen una inequívoca —aunque no absoluta— dimensión pública. Dicho de otra forma, los espacios de discusión que se generan en las redes de las grandes corporaciones son foros cuya naturaleza es híbrida, público-privada, pero donde, al mismo tiempo, sobre todo en determinados contextos, se ponen en juego principios básicos de nuestro sistema democrático y del propio orden público. Así, dado que las empresas digitales condicionan a través de su tecnología la esfera pública de comunicación social, su regulación es una cuestión de primera magnitud democrática que no puede permanecer, por lo tanto, al margen de la intervención política de los Estados. La experiencia ha demostrado que el axioma de la apoliticidad de la técnica es insostenible en la esfera de la comunicación digital. Renunciar a la regulación de estos foros, por lo tanto, sería algo así como comprometer la veracidad democrática de los Estados a la buena voluntad de las corporaciones digitales.

En cualquier caso, como se ha dicho, dada la naturaleza híbrida de estas corporaciones, el desafío jurídico se encuentra en delimitar, dentro de un marco de intensa regulación, cuál es el margen que estas compañías conservan para discriminar contenidos que no pueden considerarse ilícitos. Si el funcionamiento general del sistema de comunicación digital requiere un diseño institucional como el que, como hemos visto, perfila la Digital Services Act, perfilar este ámbito concreto de la autonomía de las corporaciones requiere, en mi opinión, precedentes judiciales que actualmente son escasos. A este respecto, y, por último, parece indispensable que, en este ámbito, la función jurisdiccional se desempeñe no solo desde el conocimiento de las reglas propias de cada uno de estos foros públicos, sino también desde un importante grado de comprensión de la sociología de Internet que sepa poner en relación el diseño tecnológico y las «políticas» de las grandes compañías con las propias exigencias de la democracia.

NOTAS

1. Me he ocupado de esto, con carácter general, en Vázquez (2021: 25-90). Igualmente, entre nosotros es una referencia necesaria el estudio de Urías (2020).
2. Probablemente, el concepto de «net neutrality» en el ámbito del Derecho fue formulado por primera vez en el bien conocido estudio de Wu (2003).

3. Sobre el origen de la doctrina y en un sentido crítico con relación a su aplicación a través de la sección 230, *vid.* Keats y Wittes (2017).

4. Así, en su letra a), la mencionada sección 230 establece: «No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider. Y, lo que nos interesa más al objeto de este trabajo, en su letra b) determina que: No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected».

5. No fue más que un brindis al sol del presidente Trump, quien, tras ser objeto de censuras en Twitter, expidió una orden ejecutiva presidencial con el fin de limitar la inmunidad de las redes sociales por los contenidos publicados por terceros. Ahora bien, el texto que expone los motivos sobre los cuales se sustentaba dicho mandato dirigido a las autoridades federales centra muy bien el problema que aquí abordamos. En resumen, lo que este viene a argumentar es que, si estas plataformas no son estrictamente neutrales en su función de intermediación, sino que, como en este caso, editan sus contenidos, las mismas han de ser comprendidas desde un punto de vista jurídico del mismo modo que lo son los medios de comunicación clásicos y, por lo tanto, han de estar sometidas a un mismo régimen de responsabilidad. Cfr. Executive Order on Preventing Online Censorship, May 28, 2020. Disponible en: <<https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-preventing-onlinecensorship/>>.

6. No hay mejor forma de informarse sobre este debate, muy escorado a favor de quienes consideran amparadas por la Primera Enmienda a las empresas intermediarias digitales, que la lectura de la «NOTE» que se publicó en *Harvard Law Review* (2018).

7. Esta tesis la sostiene Wu en un trabajo que es una referencia obligada dentro del debate sobre la «censura colateral» en la red. Como escribe el autor: «When intermediaries are actually original speakers, and have the incentives of original speakers, immunity is no longer appropriate» (Wu, 2013: 349).

8. *Reno vs. American Civil Liberties Union*, 521 U. S. 844, (1997).

9. Sobre este concepto me he ocupado extensamente en Vázquez Alonso (2017 y 2020).

10. *Packingham vs. Carolina del Norte*, 582 US (2017).

