



Rivista N°: 4/2023
DATA PUBBLICAZIONE: 19/12/2023

AUTORE: M^a Aránzazu Moretón Toquero*

ENTRE SCILLA Y CARIBDIS: LOS INTERMEDIARIOS DIGITALES Y LA MODERACIÓN DE CONTENIDOS**

SCILLA AND CARIBDIS: DIGITAL INTERMEDIARIES AND CONTENT MODERATION

Sommario: 1. Introducción: el entorno digital, un nuevo espacio comunicativo - 2. Acerca de la función de intermediación que desarrollan los medios de comunicación - 2.1. Algunos de los paradigmas clásicos en los que se desenvuelven las libertades de expresión e información - 2.2. El particular régimen de responsabilidad de los medios de comunicación por la publicación o difusión de contenidos - 3. La comunicación en el espacio digital y el papel de las plataformas en línea: los nuevos intermediarios - 3.1. El nuevo “ecosistema digital”: la identificación de los diferentes sujetos y su naturaleza - 3.2. La necesidad de definir y embridar la posición jurídica de los intermediarios en relación con la difusión de contenidos: el Reglamento Europeo de Servicios Digitales, de 19 de octubre de 2022 (DSA) como nuevo paradigma regulatorio europeo - 4. La atribución a las plataformas en línea de facultades de control de contenidos y la necesidad de garantizar las libertades de expresión e información en el contexto digital - 4.1. La eufemística “moderación de contenidos” - 4.2. Breve referencia a los parámetros de la “moderación” de contenidos y a su doble naturaleza, pública y privada - 4.3. Moderación de contenidos, censura, e “in-cultura” de la cancelación

1. Introducción: el entorno digital, un nuevo espacio comunicativo

En el elenco de innovaciones que ha traído consigo Internet destaca de manera particular la creación de un nuevo espacio comunicativo, de un nuevo foro donde se desarrolla una buena parte de nuestra vida en sociedad que ha llegado a modificar muchos de nuestros hábitos y formas de comunicación. Tanto la naturaleza del entorno digital como su particular lógica de funcionamiento, así como las múltiples herramientas que ofrece, inciden de manera muy determinante en la concepción del proceso comunicativo, y ponen en cuestión la operatividad de los parámetros que hasta ahora venimos utilizando para regular este escenario novedoso y sensiblemente más complejo.

* Profesora Titular de Derecho Constitucional presso l'Università degli Studi di Valladolid.

** Relazione al XVII convegno italo-spagnolo del “Gruppo di Torino” sul tema *Rasgos actuales de la libertad de expresión / Profili attuali della libertà di manifestazione del pensiero* (Reggio Calabria, 31 marzo 2023).

L'Associazione Italiana Costituzionalisti è iscritta al Registro Operatori della Comunicazione dal 9.10.2013 col n. 23897 La Rivista AIC è registrata presso il Tribunale di Roma col n. 339 del 5.8.2010 — Codice ISSN: 2039-8298 (on-line) Rivista sottoposta a referaggio — Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche Direttore Responsabile: Prof. Sandro Staiano — Direttori: Prof.ssa Elisabetta Catelani, Prof. Claudio Panzera, Prof. Fabrizio Politi, Prof.ssa Antonella Sciortino.

En este contexto sin precedentes para el ejercicio de la libertad de expresión (como lo califica la STC 8/2022, de 27 de enero) los contornos entre lo público y lo privado, la información y la expresión, lo local y lo global, se perciben más difusos¹ y expresan las nuevas condiciones en las que se desenvuelve una sociedad globalizada y conectada en red, a través de la tecnología.

Internet es globalización, accesibilidad universal, inmediatez, interacción, viralidad; pero, también, dependencia técnica y tecnológica, anonimato, riesgo de pérdida de control de los datos personales y de la privacidad, exención de responsabilidad, manipulación, polarización o inaccesibilidad, por ejemplo. A las importantes e innovadoras posibilidades comunicativas que ofrece la Red (y que se manifiestan de manera muy importante en su naturaleza multimodal) la tecnología añade la superación de las coordenadas de espacio y tiempo en las que tradicionalmente se desarrollaba el proceso comunicativo, lo que marca una diferencia radical entre ambos escenarios.

La aparición tanto de nuevos sujetos en el proceso comunicativo, como de diferentes posibilidades de expresión y acceso a la información, plantean la necesidad de redefinir o adaptar las “reglas de la comunicación” para captar esta realidad en la que la utilización masificada de las tecnologías, unida a los cambios en los usos sociales que ellas mismas han suscitado, suman nuevos conflictos jurídicos (STC 27/2020, de 24 de febrero, F. Jco. 3). Efectivamente, la tecnología no solo ha creado nuevas herramientas, sino que ha producido un cambio profundo, también de orden sociológico, que responde a una lógica en apariencia bien distinta en la que fueron configurados los parámetros de la libertad de comunicación a través de una constante evolución normativa y jurisprudencial.

La rapidez de la evolución tecnológica y sus aplicaciones al ámbito de la comunicación, así como la constatación de que lo que acontece en el mundo virtual no siempre es un mero reflejo de la realidad analógica (como ocurre cuando los medios de comunicación tradicionales utilizan las plataformas de internet para la difusión de sus contenidos) cuestiona si las pautas y soluciones alcanzadas para el desenvolvimiento de la libertad de comunicación tradicionales son suficientes para el entorno digital teniendo en cuenta las nuevas coordenadas de tiempo (viralidad, instantaneidad, memoria) y espacio (globalidad) en que se desarrolla. También, si los paradigmas que operaban siguen siendo válidos en este “nuevo” escenario para captar y definir el papel de los nuevos sujetos del proceso comunicativo, determinando sus facultades pero también su responsabilidad, porque, como señala la STC 27/2020, de 24 de febrero, en este nuevo contexto digital, a pesar de la confusión de papeles de los sujetos que intervienen y en la forma que lo hacen, los usuarios continúan siendo titulares de derechos fundamentales y su contenido continúa siendo el mismo que en la era analógica.

¹ Esta apreciación ya se encuentra en BOIX PALOP, A.: “La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales, *Revista de Estudios Políticos*, nº173, 2016, p. 55.

La STC 8/2022, de 27 de enero, que aborda un asunto cuya relevancia constitucional se fundamenta en la necesidad de un análisis del impacto de las nuevas tecnologías en las libertades de expresión e información, se hace eco de las dificultades existentes para distinguir entre libertad de información y libertad de expresión se acentúan cuando se contextualiza el ejercicio de una y de otra en el ámbito de internet y, más concretamente, en el de las redes sociales (F. Jo. 2).

Aun cuando las cuestiones problemáticas son las mismas, la configuración las soluciones y la comprensión desde un punto de vista jurídico distan mucho de ser uniformes, hasta el punto de diferenciar junto al modelo norteamericano, un modelo europeo que se ha afianzado con el Reglamento (UE) 2022/2065 de Servicios Digitales (DSA), de 19 de octubre de 2022.

2. Acerca de la función de intermediación que desarrollan los medios de comunicación

Hasta la generalización del uso de internet, el ejercicio de la libertad de expresión, pero, sobre todo, de información, se llevaba a cabo a través de cauces institucionalizados, fundamentalmente, a través de los medios de comunicación.

Desde la óptica de los ciudadanos, los medios actuaban (en palabras del Tribunal Constitucional español) como “intermediarios naturales” tanto para la difusión de pensamientos e ideas, como para facilitar el acceso de los ciudadanos a informaciones veraces elaboradas de manera profesional por periodistas e informadores, integrados en dichos medios de comunicación. De esta forma, medios, periodistas y ciudadanos conformaban el triple vértice del proceso comunicativo², y sobre ellos y su interrelación, se ha venido configurando normativa pero, sobre todo, jurisprudencialmente, un particular régimen jurídico que define los contornos del ejercicio de la libertad de comunicación constitucionalmente protegida, sus límites y las herramientas que permiten la coexistencia de estas libertades con otros derechos. También, un particular sistema de responsabilidad de cada uno de los sujetos intervinientes en el proceso comunicativo por las opiniones o informaciones vertidas en dichos medios, atendiendo al papel que cada uno de ellos desempeña en este proceso, así como a su contribución a la creación y difusión del mensaje.

En el esquema analógico, el papel central lo ocupan los medios de comunicación (prensa, radio y televisión). Unos medios solo relativamente accesibles para los ciudadanos que, en este contexto ocupan la posición de receptores pasivos del mensaje o consumidores de información. Esta estructura comunicativa y el poder de los medios en relación con la elaboración de la información y su difusión, tiene su correspondencia con un sistema de responsabilidad en el que también participan medios y periodistas.

2.1. Algunos de los paradigmas clásicos en los que se desenvuelven las libertades de expresión e información

Las libertades de expresión y de información, como es sobradamente conocido, no son únicamente manifestaciones de la libertad individual, sino que contribuyen decisivamente a la formación de la opinión pública libre que, ligada al pluralismo, sirven de base al sistema democrático y al derecho de participación política. Esta doctrina deriva, no solo de lo dispuesto en el art. 20. 1 d) CE, sino también de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos

² Este aspecto se encuentra tratado con gran claridad en VÁZQUEZ ALONSO, V.: “La censura privada de las grandes corporaciones digitales y el nuevo sistema de la libertad de expresión”, en TEORDER, nº32, 2022, p. 110.

Humanos que, en su interpretación del art. 10 del Convenio, ha conectado sistemáticamente la libertad de expresión con la formación de una opinión pública libre, necesaria para preservar el sistema democrático.