11. *Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ. vs. Trump*, No. 1:17-cv-5205 (S.D.N.Y.), No. 18-1691 (2d Cir.), No. 20-197 (S. Ct.).

12. *Vid.* el reportaje «Angela Merkel attacks Twitter over Trump ban». Disponible en: <<https://www.ft.com/content/6146b352-6b40-48ef-b10b-a34ad585b91a>>.

13. Resume bien este temor Teruel (2021). Disponible en: <<https://letraslibres.com/politica/senores-de-internet-hacia-un-renovado-pacto-social/>>.

14. Vilacañas (2021). Disponible en: <<https://ctxt.es/es/20210201/Firmas/34929/soberano-hitler-trump-capitolio-redes-sociales-twitter-jose-luis-villacanas.htm>>.

15. Vale la pena releer el considerando 42 de esta Directiva, en la se asume que estos prestadores desempeñan una actividad meramente técnica, automática y pasiva, y que, al no tener conocimiento ni control de la información, el papel que desempeñan es neutro.

16. No he leído mejor resumen de este proceso que el de Haidt (2022). En la doctrina española, *vid.* Rubio (2018).

17. Aunque el estudio verse sobre Amazon, aquí es obligada la referencia al trabajo de Khan (2017), donde se insta a recuperar valores originales del Derecho antimonopolístico, no circunscritos únicamente al análisis de la evolución de los precios, sino también a otros costes sociales como el desincentivo en la innovación o la dificultad del Estado para hacer valer su regulación en sectores determinantes para el interés general.

18. Qué mejor ejemplo aquí que el que nos ofrece el testimonio Christopher Wylie, ingeniero de la empresa Cambridge Analytica, sobre el modo en que se usaron datos de Facebook para «[...] construir modelos para explotar lo que sabíamos de ellos y apuntar a sus demonios internos». *Vid.*, a este respecto, el reportaje de Cadwalladr y Graham-Harrison (2018). Disponible en: <<https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>>.

19. Es especialmente significativa, a este respecto, la reciente sentencia recaída en el caso *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited* (Asunto C18/18), de 3 de octubre de 2019, donde la Sala Tercera del TJUE ha considerado que no es contrario al artículo 15, apartado 1, de la Directiva de Comercio Electrónico «[...] obligar a un prestador de servicio de alojamiento de datos a suprimir los datos que almacene, y cuyo contenido sea idéntico al de una información declarada ilícita con anterioridad, o a bloquear el acceso a ellos, sea quien fuere el autor de la solicitud de almacenamiento de tales datos».

20. Es obligado hacer aquí referencia al precedente *Delfi c. Estonia* (Gran Sala) 16 de junio 2015, en el que el Tribunal considera que un portal de noticias puede ser responsable por los comentarios que terceros hacen a través del espacio que este habilita, aun cuando se hayan previsto mecanismos de control. Creo que vale la pena, por su carácter inequívoco, transcribir aquí el considerando 159 de este fallo: «Por último, el Tribunal observa que la empresa demandante ha alegado (véase el párrafo 78 *supra*) que la Corte debe tener debidamente en cuenta el sistema de notificación y retirada que había introducido. Si va acompañado de procedimientos efectivos que permitan una respuesta rápida, este sistema, en la opinión del Tribunal, funciona en muchos casos como una herramienta apropiada para equilibrar los derechos e intereses de todos los involucrados. Sin embargo, en casos como el actual, donde los comentarios de terceros son en forma de discurso de odio y amenazas directas a la integridad física de las personas, tal como se entiende en la jurisprudencia del Tribunal (véase el párrafo 136 *supra*), el Tribunal considera, como se ha mencionado anteriormente (véase párrafo 153), que los derechos e intereses de terceros y de la sociedad en su conjunto, pueden autorizar a los Estados contratantes a imponer responsabilidad a portales de noticias en Internet, sin contravenir el artículo 10 de la Convención, si no toman medidas para eliminar comentarios claramente ilegales sin retraso, incluso sin previo aviso de la presunta víctima o de terceros». A pesar de este precedente, la posterior sentencia *Hoiness c. Noruega*, de 19 marzo 2019 confirmó que el Tribunal deja un importante margen de apreciación a los Estados a la hora de hacer una lectura conciliadora de los artículos 8 y 10 del Convenio, de tal forma que estos podrán valorar tanto el contexto de los comentarios como los mecanismos de prevención que la empresa tecnológica disponga para evitar comentarios difamatorios tomando en consideración las circunstancias concretas y el propio modelo de negocio de la empresa editorial. Así, en esta ocasión, no consideró que el portal de noticias en línea Hegnar Online fuera responsable por la publicación de determinados comentarios ofensivos publicados en un foro de discusión operado por esta empresa, todo ello considerando el propio tenor de estos comentarios y el sistema de seguimiento y control dispuesto por la empresa. Para un comentario extenso de esta jurisprudencia en la doctrina civilista española, *vid.* Arrese (2014). Un trabajo más reciente que sintetiza la evolución del Tribunal de Justicia en este ámbito lo encontramos en Barrero (2022).

21. Es muy útil, a este respecto, el informe que sobre las distintas políticas nacionales en materia de control del discurso en Internet realiza en 2015, a petición del Consejo de Europa, el Swiss Institute of Comparative Law. Disponible en: <<https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/study-filtering-blocking-and-take-down-of-illegal-content-on-the-internet>>. Igualmente útil es el ya antiguo, aunque también válido todavía para significar los distintos matices en la trasposición de la norma europea: Primer

informe sobre la aplicación de la 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), de 21 de noviembre de 2003. Disponible en: <<https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=C ELEX:52003DC0702&from=EN>>.

22. Por ejemplo, la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, en especial, su artículo 17.3.

23. Entre otros, sobre la disparidad de criterios que desde un principio pudo apreciarse en la jurisprudencia de los tribunales españoles a la hora de considerar o no la existencia de un «conocimiento efectivo» de la ilicitud de la información por parte de los intermediarios digitales, puede verse el trabajo de Peguera (2007).

24. Debe señalarse que el Consejo Constitucional francés ha considerado contrarias a la Constitución distintas disposiciones de esta Ley, en concreto la relativa a la obligación de retirar contenido considerado como apología del terrorismo o pornografía infantil, cuando así lo determine un órgano administrativo, y en un plazo de una hora; y también la de retirar, en este caso en un plazo de 24 horas, y previa denuncia, aquel contenido que pueda considerarse denigratorio o subsumible dentro del concepto de discurso del odio. Para el Consejo Constitucional, se trataría de restricciones desproporcionadas que afectarían a la libertad de comunicación, dado que en el primer supuesto no se prevé la intervención judicial para determinar la ilicitud del contenido y en el segundo se atribuye a la red social el ejercicio de una competencia, la de enjuiciar la fundamentación de las reclamaciones, propia de jueces y magistrados. Décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020, Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet. Por estas razones, el Consejo Constitucional declara que el legislador ha interpuesto un atentado contra la libertad de expresión y comunicación que no es adecuado, necesario y proporcionado al fin perseguido.

25. Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken. Disponible en: <<https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=1245>>.

26. Código de conducta para la lucha contra la incitación ilegal al odio en Internet, de mayo de 2016, suscrito por Facebook, Microsoft, Twitter y YouTube. Disponible en: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_19_805>.

27. Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475UE/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, en concreto, su artículo 21 (Medidas contra los contenidos en línea que constituyan provocación pública). Es muy recomendable, a este respecto la lectura del trabajo de Teruel Lozano (2020).

28. Hacemos referencia al Código de buenas prácticas de la Unión en materia de desinformación, suscrito por Facebook, Google y Twitter y Mozilla en abril de 2018 y luego asumido también por Microsoft (2019) y Tik Tok (2020). Disponible en: <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation>>. Como es sabido, el antecedente de este documento es la Comunicación de la Comisión Europea titulada «La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo», de abril de 2018. Disponible en: <[https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2018\)236&lang=es](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2018)236&lang=es)>. Sobre esta materia, en nuestra doctrina, pueden verse los trabajos de Pauner (2018) y Galdámez, (2021).