De esta forma, democracia y libertad de expresión se co-implican recíprocamente en el sentido de que, como dice el TEDH, la democracia se nutre de la libertad de expresión (en el sentido amplio del Convenio) y, al mismo tiempo, no es imaginable la vigencia efectiva de las libertades comunicativas sino en un régimen democrático³. Las libertades de expresión e información garantizan la existencia de una opinión pública libre, elemento esencial del sistema democrático que actúan como condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de la democracia y constituyen una de las condiciones primordiales de su progreso y también del desarrollo individual⁴.

Esta doctrina, como sintetiza la STC 7/2023, de 21 de febrero, se recoge también en la jurisprudencia constitucional española que, desde bien temprano y de manera constante, ha vinculado directamente el derecho a la información, desde una perspectiva funcional con la garantía de una opinión pública libre (SSTC 6/1981, de 16 de marzo, F. Jco. 3, y 104/1986, de 17 de julio, FJ. 5) estrechamente conectada, a su vez, con la existencia de un sistema democrático (SSTC 159/1986, de 16 de diciembre, F. Jco. 6, y 214/1991, de 11 de noviembre, F. Jco. 6). En este sentido, el Tribunal Constitucional ha reiterado que “para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas” (SSTC 159/1986, de 12 de diciembre, y 8/2022, de 29 de enero)⁵.

Un desarrollo de este último aspecto se encuentra en la STEDH *Lingens c. Austria*, de 8 de julio de 1986, §41, donde se expresa la aplicación de esta doctrina no solo respecto de las informaciones o ideas que se reciben favorablemente o se consideran inocuas o indiferentes, sino también a las que ofrecen, hieren o molestan, como exigencia del pluralismo, la tolerancia y la mentalidad amplia, sin los cuales no hay sociedad democrática⁶.

En el ámbito europeo ha tenido acogida la idea de que la opinión pública libre, como sustrato de la democracia, es fruto de la discusión racional en un escenario de libertad, que metafóricamente el juez *Holmes* refiere como “libre mercado de las ideas”, un argumento pragmático que acepta que valora la capacidad de que un pensamiento pueda ser aceptado

³ Por todas, STEDH *Centro Europa 7 S.R.L. y Di Stefano c. Italia* (GS), de 7 de junio de 2012, § 129.

⁴ SSTEDH *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, y *Lingens c. Austria*, de 8 de julio de 1986, *Appleby y otros c. Reino Unido*, de 6 de mayo de 2003, entre otras muchas.

⁵ La sentencia recoge una doctrina reiterada del Tribunal Constitucional expresada, entre otras, en las SSTC 159/1986, de 16 de diciembre, F. Jco. 6, o 21/2000, de 31 de enero, F. Jco. 4, y 52/2002, de 25 de febrero, F. Jco. 4. En este mismo sentido, las SSTEDH de 7 de diciembre de 1976, caso *Handyside c. Reino Unido*, §49, o el caso *Appleby y otros c. Reino Unido*, de 6 de mayo de 2003, §39.

⁶ La sentencia se refiere a la aplicación de esta doctrina por parte de la prensa (extensible, en general, a los diversos medios de comunicación tradicionales): “Estos principios son especialmente importantes para la prensa. No debe ésta pasar los límites establecidos singularmente para la «protección de la fama ajena»; le incumbe, sin embargo, publicar informaciones e ideas sobre las cuestiones que se discuten en el terreno político y en otros sectores de interés público. Si su misión es difundirlas, el público tiene el derecho de recibirlas (*vid.* STEDH *Lingens c. Austria*, de 8 de julio de 1986, §41).

en concurrencia con otros en un “mercado” que “minimiza los límites y donde los excesos mayoritariamente se corrigen en un escenario de mayor libertad como repuesta”⁷.

Aunque esta vinculación de las libertades de expresión e información con el pluralismo y el principio democrático se construye, en una primera jurisprudencia, sobre el discurso político como materia de interés general o relevancia social por antonomasia por su contribución a la formación de la opinión pública, con el tiempo ha ido progresivamente evolucionando y extendiendo su ámbito de protección a otros contenidos en los que su interés general no tiene, sin embargo, ningún contenido político⁸.

Esta comprensión de la libertad de comunicación trasciende la dimensión exclusivamente subjetiva de los derechos, y reconoce a las libertades de expresión e información una naturaleza pública o institucional que resulta determinante, como es sabido, en relación con la ponderación de estas libertades con otros bienes jurídicos u otros derechos.

Precisamente la jurisprudencia ha asentado la doctrina de la posición preferente de la libertad de información (dentro de los límites constitucionales de proscripción del insulto, y la exigencia de veracidad y relevancia pública) en sus conflictos con otros derechos fundamentales o frente a eventuales restricciones del poder público, basándose en su contribución directa a la existencia de una opinión pública libre y en el impulso que ésta confiere al Estado democrático. En este contexto tradicional, el papel central de los medios de comunicación se manifiesta en que el ejercicio de la libertad de información “por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, que es la prensa, entendida en su más amplia acepción”, actúa como justificación del refuerzo del valor preferente atribuido a la libertad de comunicación (SSTC 165/1987, de 27 de octubre, F. Jco. 10, y 7/2023 de 21 de febrero, F. Jco.5).

La atribución de una posición preferente a la libertad de información en la ponderación con otros derechos fundamentales, en especial cuando es ejercida por los medios de comunicación, se ha visto afianzada, precisamente, por el papel de controlador del poder público o “perro guardián” (la conocida “fórmula choque” utilizada por el TEDH) tradicionalmente atribuida a la prensa escrita y, posteriormente, por extensión, a otros medios. El Tribunal europeo

⁷ SALVADOR CODERCH, P.: “Introducción: Difamación y libertad de expresión”, en VVAA: *El mercado de las ideas*, Salvador Coderch, P. Dir., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 26 a 30.

⁸ En su voto particular a la STC 7/2023 de 21 de febrero, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad contra el art. 19.4 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual relativa al acceso de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual radiofónica a los estadios y recintos para retransmitir en directo los acontecimientos deportivos, la Magistrada Laura Díez Bueso señala algunos ejemplos en los que jurisprudencialmente se han considerado de interés general materias no ligadas al contenido político: el Campeonato del Mundo de Fútbol de 1982 (STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 1); el origen y la evolución de una determinada enfermedad (STC 20/1992, de 14 de febrero, FJ. 3); el conflicto vecinal generado por una playa nudista (STC 24/1992, de 14 de febrero, FJ. 8); la presentación de un libro (STC 232/1993, de 12 de julio, FJ 4); o las horas extraordinarias trabajadas en una empresa privada (STC 4/1996, de 16 de enero, FJ 4). Se refieren también ejemplos en la jurisprudencia del TEDH, como: la necesidad de un servicio nocturno de urgencias para animales domésticos (STEDH de 25 de marzo de 1985, asunto *Barthold c. Alemania*, § 42); las prácticas comerciales de un negocio en relación con la transparencia de las actividades empresariales (STEDH de 20 de noviembre de 1989, asunto *Markt Intern c. Alemania*, § 36); la disputa salarial entre trabajadores y directivos en una gran empresa automovilística (STEDH de 21 de enero de 1999, asunto *Fressoz y Roire c. Francia*, § 50); la responsabilidad derivada de los avances científicos (STEDH de 26 de abril de 1979, asunto *Sunday Times c. Reino Unido*, § 66); o las experiencias de varias mujeres sometidas a tratamientos estéticos (STEDH de 2 de mayo de 2000, asunto *Bergens Tidende y otros c. Noruega*, § 51).

siempre ha destacado este papel esencial que desempeña la prensa en una sociedad democrática, y ha vinculado la función de difundir información e ideas sobre todos los asuntos de interés general que desarrollan los periodistas con el derecho del público a recibirlas (SSTH *Satakunnan Markkinapörssi Oy y Satamedia Oy c. Finlandia* (GS), § 126; *Bédat c. Suiza* (GS), § 51; *Sunday Times c. Reino Unido (no 2)*, § 50; *Dupuis y otros c. Francia*, § 35; *Campos Dâmaso c. Portugal*, § 31). La libertad de prensa y de otros medios de información brindan a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de sus dirigentes (se encuentra, por ejemplo, en SSTEDH *Handyside c. Reino Unido*, § 49, y *Lingens c. Austria*, §§ 41-42).

Esta función de vigilancia y control atribuida inicialmente a la prensa y a los medios de comunicación, posteriormente ha sido atribuida por el Tribunal a otros sujetos como las organizaciones no gubernamentales o los grupos de activistas, por ejemplo, valorando que en el ejercicio de sus actividades estas entidades desarrollan una función similar de control y denuncia en relación con los asuntos públicos, y que contribuyen a la formación de la opinión pública por lo que resultan ser merecedores de particular protección en el ejercicio de la libertad de expresión⁹.

2.2. El particular régimen de responsabilidad de los medios de comunicación por la publicación o difusión de contenidos

En el contexto analógico los medios de comunicación han venido ocupando un papel principal en el proceso comunicativo, donde han sido considerados “intermediarios naturales” y necesarios “entre la noticia y cuantos no están, así, en condiciones de conocerla directamente” (así lo señala la temprana STC 30/1982, de 1 de junio, y se reitera en otras posteriores como las SSTC 286/1993 de 4 octubre, 56/2004 de 19 abril, 7/2023 de 21 febrero y, más recientemente, la STC 7/2023, de 22 de febrero). En esta última el TC alude al papel de intermediación que desempeñan los medios de comunicación. Una función que cobra especial relevancia en relación con acontecimientos que, por su entidad, tienen mayor resonancia en el cuerpo social¹⁰. De esta forma, se valora su desempeño como generadores de estados de opinión, cauce del ejercicio de la libertad de expresión, pero, sobre todo, como proveedores de contenidos que elaboran los profesionales que se integran en dichos medios (y que se

⁹ En torno al año 2010 el TEDH llevó a cabo un nuevo giro jurisprudencial abriendo progresivamente el concepto de libertad de expresión tanto desde un punto de vista objetivo, como desde la determinación de los sujetos titulares en la resolución de diversos asuntos promovidos por organizaciones no gubernamentales como, por ejemplo, en el asunto *Vides Aizsardzibas Klubs c. Letonia*, de 27 de mayo de 2004, el Tribunal tuvo que ponderar si la injerencia en el derecho a recibir información de una ONG que actuaba en casos relacionados con el medioambiente y que denunció irregularidades urbanísticas, estaba o no justificada. Este asunto lo trato más detalladamente en MORETON TOQUERO, M. A.: “La construcción del derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *La influencia de los tratados europeos sobre derechos humanos en la participación y representación política*, Dueñas Castrillo, A.I. y Macho Carro, A. Dirs., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 79 a 118.

¹⁰ El hecho de que tanto esta sentencia, como algunas de las mencionadas, se refiera al supuesto concreto del acceso de los medios de comunicación a los lugares de celebración de eventos deportivos u otros de interés público como forma de acceso a la información de los ciudadanos no reduce a este ámbito el papel de intermediario necesario o “natural” entre la expresión y, sobre todo la información y la ciudadanía.

encuentran sometidos a un particular estatuto profesional). Una labor creadora que correlativamente se traduce en un particular y estricto sistema de responsabilidad por los contenidos que difunden, y que se corresponde con amplio poder de veto y selección de la información que publican. Una facultad de control de los contenidos que se justifica también en el derecho a mantener la línea editorial del medio (un elemento esencial que les caracteriza como “empresas de tendencia”) como elemento distintivo frente a sus competidores.

En este escenario, y tomando como referencia a la prensa (el medio en el que se han desarrollado más intensamente los parámetros jurídicos de las libertades comunicativas), los ciudadanos (salvo en contadas excepciones, como las “cartas al director”) adoptan un papel “pasivo” en relación con unos medios de comunicación que no son abiertos ni constituyen un canal de difusión generalmente accesible. Son precisamente los medios de comunicación los que, como intermediarios necesarios, canalizan la expresión y elaboran y difunden la información sobre la que, en el caso de los medios impresos, el director de la publicación tiene una facultad de veto¹¹ que no puede ser concebido como censura previa (que en sentido jurídico se ejerce por el poder público) sino como herramienta para mantener la línea editorial, además de fuente de responsabilidad. Este poder de decisión con que cuenta el medio de comunicación y su capacidad de control sobre los contenidos que se publican o difunden justifican el correlativo régimen de responsabilidad tanto por las informaciones y expresiones propias como por las vertidas por terceros: en el ámbito civil¹² una responsabilidad solidaria del autor y el medio de comunicación y, en el ámbito penal, una responsabilidad “en cascada”¹³.

La exención de responsabilidad de los medios de comunicación por los contenidos dañosos provenientes de terceros se se ha articulado, bajo ciertas condiciones, acogiendo la doctrina norteamericana del “reportaje neutral”. Con un argumento basado bien en la ausencia de participación en la elaboración de las informaciones u opiniones ofensivas o bien en la ausencia de adhesión a su contenido, esta doctrina tiene su expresión, entre otras, en las denominadas “cartas al director”, en los artículos de opinión bajo seudónimo (siempre que se compruebe la identidad de los firmantes) o en los artículos o intervenciones de opinión, donde la diligencia exigible al medio no alcanza más allá de la autoría, sin entrar en la valoración del

¹¹ *Vid.* art. 37 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta.

¹² Sobre la responsabilidad de los directores art. 39 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta establece “Uno. El Director es responsable de cuantas infracciones se cometan a través del medio informativo a su cargo, con independencia de las responsabilidades de orden penal o civil que puedan recaer sobre otras personas de acuerdo con la legislación vigente”. Incorpora también un sistema de responsabilidad solidaria de autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, con carácter solidario (art. 65 LPI).

¹³ Responsabilidad penal de los medios “en cascada”, es decir, escalonada, excluyente y subsidiaria de los diferentes sujetos que menciona el art. 30 CP. Sobre este particular, es interesante recordar, como aprecia BOIX PALOP que, en la práctica, esta regla no ha sido tanto un sistema de determinación responsabilidad subsidiaria, sino un mecanismo que establece un “cortafuegos” en materia de responsabilidad. En efecto, aplicando esta regla, los directores, editores o impresores de los medios de comunicación no son tenidos por responsables en calidad de colaboradores necesarios por las intromisiones ilegítimas realizadas por los redactores empleando como soporte el medio de comunicación sino únicamente para el caso de que no esté identificado el autor. Todo ello con la finalidad (y esto es relevante también) de no desincentivar la difusión de informaciones que pueden presentar problemas de veracidad o prueba o expresiones comprometidas, por la vía de no hacer criminalmente responsable a quienes dan soporte a estas manifestaciones, con la intención también de fomentar el pluralismo, *cfr.* BOIX PALOP, A.: “La construcción...” *op. cit.*, p. 61.

contenido (SSTC 190/1996, de 25 de noviembre, F. Jco. 4 b; 76/2002, de 8 de abril, F. Jco. 4; 54/2004, de 15 de abril, F. Jco. 7; 1/2005, F. Jco. 4; 139/2007, F. Jco. 5; 24/2019, de 25 de febrero, F. Jco.5).

Esta delimitación de los contornos jurídicos de las libertades de expresión y comunicación responde a una realidad histórica definida por la preeminencia de los medios de comunicación institucionalizados: primero la prensa escrita y, posteriormente, los medios audiovisuales. La cuestión es si este paradigma sólido y estable, fruto de una lenta y progresiva evolución, resulta adecuado y aplicable a los nuevos medios y espacios comunicativos nacidos con el desarrollo de internet, que constituyen la nueva realidad en la que coexisten los medios tradicionales.

No quisiera caer en el tópico de aludir al carácter novedoso de una tecnología que lleva años implantada, o a la obsolescencia de la regulación existente (que como señala Víctor Vázquez parece que es una “obsolescencia regulatoria permanente”¹⁴) pero sí hacer notar que la tecnología está en permanente evolución, es dinámica, y en el caso de internet, no solo la tecnología sino sus diversas aplicaciones y la diversidad de servicios que permite ofrecer, han traído profundos cambios en las formas de comunicación y relación social.

Más allá de la carencia de regulación de algunos aspectos o la necesidad de adaptación de la existente para tratar de captar en su conjunto la realidad digital, un planteamiento desde la óptica constitucional, en nuestro ámbito, cuenta con unas bases ciertas como son los parámetros que determinan la libertad de información y expresión constitucionalmente protegidas, y la necesidad de garantizar dichas libertades, con independencia del canal de que se sirvan¹⁵.

3. La comunicación en el espacio digital y el papel de las plataformas en línea: los nuevos intermediarios

Como consecuencia de la utilización del soporte tecnológico, la comunicación en el contexto digital se caracteriza por la intervención de nuevos sujetos que desempeñan funciones muy diversas y, en principio, difícilmente equiparables de forma automática a las que conocemos en el escenario analógico. A ello se suma que algunos de los elementos relevantes que servían de referencia en el escenario analógico, como el contenido de la función de intermediación, la frontera entre el ámbito público y privado, o la diferencia entre emisor y receptor en el proceso de comunicación, en este nuevo contexto aparecen más bien desdibujados o con perfiles no tan claros.

¹⁴ VÁZQUEZ ALONSO, V.: “La censura privada de las grandes corporaciones digitales...”, *op. cit.*, p. 110.

¹⁵ La Constitución no hace depender ni vincula la protección de las libertades comunicativas del medio que se empleado como canal. La literalidad del art. 20.1a CE en relación con la libertad de expresión smenciona junto a “la palabra y el escrito” y, con un sentido prospectivo también a “cualquier otro medio de reproducción”, y en relación con la libertad de información, el apartado d) del mismo artículo se refiere a “cualquier medio de difusión”. En este sentido *vid.* [VVAA: Derecho de la comunicación, E. Guichot, coord., sexta edición, Iustel, Madrid, 2022, p. 230.](#)

1. Efectivamente, pese a lo que pudiera parecer, aunque Internet se caracteriza por su accesibilidad inmediata y la apertura de los canales de comunicación¹⁶ a todos, sin aparente necesidad de intermediación, en realidad (y paradójicamente) la presencia de intermediarios es consustancial al medio. El papel de los proveedores, como intermediarios en este ámbito, no es una función tan necesaria desde el punto de vista de los contenidos (como en los medios de comunicación tradicionales) sino del soporte o el espacio que crean, es decir, la necesidad de intermediación es en este ámbito, sobre todo, una necesidad tecnológica.

El producto que ofrecen estos nuevos intermediarios, no tiene (en principio) relación con los contenidos, sino con la creación de espacios donde los usuarios pueden libremente comunicar con otros y relacionarse, lo que inicialmente favoreció la defensa de una posición neutra, justificadora de la exención de responsabilidad.

Sin embargo, el dominio de esa infraestructura tecnológica no solo les permite incidir directa e indirectamente en el discurso, sino que su modelo de negocio gira en torno al empleo de los canales de comunicación, con objetivos muy diversos, y para cuya consecución emplean estrategias o herramientas como, por ejemplo, la estimulación de la participación del usuario que eventualmente pueden confrontar con las que exigiría el respeto de las libertades comunicativas.