29. *Google Spain, S.L. y Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González*, Sentencia del TJUE (Gran Sala), de 13 de mayo de 2014.

30. Sesión JEC: 25/02/2021 Núm. Acuerdo: 146/2021, Núm. Expediente: 293/1215. Una decisión que contrasta con la que dos años antes este mismo órgano tomó en relación con el recurso interpuesto por el partido político Unidas Podemos contra WhatsApp y Facebook por la restricción que esta empresa llevó a cabo de su servicio durante la campaña electoral. Una restricción de la que no se vieron afectadas otras formaciones políticas. La JEC decidió archivar la demanda porque «[...] ni de la documentación aportada por la formación denunciante ni de las alegaciones hechas por los responsables de las redes sociales denunciadas, de las que se dará traslado a la interesada, se desprende que se haya producido una discriminación por razones ideológicas de esta formación política. Por el contrario, lo que se aprecia son problemas que dicha entidad ha podido tener respecto al funcionamiento de sus cuentas en estas redes sociales, en términos que resultan ajenos a la competencia de la Junta Electoral Central». Sesión JEC: 09/05/2019, Núm. Acuerdo: 300/2019. Núm. Expediente: 293/1006

31. En esta línea, léase, dentro de la doctrina italiana, a Caruso (2020).

32. A este respecto, como no podía ser de otra manera, se da una especial relevancia al Código de conducta para la lucha contra la incitación al odio en Internet, suscrito en mayo de 2006 ante la Comisión Europea por las principales empresas tecnológicas. Se trataba, por lo tanto, no ya de una legítima aplicación de las cláusulas contractuales preestablecidas con relación a qué tipo de discursos no son tolerados por la red social, sino directamente de una decisión informada por las exigencias tanto del Derecho interno italiano como del Derecho internacional. Las sentencias referenciadas son las siguientes: Tribunale di Roma, Sezione specializzata in materia di Sezione specializzata in materia di Impresa, RG 59264/2019. Disponible en: <<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wpcontent/uploads/2020/01/sentenzacpifb.pdf>>., y Tribunale Ordinario di Roma Sezione Diritti Della Persona E Immigrazione Civile, N. R.G. 64894/2019, 2019. Disponible en: <<http://www.questionegiustizia.it/doc/Ordinanza-RG-648942019-Forza-Nuova-art700.pdf57>>. Vid., por ejemplo, en la doctrina italiana, Caruso (2020). Para este autor, los presupuestos pluralistas de un ordenamiento como el italiano deben imponerse «[...] no solo al poder público sino también a las tecnoestructuras privadas que poseen, en virtud de su posición fáctica, las claves para acceder al discurso público». Las redes sociales, desde esta perspectiva, serían foros públicos donde cualquier restricción que se imponga al acceso de ciertos discursos ha de ser escrutada a la luz de los límites generales que el ordenamiento impone a la libertad de expresión.

33. A este dificultad a la hora de encontrar un mínimo común denominador en el umbral jurídico de la difamación, entre los distintos estados, hace alusión el Abogado General Szpunar en el considerando 80 de *Glawischnig-Piesczek c. Facebook* (Asunto C-18/18), quien, respecto a la eficacia transnacional de las ordenes de retirada de contenidos ilícitos, insiste en que «[...] la constatación del carácter ilícito de los datos controvertidos se extendería a los territorios de esos otros Estados [...] si bien no puede excluirse que, con arreglo a las leyes designadas aplicables, en virtud de las normas de conflicto nacionales de tales Estados, dichos datos puedan considerarse lícitos».

34. Más allá, como decíamos, de que el concepto se acuñe antes de que irrumpen las redes sociales, la realidad es que desde su origen este cumplió una cierta función de cajón de sastre, integrando a buscadores, proveedores de servicios de *hosting*, proveedores de acceso a Internet, operadores de redes, operadores de salas de chat, etc.

35. En la doctrina norteamericana, donde «el mito de la intermediación» está más asentado, podemos encontrar trabajos plagados de argumentos que instan a modificar la comprensión de la naturaleza jurídica de las grandes corporaciones de Internet y, con ello, su actual régimen de (no) responsabilidad. Entre otros, son ilustrativos los de Balkin (2018) y Sylvain (2017).

36. Esta cuestión la aborda de forma muy pormenorizada el profesor Ignacio Villaverde en su monografía, que constituye, en mi opinión, la referencia bibliográfica más importante que tenemos en nuestra doctrina, en la medida en que su libro es pionero a la hora de desmontar ciertas premisas dogmáticas de

la regulación de Internet que, en la práctica, han demostrado ser tan beneficiosas para las empresas del sector como disfuncionales para la garantía de las libertades constitucionales (Villaverde, 2020: 59-76).

37. La discusión académica en torno a este concepto y sus implicaciones es ingente. Una excelente síntesis de este debate, más allá de construir una tesis crítica frente a la expansión de este concepto, puede verse en Alcácer Guirao (2020).

38. Proposal for a regulation of the European parliament and of the council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC COM/2020/825 final. Disponible en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=COM%3A2020%3A825%3AFIN>>.

39. A este respecto, desempeñan una importancia capital los denominados *trusted flaggers*, alertadores fiables acreditados por las autoridades nacionales cuyos avisos sobre la presencia de contenido ilícito o de riesgos sistémicos ha de ser objeto de atención prioritaria por parte de las corporaciones (artículo 19), debiendo estas adoptar medidas contras los usos indebidos que se estén llevando a cabo (artículo 20).

40. Es obligada aquí la referencia al esclarecedor estudio que sobre la censura digital realiza en nuestra doctrina García Morales (2013).

BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2020): *La libertad del odio, Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Madrid: Marcial Pons.

ARRESE IRIONDO, María Nieves (2014): «La responsabilidad de los diarios digitales por los comentarios de sus usuarios», *Revista Vasca Administración Pública*, núm. especial 99-100, mayo-diciembre, 387-414.

BALKIN, Jack M. (2018): «Free Speech is a Triangle», *Columbia Law Review*, forthcoming, *Yale Law School*, Public Law Research Paper n.º 640, [en línea] <<https://ssrn.com/abstract=3186205>>.

BALKIN, Jack M. (2018): «Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation», *University of California Davis Law Review*, 51, 1149-1210.

BARRERO, Abraham (2001): «Responsabilidad de los intermediarios de internet en el Derecho de la UE», *Revista española de Derecho constitucional*, Año 41, 123, 107-132.

BLÜHDORN, Ingolfur (2000): *La democracia simulativa. Nueva política tras el giro posdemocrático*, Bogotá: Temis.

BOIX PALOP, Andrés (2016): «La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales», *Revista de estudios políticos*, 173 (Ejemplar dedicado a: Democracia y Derecho en la era de Internet: balance y perspectivas), 55-112.

CADWALLADR, Carole y Emma GRAHAM-HARRISON (2018): «50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach», *The Guardian*, 17 de marzo [en línea] <<https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>>.

CARUSO, Corrado (2020): «I custodi di silicio. Protezione della democrazia e libertà di espressione nell'era dei social network», en *Liber Amicorum per Paquale Costanzo* [en línea] <http://www.giurcost.org/LIBERAMICORUM/caruso_scrittiCostanzo.pdf>.

COTINO, Lorenzo (2017): «Responsabilidad de intermediarios y prestadores de servicios de internet en Europa y Estados Unidos y su importancia para la libertad de expresión», *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, 17.

DE MIGUEL BÁRCENA, Josu (2016): «Las transformaciones del derecho de la información en el contexto del ciberperiodismo», *Revista de estudios políticos*, 173, 141-168.

ESTEVE PARDO José (2013): *La nueva relación entre Estado y sociedad*

Aproximación al trasfondo de la crisis, Madrid: Marcial Pons.

GALDÁMEZ, A. (2021): «Derecho a la verdad y cánones de veracidad», *Estudios De Deusto* 69(2), 77-110.

GARCÍA, Eloy (2021): «Estudio de Contextualización», en *¿Hay derecho a mentir? (La polémica Immanuel Kant - Benjamin Constant, sobre la existencia de un deber incondicionado de decir la verdad)*, Madrid: Tecnos.