2. Estas cualidades de accesibilidad, y apertura, además, facilitan de manera evidente la difusión masiva de opinión e información por los usuarios, que han pasado a ocupar un espacio en el que anteriormente solo se encontraban, de manera casi exclusiva, los profesionales.

En este nuevo entorno comunicativo, profesionales y medios de comunicación no aparecen ya como intermediarios “naturales” o tan “necesarios”, pues las herramientas digitales tienen la capacidad de convertir a usuarios que hasta ahora se mostraban en actitud “pasiva”¹⁷, en creadores, emisores y difusores de contenidos (STC 8/2022, F. Jco. 2) diluyendo la frontera entre unos y otros.

Por otro lado, esta superposición de papeles o “intersección de estatutos”, en buena medida es fruto de la capacidad de interacción entre los usuarios, lo que se manifiesta con particular claridad en las redes sociales, donde es posible simultanear el papel de creador y difusor de contenidos, tanto propios como ajenos. Aun siendo esto así, parece sin embargo excesivo considerar, como hace la STC 8/2022, que los usuarios pueden llegar a desempeñar un papel muy cercano al que venían desarrollando hasta ahora los periodistas en los medios de comunicación tradicionales, corriendo el riesgo de no considerar, entre otros, el valor añadido que aporta el ejercicio profesional, con todo lo que comporta¹⁸.

¹⁶ La acertada conceptualización de Internet como canal de comunicación se encuentra en BOIX PALOP, A.: “La construcción...”, *op. cit.*, p. 60.

¹⁷ Esta referencia a la pasividad entiendo que no se puede tomar en un sentido peyorativo (, sino descriptivo de la diferente posición que los ciudadanos ocupan desde el punto de vista comunicativo diferenciando los medios de comunicación clásicos y la participación en redes sociales u otros foros donde tienen capacidad de acción y relación social.

¹⁸ La libertad de información, como desde bien temprano reconoció el Tribunal Constitucional en la STC 6/81, F. Jco. 4, es un derecho fundamental del que “gozan por igual todos los ciudadanos” y no está reservado, por tanto, a los profesionales de comunicación (“aunque en la práctica sirva sobre todo de salvaguardia a quienes

La superposición de funciones se aprecia también (y así lo pone de manifiesto esta misma sentencia) en la utilización de las plataformas de internet por parte de los medios de comunicación para la difusión de sus contenidos, o en la presencia de los periodistas en redes sociales no solo con perfiles profesionales, sino también, con perfiles personales en los que, sin embargo, no dejan de ser percibidos en su condición profesional por sus seguidores y el resto de usuarios (*vid.* STC 8/2022) aunando su doble condición, personal y profesional.

3. Una tercera particularidad reseñable se refiere a que los usuarios en internet desempeñan un papel mucho más activo que en los medios de comunicación tradicionales, también en el sentido que directamente pueden seleccionar no solo qué información desean recibir sino, también, cómo y cuándo. Esta realidad, también requiere matices si atendemos a que la información, incluso cuando es solicitada por el usuario, se suministra de manera priorizada por los intermediarios; también, a que, como es sabido, una buena parte de información se ofrece sin ser demandada. En ambos casos el suministro se efectúa en función de criterios opacos para el usuario, a través de algoritmos que seleccionan dicha información en función del perfil del destinatario.

Estos y muchos otros cambios en la dinámica del proceso comunicativo dificultan la traslación automática del papel al que hasta ahora se atribuía a cada uno de los sujetos del proceso comunicativo, así como de los parámetros con los que veníamos operando y, en este sentido, se requiere no solo una adaptación de los que ya tenemos, así como la incorporación de otros nuevos que logren captar esta nueva realidad.

Anteriormente hacía referencia a que la simplificación del proceso comunicativo en el entorno digital, en realidad, es solo aparente. En Internet coexisten diferentes espacios comunicativos: los medios institucionalizados siguen existiendo en este ámbito, al tiempo que los usuarios son también proveedores de contenidos. Pero, además, no solo no se elimina el intermediario institucionalizado, sino que, en realidad, se incorporan otros nuevos: los intermediarios tecnológicos o ISP (*Internet Service Provider*) es decir, las empresas que proporcionan a los usuarios el acceso a internet, otros servicios relacionados, o los espacios a través de los que se canalizan la expresión y la información. Unas funciones de intermediación bien diferentes a las desempeñadas por los medios tradicionales que, al menos en origen, se reivindicaban “neutras” desde un punto de vista ideológico (de los contenidos).

En este sentido, BALKIN explica gráficamente cómo frente al modelo regulatorio dualista del siglo XX, donde el Estado regulaba la conducta de los ciudadanos y los diferentes medios de comunicación, el modelo normativo de la libertad de expresión del siglo XXI es plural, y en él conviven diferentes actores que representa en un triángulo en cuyos vértices se ubicarían los Estados y las organizaciones supranacionales; en otro, las empresas de infraestructuras de Internet¹⁹ (un elemento esencial para el ejercicio de la libertad comunicativa en

hacen de la búsqueda y difusión de información su profesión específica”). Sin embargo, esto no conduce a asimilar al ejercicio profesional fenómenos como los que alude la desafortunada expresión “periodismo ciudadano”.

¹⁹ En este espacio estarían las empresas mediáticas, motores de búsqueda, proveedores de servicios de Internet (ISP), servicios de alojamiento *web*, registradores y registros del Sistema de Nombres de Dominio (DNS), servicios de ciberdefensa, almacenamiento en caché (como Cloudflare y Akamai) y sistemas de pago (como PayPal, Mastercard y Visa). *Cfr.* BALKIN, J.M.: “Free speech is a triangle”, *Columbia Law Review*, Vol. 118, 2011,

este entorno, generalmente en manos privadas); y, en una tercera posición, los oradores y los medios de comunicación.

Recogiendo el parecer mayoritario, V. VÁZQUEZ pone de manifiesto cómo una red social o un buscador no son, en puridad, medios de comunicación al uso, pero sí son los principales canales a través de los cuales se difunden los contenidos elaborados por terceros²⁰. En el caso de las redes sociales, la inmediatez de la difusión de contenidos y su alto potencial para llegar a un número ilimitado de destinatarios, un efecto amplificador que les confiere una vastísima capacidad de influencia en la creación de opinión pública²¹, exponencialmente superior al que tienen los medios de comunicación tradicionales (STC 8/2022, de 27 de enero).

La cuestión de los límites al ejercicio abusivo de las libertades de comunicación y su operatividad es obviamente mucho más compleja, teniendo en cuenta no solo que se trata de un entorno esencialmente desinstitucionalizado, en el que intervienen intermediarios que desempeñan funciones muy diferentes, sino que también carece de fronteras, es globalmente abierto, y utiliza un soporte duradero que permite el almacenamiento de datos a lo largo del tiempo.

Inicialmente la preocupación por los excesos comunicativos en la red parecía residir en la garantía de los derechos individuales de los ciudadanos y su protección frente a eventuales afectaciones. Con el tiempo, la constatación de la intensidad de los efectos que en el discurso público pueden tener estos excesos (desinformación, manipulación, incitación al odio o la violencia, riesgos para la seguridad, salud pública, etc.) parece haber desplazado el foco de atención hacia la vertiente institucional u objetiva de las libertades informativas²² y ha propiciado una creciente actividad regulatoria, sobre todo, en Europa, sobre la base de la intensidad de ese riesgo²³.

Una regulación jurídica que toma como punto de partida la contribución de los intermediarios digitales a hacer que la comunicación en este ámbito sea técnicamente posible, pero también tiene en cuenta, su capacidad de controlar el soporte o la infraestructura, así

pp. 2015 y 2016. De este trabajo da cuenta detallada VÁZQUEZ ALONSO, V.: "La censura privada de las grandes corporaciones digitales...", *op. Cit.*, pp. 110 y 111.

²⁰ VÁZQUEZ ALONSO, V.: "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*, enero-junio. 2020, p. 478.

²¹ Aun siendo generalmente cierta esta afirmación, no puede tomarse en un sentido automático sino caso por caso. En este sentido, vid. STEDH *Cicad c. Suiza*, de 7 de junio de 2016. El efecto amplificador propio de internet no puede siempre presumirse pues también existen espacios relativamente privados donde el "efecto amplificador" no es tan intenso.

²² La Recomendación CM/Rec (2014) 6 del Consejo de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa sobre una «Guía de los derechos humanos para los usuarios de internet» (adoptada por el Consejo de Ministros el 16 de abril de 2014) en su apartado 3 señala que Internet tiene características de servicio público" y, en ese sentido, "personas, comunidades, autoridades públicas y entidades privadas dependen cada vez más de Internet para sus actividades y tienen una expectativa legítima de que sus servicios sean accesibles, ofrecidos sin discriminación, asequibles, seguros, fiables y continuos."

²³ Esta posición encuentra críticas desde una posición liberal que minimiza la intensidad de ese riesgo y aboga por una mayor libertad del discurso, no tanto por la restricción. Rebatiendo lo que considera un exceso regulatorio o paternalismo jurídico, BOIX pone de relieve que las características de apertura de la red y su generalización permiten un mayor escrutinio público que hace posible rebatir muchos de estos excesos. Vid. BOIX PALOP, A.: "La construcción...", *op. cit.*, pp. 61, 64, 101.

como su relación directa con los usuarios, a los que discrecionalmente pueden silenciar o dar entrada a los diferentes espacios comunicativos.²⁴

Teniendo esto en cuenta, la particular posición jurídica de los intermediarios digitales se concreta, por un lado, en la reserva de ciertas facultades de control en su relación privada con los usuarios, pero también (al menos en Europa²⁵), en la atribución normativa de importantes facultades y en la imposición de ciertos deberes de vigilancia y control en relación con los contenidos que difunden los propios usuarios teniendo en cuenta su impacto en el discurso público, constatando el abandono de la inicial idea de neutralidad sobre la que se asentaba su papel de intermediación. Obligaciones que, en cualquier caso, no pueden suponer una claudicación o una merma de las garantías de la libertad de comunicación de los ciudadanos. Antes bien, como señala el Anexo de la Recomendación del Consejo de Europa, de 16 de abril de 2014, las autoridades tienen el deber de respetar y proteger la libertad de expresión e información, de modo que toda restricción a esas libertades no puede ser arbitraria, deben obedecer a un objetivo legítimo de acuerdo con el Convenio (CEDH) y ser conforme con la ley²⁶.

3.1. El nuevo “ecosistema digital”: la identificación de los diferentes sujetos y su naturaleza

La regulación jurídica de Internet plantea las dificultades propias de abordar una realidad particularmente compleja, entre otros motivos, por la diversidad de sujetos intervinientes, la multiplicidad de servicios que estos prestan, así como la volubilidad que deriva de su relación directa con el progreso tecnológico.

Aunque con carácter general, y para simplificar, se alude forma genérica a “los intermediarios digitales”, un abordaje jurídico preciso requiere diferenciar dentro de esta vasta categoría las que, de hecho, son también funciones o actividades diferentes²⁷, lo que tiene una evidente respuesta en el campo de la responsabilidad.

²⁴ En este sentido, el Considerando 5 del Reglamento de Servicios Digitales (DSA) lo reconoce en estos términos: “el crecimiento exponencial del uso de dichos servicios, principalmente para todo tipo de fines legítimos y beneficiosos para la sociedad, también ha incrementado su importancia en la intermediación y propagación de información y actividades ilícitas o de otras que también resultan nocivas”.

²⁵ Esta tendencia se observa en la DSA pero, como ella misma hace notar en el Considerando 2, también en la regulación adoptada por los Estados miembros que “están adoptando, o considerando adoptar, un número creciente de normas de Derecho nacional sobre las materias que regula el presente Reglamento, imponiendo, en particular, requisitos de diligencia a los prestadores de servicios intermediarios por lo que se refiere al modo en que deben hacer frente a los contenidos ilícitos, la desinformación y otros riesgos para la sociedad

Sobre la evolución jurisprudencial de la configuración de los intermediarios digitales y, en particular, de las redes sociales en el sistema norteamericano *vid.* VÁZQUEZ ALONSO, V.: “Twitter no es un foro público...”, *op. cit.*, pp. 475 a 508.

²⁶ Recomendación CM/Rec (2014) 6 del Consejo de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa sobre una “Guía de los derechos humanos para los usuarios de internet” (adoptada por el Consejo de Ministros el 16 de abril de 2014, en la 1197 reunión de delegados de los ministros), Anexo Libertad de expresión e información, ap. 4, p. 9.

²⁷ En este sentido, la STC 8/2022, de 27 de enero (F. Jco. 3), respecto de las redes sociales señala cómo “son distintas las posiciones de quien crea el contenido, de quien lo reproduce haciéndolo suyo o de quien lo traslada sin más y, por supuesto, ninguna de ellas puede confundirse con la posición de la propia empresa que da

Con carácter general cabría distinguir, al menos, la posición de quienes se limitan a proveer de la infraestructura necesaria para el acceso y la transmisión de internet (operadores de redes), la de quienes ofrecen el acceso a la navegación, al correo electrónico o a las páginas web (proveedores de acceso a internet), y la de quienes alojan en sus servidores todo tipo de información que deseen sus usuarios, como es el caso de los servicios en la nube, *YouTube*, *DropBox*, alojadores de páginas web, etc. (proveedores de *hosting*). También, la función de los operadores de salas de chat, de grupos de noticias, titulares de los *blog*, o los buscadores; así como los nuevos modelos de negocio y servicios (que tienen que ver más con el alojamiento y la difusión de contenidos que con la provisión de acceso a Internet de los modelos iniciales) entre los que se encuentran las redes sociales, que permiten a los usuarios la interactuar entre sí, o las plataformas en línea, como subcategoría de los servicios de alojamiento que permiten intercambiar información y efectuar transacciones²⁸.

En esta línea, el Reglamento (UE) 2022/2065 de Servicios Digitales (DSA), que constituye la pieza central de la regulación jurídica europea (con vocación unificadora para todos los Estados) diferencia en su art. 3 entre los prestadores de “servicios intermediarios”, que constituyen su ámbito de aplicación (art. 2 DSA), los siguientes: los de *mera transmisión* (transmiten en una red de comunicación información facilitada por el destinatario o facilitan el acceso a una red de comunicaciones), los servicios de *memoria caché* (transmiten información facilitada por el destinatario del servicio y lleva aparejado el almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información con la finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de estos), y los de *alojamiento de datos* (que almacenan datos facilitados por el destinatario del servicio y a petición de este como) dentro de los cuales se encuentran las plataformas en línea (como las redes sociales o las que permiten celebrar contratos a distancia), que en el apartado i) de dicho precepto se definen como “un servicio de alojamiento de datos que a petición del destinatario, almacena y difunde información al público”.

Esta diferenciación no es tan nítida, si tenemos en cuenta que algunos de los servicios ofrecidos por los intermediarios no aparecen de manera “pura”, sino que frecuentemente el producto ofrecido o la naturaleza de los servicios, resulta ser una combinación de todos o

el soporte a la red social y que puede, eventualmente, establecer algún tipo de filtro preventivo o de supresión de contenidos o suspensión de perfiles, llegado el caso”.

²⁸ “Habida cuenta de las características concretas de los servicios considerados y la correspondiente necesidad de someter a sus prestadores a determinadas obligaciones específicas, es preciso distinguir, dentro de la categoría general de prestadores de servicios de alojamiento de datos que se define en el presente Reglamento, la subcategoría de las plataformas en línea. Cabe definir a las plataformas en línea, como las redes sociales o las plataformas en línea que permiten a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes, como prestadores de servicios de alojamiento de datos que no solo almacenan información proporcionada por los destinatarios del servicio a petición de estos, sino que además difunden dicha información al público a petición de los destinatarios del servicio.” (Considerando 13 DSA)

Una referencia minuciosa y precisa en el ámbito de la Directiva 2000/31, de 8 de junio (DCE) se encuentra en BARRERO ORTEGA, A.: “Responsabilidad de los intermediarios de internet en el derecho de la UE”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 123, 2021, pp. 109 y ss.

alguno de ellos (medio digital que sirve noticias, pero al tiempo facilita un espacio de intercambio de opiniones de los usuarios²⁹). El Reglamento prevé esta realidad e introduce como factor de distinción que la actividad en que consiste cada servicio sea principal (por todos, *vid.* Considerando 41 y art. 3 DSA) dentro del producto que se ofrece.

En este sentido, resulta crucial identificar el tipo de servicio que cada tipo de intermediario lleva a cabo para poder identificar las diferentes obligaciones de diligencia y exigencia de responsabilidad. Esto resulta particularmente relevante en relación con aquellos que tienen que ver con la difusión de contenidos de terceros, sobre todo, en aquellos casos donde su actuación no es neutra (respecto de esos contenidos) y la norma no reconoce una exención de responsabilidad sino, a lo sumo, una exención condicionada. Un condicionamiento de responsabilidad que el Reglamento hace depender del cumplimiento de ciertas obligaciones que tienen que ver no solo con la naturaleza del servicio prestado, sino también, con el mayor o menor grado de incidencia del servicio en los contenidos que se publican o difunden, más allá de la mera intermediación, llevando a cabo algún tipo de control o intervención sobre el contenido³⁰.

El Reglamento europeo (DSA) como marco de regulación horizontal o general (que no afecta a los regímenes específicos como, por ejemplo, los relativos a la protección de datos, derechos de autor, protección de los consumidores y otros, contenidos en el apartado 4 del art. 2 DSA) pretende construir “un entorno en línea seguro, predecible y digno de confianza”³¹ que también fomente “que en el mercado interior surjan y se desarrollen servicios digitales innovadores”³² y, a tal fin, configura un régimen jurídico para los intermediarios digitales para que “se comporten de modo responsable y diligente”, una finalidad que de manera constante el Reglamento pretende equilibrar con la innovación tecnológica.

El estatuto de los intermediarios digitales se integra por facultades y obligaciones de diligencia cumulativas³³ que, como señala el Reglamento (Considerando 41) es importante que se adapten al tipo, el tamaño y la naturaleza del servicio intermediario en cuestión. Es por

²⁹ Ni siquiera los diarios digitales, que progresivamente han ido adquiriendo una configuración más sofisticada, pueden asimilarse de manera general y automática a los analógicos en lo tocante al sistema de responsabilidad en la medida, sobre todo, en que incorporan espacios de interacción entre los usuarios. En este servicio, difiere notablemente su posición respecto de la que mantiene sobre los contenidos propios y la responsabilidad sobre los comentarios que los lectores puedan insertar en los espacios abiertos que pone a disposición. Un interesante y profundo estudio sobre el estatuto de los diarios digitales y su responsabilidad por contenidos de sus usuarios se encuentra en ARRESE IRIONDO, M. N.: “La responsabilidad de los diarios digitales por los comentarios de sus usuarios”, *RVAP*, núm. 99, 2014, pp. 387 a 414.