GARCÍA MORALES, María Jesús J. (2013): «La prohibición de la censura en la era digital», *Teoría y realidad constitucional*, 31, 237-276.

GENY, Bernard (1930): *La collaboration des particuliers avec l'Administration*, París: Sirey.

GUICHOT, Emilio (2019): «El reconocimiento y desarrollo del derecho al olvido en el derecho europeo y español», *Revista de Administración Pública*, 209, 45-92.

HAIDT, Jonathan (2022): «Why the past 10 years of American life have been uniquely stupid. It's not just a pase», *The Atlantic*, 11 de abril [en línea] <<https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2022/05/social-media-democracy-trust-babel/629369/>>.

KEATS CITRON, Danielle y Benjamin WITTES (2017): «The Internet Will Not Break: Denying Bad Samaritans § 230 Immunity», *Fordham Law Review*, 86(2), 401-419.

KHAN, Lina M. (2017): «Amazon's Antitrust Paradox», *The Yale Law Journal*, 126(3), 710-805.

KRAMER, Adam D.I., Jamie E GUILLORY y Jeffrey HANCOCK (2014): «Experimental Evidence of Massive-Scale Emotional Contagion through Social Networks», *PNAS*, 111, 8788-8790.

LASSALLE, José María (2019): *Ciberleviatán, El colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital*, Barcelona: Arpa.

Harvard Law Review, 131 (NOTE) (2018): «Section 230 as First Amendment Rule».

PAUNER, Cristina (2018): «Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos informativos en la red», *Teoría y realidad constitucional*, 41, 297-318.

PEGUERA, Miquel (2007): «“Solo sé que no sé nada (efectivamente)”: la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI». En: «III Congreso Internet, Derecho y Política (IDP). Nuevas perspectivas» [monográfico en línea]. IDP. *Revista de Internet, Derecho y Política*, 5. UOC.

RUBIO, Rafael (2018): «Los efectos de la posverdad en la democracia», *Revista De Derecho Político*, 103, 191-228.

RODRÍGUEZ IZQUIERDO, M. (2019): «Las empresas tecnológicas en internet como agentes de seguridad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 39, 117, 77-100.

SUNSTEIN, Cass S. (2018): *#Republic: Divided Democracy in the Age of social media*, Princeton: Princeton University Press.

SYLVAIN, Olivier (2017): «Intermediary Design Duties», 50 *Connecticut Law Review*, Fordham Law Legal Studies Research Paper n.º 2997141 [en línea] <<https://ssrn.com/abstract=2997141>>.

TERUEL LOZANO, Germán (2014): «Libertad de expresión y censura en Internet», *Estudios de Deusto*, 62(2), 41-72.

– (2020): «Una lectura garantista de las nuevas tendencias en la lucha europea contra la difusión de mensajes terroristas en Internet», *Revista de derecho constitucional europeo*, 34.

– (2021): «Señores de Internet: ¿hacia un renovado pacto social?», *Letras Libres*, 27 de enero.

URÍAS, Joaquín (2014): *Principios de derecho de la información*, Madrid: Tecnos.

VÁZQUEZ ALONSO, Víctor *et al.* (2018): *Derecho de la Comunicación*, Madrid: Iustel.

VÁZQUEZ ALONSO, Víctor (2017): «La neutralidad del Estado y el problema del “government speech”», *Revista de Estudios Políticos*, 177, 13-55.

– (2020): «Twitter no es un foro público pero el perfil de Trump sí lo es. Sobre la censura privada de y en las plataformas digitales en los EE. UU.», *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, 68(1), (Ejemplar dedicado a: Five Centuries Sailing The Legal World (II), 475-508.

VILACAÑAS, José Luis (2021): «¿Quién es el soberano?», *CTXT*, 7 de febrero.

WU, Tim (2003): «Network Neutrality, Broadband Discrimination», *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, 2, 141-180.

Fecha de recepción: 1 de febrero de 2022.

Fecha de aceptación: 22 de marzo de 2022.