³⁰ En este mismo sentido *vid.* BARRERO ORTEGA, A.: “Responsabilidad de los intermediarios de internet...”, *óp. cit.*, p. 114.

³¹ El Reglamento de Servicios Digitales, en su Considerando 3, lo expresa con claridad: “Es esencial que los prestadores de servicios intermediarios se comporten de modo responsable y diligente para crear un entorno en línea seguro, predecible y digno de confianza, y para que los ciudadanos de la Unión y otras personas puedan ejercer los derechos garantizados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»), en particular la libertad de expresión y de información, la libertad de empresa, el derecho a la no discriminación y la garantía de un nivel elevado de protección de los consumidores.” *Vid.* también el art. 1.1 DSA.

³² *Vid.* Considerando 4 DSA.

³³ El carácter cumulativo de estas obligaciones se reconoce en el Considerando 41 cuando dispone que “en la medida en que los prestadores de servicios intermediarios pertenezcan a varias de las diferentes categorías en función de la naturaleza de sus servicios y de su tamaño, deben cumplir con todas las obligaciones correspondientes del presente Reglamento en relación con dichos servicios.”

ello que su determinación normativa atiende no solo a la naturaleza de los servicios prestados, sino también, en el caso de las plataformas en línea o los buscadores, a su tamaño, medido en términos de usuarios³⁴; unas consideraciones que tratan de captar, según se desprende de dicha norma, la potencial capacidad para crear especiales riesgos a través de la difusión de contenidos ilícitos y socialmente nocivos³⁵.

Esta configuración jurídica de la posición de los intermediarios, en particular de las plataformas, se separa del sistema norteamericano, más libertario, donde al amparo de la sección 230 de la *Communications Decency Act*, los intermediarios gozan de una amplia discrecionalidad fruto de la conjugación de un régimen de exención de responsabilidad por la difusión de contenidos de terceros, con la libertad de exclusión o censura de esos mismos contenidos, lo que provoca importantes contradicciones³⁶ (a las que, por cierto, tampoco escapa la regulación europea) .

Es evidente que el paradigma clásico de los medios de comunicación analógicos es difícilmente trasladable en su conjunto a este nuevo escenario, donde entran en juego nuevos factores muy determinantes. En particular, que un pequeño número de grandes corporaciones privadas hayan creado nuevos espacios o cauces de comunicación configurando una “nueva realidad” digital, pone de relieve las dificultades de gestionar adecuadamente la simbiosis entre la naturaleza privada de estos intermediarios que ejercen su función de manera casi monopolística, y el aspecto público o el interés general de los servicios que ofrecen, nada menos que espacios de comunicación globales y accesibles, socialmente generalizados.

Como señala V. VÁZQUEZ, en un profundo estudio sobre el modelo norteamericano, “una vez descubierto el velo de la pretendida neutralidad técnica de las grandes corporaciones de Internet” estas ya no pueden ser consideradas ya como meras empresas privadas, sino que hay que considerar una naturaleza híbrida muy marcada. Esta consideración permite avanzar en la exigencia de un régimen de responsabilidad más estricto que supere una posición altamente ventajosa conformada por lo mejor de cada uno de los estatutos, público y privado, y tiene su correlato en un estatuto jurídico, mucho más complejo que el propio de los medios de comunicación analógicos, no solo por la propia idiosincrasia del ámbito digital (inmediatez, globalidad, almacenamiento de datos) sino porque se trata de realidades diferentes.

Esto no significa, a mi modo de ver, que el recurso a los modelos y soluciones con los que venimos operando, adoptadas en el ámbito de los medios de comunicación analógicos, no resulten útiles en este ámbito; antes bien, la lógica jurídica que les subyace está directamente ligada a la conformación de las libertades comunicativas³⁷, y esta creo que es precisamente, en el ámbito digital, una cuestión abierta.

³⁴ Las plataformas y los motores de búsqueda en línea de “muy gran tamaño” son empresas que llegan individualmente a más del 10 % de la población de la UE, que se estima, aproximadamente, en 45 millones de personas

³⁵ *Vid.* Considerandos 2 y 5 DSA.

³⁶ VÁZQUEZ ALONSO, V.: “La censura privada...”, *op. cit.*, p. 112.

³⁷ Por otro lado, *mutatis mutandis*, algunas de estas espinosas cuestiones relativas a la integración de la vertiente pública y privada de los medios de comunicación ya se plantearon en su momento en el ámbito analógico.

3.2 La necesidad de definir y embridar la posición jurídica de los intermediarios en relación con la difusión de contenidos: el Reglamento Europeo de Servicios Digitales, de 19 de octubre de 2022 (DSA)³⁸ como nuevo paradigma regulatorio europeo

Los servicios de intermediación digital aportan innumerables ventajas y oportunidades de muy diverso tipo en el ámbito comunicativo, pero, al mismo tiempo, configuran uno de los espacios donde se presentan mayores posibilidades de colisión de derechos y posibilidad de elusión de responsabilidad por los daños ocasionados en el ejercicio de sus funciones.

Contenidos claramente ilícitos como la distribución de pornografía infantil, la difusión de contenidos difamatorios o violentos, la transmisión de informaciones falsas con repercusión directa en la salud o la seguridad, entre otras conductas, no solo pueden “viralizarse” en cuestión de segundos entre un número incontable de personas más allá de las fronteras físicas, sino también, alcanzar cierta indelebilidad permaneciendo accesibles durante mucho tiempo.

La precitada STC 8/2022, recaída en un asunto relativo a la lesión del derecho al honor en redes sociales, haciéndose eco de la jurisprudencia del TEDH (por todas, SSTEDH *Ahmet Yildirim c. Turquía*, de 18 de diciembre de 2012, § 48, y *Times Newspapers Ltd. c. Reino Unido*, de 10 de marzo de 2009, asunto núms. 1 y 2, § 27) recuerda que no cabe duda de que las libertades de comunicación también se ejercitan a través de las herramientas que facilita Internet y son susceptibles de verse limitadas por el poder público allí donde se prevén también límites para el ejercicio de estas fuera del contexto de Internet. Una idea que se encuentra en el trasfondo de la regulación europea hasta hoy en día.

La idea de que el contenido ilícito en la Red debe ser un reflejo del que está vigente en el entorno fuera de línea y la posibilidad de que el poder público pueda establecer limitaciones traducen, a grandes rasgos, la evolución normativa europea como respuesta a algunos de los riesgos generados en el entorno digital, tratando de embridar la posición jurídica de los intermediarios tecnológicos, corporaciones privadas que, desde una posición *de facto* monopolística³⁹ y fuertemente dominante, actúan en este ámbito (en palabras de Villaverde, que rescata la gráfica expresión de Ferrajoli⁴⁰) como “poderes salvajes” en el sentido de que

³⁸ Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales (Reglamento de Servicios Digitales), también conocido por sus siglas en como DSA (denominación abreviada que utilizaré en adelante).

³⁹ Esta posición dominante se presta, además, a prácticas monopolísticas *de iure* y a alteraciones del régimen de la competencia, algunas de las cuales se encuentran *sub iudice*. En este sentido, la Ley de Mercados Digitales (*Digital Market Act*, conocida por sus siglas en inglés, DMA) es uno de los ejes de la estrategia digital europea. Efectivamente, el Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales), conforma junto con la citada DSA el paquete regulatorio europeo del espacio digital que tiene por finalidad crear un marco uniforme para todos los estados miembros para lograr un espacio digital más seguro en el que se protejan los derechos fundamentales de los usuarios, y establecer unas condiciones de competencia equitativas para las empresas. De esta forma, y de manera complementaria, dichas normas abordan la realidad digital atendiendo tanto a su aspecto económico desde el punto de vista de la competencia (DMA) como a la relación de los intermediarios con los usuarios, que es el ámbito específico de la DSA.

⁴⁰ El Prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez titulado “Luigi Ferrajoli. Sobre poder, derecho y democracia hoy: a las cosas por su nombre”, a la traducción del libro de L. Ferrajoli, resulta muy clarificador, en FERRAJOLI, L.: *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Minima Trotta, 2011, pp. 9 a 16.

“crean, recrean y controlan el ciberespacio” y “recurren a ciertos escudos argumentativos para excusar su responsabilidad por los contenidos que difunden a través de sus servicios”⁴¹.

Sin embargo, esta tendencia reguladora no ha sido ni es pacífica en un terreno en el que se reproduce de nuevo un enfoque general entre la alternativa más libertaria y la regulatoria (en sus diferentes grados) y cuyo contraste se pone de manifiesto, sobre todo, en esa “zona gris” conformada por el discurso excesivo difundido públicamente que no cae en la ilicitud (al menos no en el ilícito penal) pero es considerado “socialmente peligroso”. En otros términos, el riesgo reside en el ámbito los contenidos nocivos, pero no ilegales, donde eventualmente la actividad regulatoria o la cesión de facultades de control de los contenidos pueden terminar por restringir de forma más estricta la libertad de expresión⁴². Esto supondría una doble contradicción, no solo porque esto se produciría en un entorno que, paradójicamente, nació precisamente como entorno abierto, sino que, además, entraría en contradicción con el principio de que “lo que es ilegal *off line*, debería serlo en la Red”, con lo que se busca evitar la exención de responsabilidad en este ámbito.

En este sentido, la alternativa europea ha ido recorriendo el camino hacia una regulación progresiva de la Red y el establecimiento de límites considerando el espacio digital como espacio público o cuasi público (o, más estrictamente, diferenciando grados de publicidad o privacidad de espacios) abordando la necesaria protección de los derechos para evitar “que las personas se vean sujetas a injerencias ilícitas, innecesarias o desproporcionadas en el ejercicio de sus derechos fundamentales” (Recomendación CM/Rec., 2014).

Esta opción reguladora no está exenta de dificultades de diversa índole como, por ejemplo, la naturaleza híbrida de los intermediarios y el respeto a su condición privada, o las fuertes implicaciones económicas (como acertadamente apunta BARRERO ORTEGA, una opción precedida de un intenso debate socioeconómico, sin perjuicio de las implicaciones jurídicas⁴³), la naturaleza del medio (inmediatez, volumen velocidad de transmisión, anonimato de los agentes, carácter transfronterizo, etc.) así como también, la lejanía “práctica” en la que se encuentran los intermediarios respecto de los usuarios, pero también, respecto de los poderes públicos.

No está de más hacer notar que, desde el comienzo, la determinación del sistema de responsabilidad (y su mayor o menor severidad) pretendía no desincentivar a los intermediarios y proveedores y su inversión en nuevas aplicaciones que mejoren el funcionamiento de la Red (un criterio duramente cuestionado por VILLAVERDE, quien aboga por recuperar un

⁴¹ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: “Libertad de expresión, anonimato y ciberespacio”, en VVAA: *Derecho y nuevas tecnologías*, Luis Antonio FERNÁNDEZ VILLAZÓN (coord.), Universidad de Oviedo, Aranzadi, 2020, p. 301. Esta misma idea constituye el hilo conductor y se encuentra desarrollada de forma más general en VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: *Los poderes salvajes. Ciberespacio y responsabilidad por contenidos difamatorios*, Marcial Pons, 2020.

⁴² De materializarse esta eventual divergencia, cabría plantear si este nuevo “espacio público” digital reviste suficientes diferencias como para justificar la matización el régimen general *off line que*, en todo caso, no puede alterar el núcleo de protección de la libertad de comunicación. De cualquier forma, es evidente que la interacción social que se produce en este entorno, el potencial de difusión del contenido publicado, o el papel de los intermediarios digitales en relación con los usuarios (entre otras características), difieren notablemente del medio analógico, y del papel de los medios de comunicación y sus relaciones con quienes se expresan a través de ellos y, también, con sus lectores.

⁴³ BARRERO ORTEGA, A.: “Responsabilidad de los intermediarios...”, *óp. cit.*, p. 109.

planteamiento constitucional⁴⁴). También que uno de los objetivos de la Unión Europea es la construcción de un mercado único en el que los agentes económicos operen bajo unas mismas reglas de juego, sin obstáculos transfronterizos, restricciones al comercio o burocracia enervante⁴⁵.

Esta regulación jurídica pretende establecer un marco que describa la actuación responsable y diligente de quienes operan en la red a fin de conseguir un entorno en línea seguro, predecible y digno de confianza (DSA, Considerando 3) y pretende crear un paradigma específico a través de normas que se pretende sean uniformes en toda la UE, proporcionadas, y eficaces.

Un primer paso relevante en esta línea de regulación de la actividad de los intermediarios digitales fue la Directiva 2000/31⁴⁶, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, que estableció el andamiaje de la regulación digital que, en buena medida se ha conservado en las normas posteriores para adaptarse a los cambios y a los nuevos modelos de negocio en este ámbito específico que regula el Reglamento (DSA).

El Reglamento (DSA) alude a que veinte años después de la adopción del marco jurídico previsto en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, se han producido novedades que justifican una revisión de este marco normativo. Entre ellas, la aparición de nuevos e innovadores modelos de negocio y servicios, como las redes sociales y las plataformas en línea que permiten a los consumidores celebrar contratos a distancia, la generalización o uso cotidiano de estos servicios por la mayoría de los ciudadanos de la Unión. El contrapunto se encuentra en la necesidad de hacer frente a nuevos riesgos, algunos de ellos consecuencia de comportamientos abusivos que pueden ocasionar daños para los usuarios de esos servicios, las empresas, y la sociedad en su conjunto como, por ejemplo, el comercio e intercambio de bienes, servicios y contenidos ilegales en línea, o la utilización de sistemas algorítmicos que amplifican la propagación de desinformación.

La norma también se refiere a cómo los Estados han ido adoptando de manera progresiva progresivamente la progresiva un número creciente de normas de Derecho nacional en esta materia imponiendo requisitos de diligencia a los prestadores de servicios intermediarios para hacer frente a los contenidos ilícitos, la desinformación y otros riesgos para la sociedad. Sin embargo, atendiendo al carácter transfronterizo de Internet, la regulación nacional puede ocasionar divergencias que pueden afectar negativamente el mercado interior como espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías y servicios y la libertad de

⁴⁴ Afirma que una forma de ofuscar el análisis es, justamente, plantearlo como un conflicto de intereses de las personas y sus derechos, y el desarrollo de la sociedad de la información. En este sentido se pregunta “si hasta la fecha ningún interés económico o empresarial ha sido considerado un límite inexorable para los derechos fundamentales de terceros (hasta el punto de vaciarlos por completo de contenido), ¿por que han de serlo los de la sociedad de la información?”, *cfr.* VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: *Los poderes salvajes. Ciberespacio...*, *op.cit.*, pp. 31 a 34.

⁴⁵ BARRERO ORTEGA, A., “Responsabilidad de los intermediarios...”, *op. cit.*, p. 110.

⁴⁶ 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”). Esta Directiva fue transpuesta en España por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI).

establecimiento están garantizadas (artículo 26 TFUE)⁴⁷. En este sentido, el Reglamento, además de afrontar los retos señalados, aspira a unificar la regulación jurídica en esta materia: a aportar un conjunto único y uniforme de normas que trata de ofrecer nueva protección a los usuarios y seguridad jurídica a las empresas en el mercado único europeo.

En líneas generales, la DSA se dirige a regular la actividad de los *servicios* intermediarios⁴⁸ ofrecidos a destinatarios que tengan su lugar de establecimiento o estén situados en la Unión, con independencia de dónde tengan su lugar de establecimiento dichos intermediarios (art. 1.1 DSA).

En relación con su responsabilidad, el Reglamento mantiene en líneas generales los conceptos basilares de la normativa anterior si bien, incorpora, entre otras novedades, importantes obligaciones previas de diligencia, publicidad y transparencia informativa, así como procedimientos de notificación y actuación, medidas de suspensión, garantías de los usuarios, gestión de riesgos, etc., instrumentos con los que se persigue crear un entorno más seguro (y predecible) para empresas y usuarios. Respecto de estos, la finalidad perseguida es la de dotarles de un mayor control sobre los productos (mayor seguridad y cumplimiento de estándares de calidad) y los contenidos que se difunden en línea (incluida la publicidad personalizada, la dirigida menores o la publicidad segmentada utilizando datos especialmente protegidos). Frente a los contenidos ilícitos y nocivos la Ley ofrece mecanismos rápidos y eficaces de denuncia y retirada, y un mayor respeto a los derechos de los usuarios.

El Reglamento, como se señala en su art. 1. 2, apartados a) y b), establece un marco armonizado para la exención condicionada de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios. También, normas sobre obligaciones de diligencia debida, adaptadas a las diversas categorías de estos servicios.

En líneas generales, el nuevo Reglamento mantiene los principios básicos y el modelo de inmunidad o exención de responsabilidad condicionada (“*safe harbor*”) de los intermediarios por la difusión de contenidos ilícitos que recogía la Directiva 2000/31/CE, justificándolo en que esto “ha hecho posible que en el mercado interior surjan y se desarrollen muchos servicios novedosos”. Este modelo de exención condicionada al cumplimiento de ciertas obligaciones (ahora establecidas en función de la tipología del servicio que los intermediarios presten⁴⁹ así como, también, de su tamaño) incluye algunas importantes novedades fraguadas al ritmo de la evolución jurisprudencial del TJUE y TEDH. También trata de colmar algunas

⁴⁷ Cfr. Considerandos 1 y 2 del Reglamento DSA.

⁴⁸ Estos intermediarios en línea prestan servicios como proveedores de servicios de internet, servicios en nube, mensajería, mercados o redes sociales.

⁴⁹ De conformidad con el art. 3g) DSA, a los efectos del Reglamento, se entenderá por “servicio intermediario”, uno de los siguientes servicios de la sociedad de la información: a) el servicio de “*mera transmisión*”, consistente en transmitir, en una red de comunicaciones, información facilitada por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones, b) el servicio de “*memoria caché*”, consistente en transmitir por una red de comunicaciones información facilitada por el destinatario del servicio, que conlleve el almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, prestado con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de estos, y c) el servicio de “*alojamiento de datos*”, consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio y a petición de este.

Las plataformas digitales, a las que nos referimos más específicamente en este trabajo son una subcategoría de los servicios de alojamiento.

laguna y persigue favorecer la uniformidad normativa en todo el ámbito europeo⁵⁰ a la vista de las divergencias en la transposición y aplicación de la Directiva en el ámbito nacional⁵¹.

Resulta interesante destacar desde este momento que, como señala la propia DSA, las normas que recoge solo determinan *cuándo no* se pueden exigir responsabilidades al prestador de servicios intermediarios en relación con los contenidos. La determinación de cuándo esta responsabilidad es exigible al prestador, corresponde a las normas aplicables del Derecho de la Unión o al Derecho nacional (Considerando 17).

El concepto de “contenido ilícito”, pese a ser central, no se encuentra definido en el Reglamento, sino que incluso se puede afirmar que es un concepto muy indeterminado en este contexto, con los evidentes riesgos que ello supone. La referencia general del art. 3 h) DSA⁵² remite la ilicitud al “incumplimiento del Derecho de la Unión o de cualquier Estado miembro”, dejando abierta la posibilidad de que dicho ilícito tenga una naturaleza jurídica diversa⁵³.

Como orientación general, el Reglamento alude a la voluntad de trasladar al entorno digital la consideración de la ilicitud *off line*, y recurre a una definición “de manera amplia” que abarque la difusión de contenidos, productos y servicios (Considerando 12). Esta cuestión es particularmente compleja si tenemos en cuenta la naturaleza transnacional de Internet, y las diferencias regulatorias en los distintos Estados (aun cuando la regulación europea actúe como un factor uniformador). También, que la ilicitud o contravención normativa, para ser más precisos, puede revestir muchos grados (el Reglamento se refiere a los “riesgos sistémicos” derivados de la información ilícita diseminada por las grandes plataformas), y puede tener muy distinta naturaleza jurídica, no solo penal⁵⁴, que es la que quizá puede resultar la más evidente a ojos de los usuarios y de las propias plataformas.

El escenario se complica aún más si tenemos en cuenta que, como efecto de un modelo en que confluye regulación y autorregulación, las plataformas tienen un amplio margen

⁵⁰ Esta necesidad de poner al día la Directiva, tras más 20 años de experiencia, se materializa en la referencia expresa de algunas sentencias como la STS 735/2022, de 28 de febrero (recaída en un asunto sobre suspensión de la cuenta de Twitter del partido político Vox) cuando se refiere a “lo *insatisfactorio que, tanto en lo procedimental como en lo material, es el escaso tratamiento legal de ese poder censor que se reservan contractualmente las redes sociales*, erigidas hoy día en medios de difusión masiva de todo tipo de contenidos, también políticos, con un poder e influencia manifiestos en tiempos electorales. E insatisfactoria es, también por su escasez, la regulación de la potestad de control atribuida a la Administración electoral” (F. Jco. 10).

⁵¹ Cfr. Considerando 16.

⁵² Art. 3 h) DSA: “toda información que, por sí sola o en relación con una actividad, incluida la venta de productos o la prestación de servicios, incumpla el Derecho de la Unión o el Derecho de cualquier Estado miembro que cumpla el Derecho de la Unión, sea cual sea el objeto o carácter concreto de ese Derecho”.

⁵³ En particular, la DSA clarifica que la ilicitud de la que deriva la responsabilidad no solo abarcaría la difusión de los contenidos ilícitos considerados en sí mismos (y cita expresamente los delitos de incitación al odio o los contenidos terroristas y los contenidos discriminatorios ilícitos), sino también, aquellos que las normas aplicables consideren ilícitos por estar relacionados con actividades ilícitas como, por ejemplo, el intercambio de imágenes de abuso sexual a menores o el acoso en línea.

En el Reglamento también se refiere a los contenidos “manifiestamente ilícitos” cuando sea evidente para una persona legítima en la materia, sin un análisis de fondo, que dicho contenido es ilícito (Considerando 63).

Pese a que la mención expresa de ilicitud en el texto, por definición o a través de ejemplos, se refieren lógicamente a la ilicitud penal, la generalidad de la referencia abarca otros ilícitos como, desde luego, el ilícito civil, sobre todo si pensamos en atentados al honor, la intimidación o la imagen.

⁵⁴ Sin embargo, la DSA se refiere a cómo los contenidos “manifiestamente ilícitos” (Considerando 53) y esa percepción, desde luego, es mucho más clara en el ámbito penal.

para incidir en la libertad de expresión porque utilizan un doble parámetro. Ello porque no solo se les confieren facultades exclusión de contenidos ilícitos, sino que también pueden operar de este modo en relación con aquellos que sean “incompatibles con las condiciones generales”⁵⁵ que ellas mismas establecen (Cdos. 54 y 84, entre otros).

La exención de responsabilidad de los intermediarios (de servicios de mera transmisión-art. 4 DSA⁵⁶-, memoria *caché*-art. 5 DSA⁵⁷- o de alojamiento de datos –art. 6 DSA⁵⁸-) que les permite alcanzar el *puerto seguro*, se condiciona a que su papel haya sido “neutro” respecto de los contenidos que difunden o almacenan (es decir, una función meramente técnica o automática) y, además, en los dos últimos casos, a que una vez tengan conocimiento de la ilicitud del contenido, proceden “con prontitud” al bloqueo de acceso o a su retirada (que deben llevarse a cabo respetando los derechos fundamentales de los destinatarios del servicio, incluido el derecho a la libertad de expresión y de información⁵⁹).

Contrario sensu, la exención de responsabilidad lógicamente no entrará en juego cuando el prestador de servicios intermediarios desempeñe un papel activo de tal índole, que le permita conocer dicha información o tener control sobre ella. En consecuencia, no cabe acogerse a dichas exenciones cuando la responsabilidad se derive no de la información proporcionada por el destinatario del servicio, sino que proceda del propio servicio intermediario como, por ejemplo, cuando la información se haya elaborado bajo la responsabilidad editorial (Considerando 18 DSA), o cuando el prestador de servicios intermediarios colabore deliberadamente con un destinatario del servicio a fin de llevar a cabo actividades ilícitas (Considerando 20 DSA).

El “conocimiento efectivo” marca la obligación de actuación diligente para proceder al bloqueo o la retirada de contenidos ilícitos, y esta obligación de diligencia va a marcar la pauta de la responsabilidad⁶⁰.

⁵⁵ Art. 3 u) DSA: “condiciones generales: todas las cláusulas, sea cual sea su nombre y forma, que rijan la relación contractual entre el prestador de servicios intermediarios y los destinatarios del servicio”.

⁵⁶ El art. 4 DSA excluye la responsabilidad al servicio de mera transmisión cuando este intermediario no haya originado él mismo la transmisión, ni seleccione al receptor de la transmisión, ni tampoco seleccione ni modifique la información contenida en la transmisión.

⁵⁷ Los servicios intermediarios de memoria *caché* están exentos, conforme señala el art. 5 DSA, cuando no modifiquen la información, cumpla las condiciones de acceso y actualización de la información, no interfiera en la utilización lícita de tecnología y actúe *con prontitud* para retirar o bloquear la información almacenada en cuanto tenga conocimiento efectivo de que la información contenida en la fuente inicial de la transmisión ha sido retirada de la red o se ha bloqueado el acceso.

⁵⁸ De forma análoga, para el caso de servicios intermediarios de alojamiento de datos, el art 6 DSA exige para que concurra la exención, que el intermediario no tenga conocimiento efectivo de una actividad ilícita o de un contenido ilícito y, en lo que se refiere a solicitudes de indemnización por daños y perjuicios, no sea consciente de hechos o circunstancias que pongan de manifiesto la actividad o el contenido ilícito, y en cuanto tenga conocimiento o sea consciente de ello, el prestador de servicios actúe *con prontitud* para retirar el contenido ilícito o bloquear el acceso a este.

⁵⁹ *Cfr.* Considerando 22 DSA.

⁶⁰ *Vid.* TERUEL LOZANO, G. M.: “Libertad de expresión, censura y pluralismo en las redes sociales: algoritmos y el nuevo paradigma regulatorio europeo”, en *Derecho público de la inteligencia artificial*, Balaguer Callejón, E. y Cotino Hueso, L. coords., Fundación Manuel Giménez Abad, 2023, pp. 197 y ss.

Acertadamente G. TERUEL aprecia cómo la jurisprudencia ha tenido en cuenta otros criterios como el *ánimo de lucro* (STJUE de 8 de septiembre de 2016, GS Media BV, § 51, en relación con los hipervínculos) para apreciar (en este caso, ampliar) el grado de la obligación de diligencia.

La apreciación de concurrencia del conocimiento efectivo se ha interpretado ampliamente por la jurisprudencia con la finalidad de involucrar más a los prestadores de servicios en el control de las infracciones. Aunque inicialmente la apreciación del conocimiento por parte del intermediario se vinculaba a la preexistencia de una resolución de un órgano (judicial o administrativo) declarativa de la lesión o el daño, con el paso del tiempo, el TJUE y los tribunales nacionales han venido aceptando otras vías a través de las que se considera que se posee el conocimiento del acto ilícito como, por ejemplo, con la solicitud de retirada por parte del perjudicado o por las fuerzas y cuerpos de seguridad, o también, cuando concurren hechos o circunstancias por las que se puede inferir lógicamente⁶¹. Haciéndose eco de esta interpretación amplia, la DSA (Considerando 22) admite que “el conocimiento o la consciencia de actividades o contenidos ilícitos” puede provenir, entre otras, de investigaciones propias, notificaciones recibidas de personas físicas o entidades de conformidad con el Reglamento (si son suficientemente precisas, indican claramente la localización del contenido, y están adecuadamente fundamentadas para que un operador económico diligente, de manera razonable, pueda detectar y evaluar el contenido presuntamente ilícito). Cuando una notificación contenga información suficiente para permitir a un prestador diligente determinar, sin un examen jurídico detallado, que el contenido es manifiestamente ilícito, debe considerarse que la notificación da lugar a un conocimiento efectivo o consciencia del carácter ilícito (Considerando 53 y art. 16 DSA).

Este esquema de exención de responsabilidad no se ve afectado (como señala el art. 7 DSA) por el hecho de que los intermediarios, de buena fe y de modo diligente, lleven a cabo voluntariamente investigaciones por propia iniciativa o adopten medidas con el fin de detectar, identificar y retirar o bloquear contenidos ilícitos. Con ello se pretende crear seguridad jurídica, pero también, evitar desincentivar las actividades que, voluntariamente los prestadores desarrollen a fin de detectar e identificar contenidos ilícitos y actuar contra ellos, por ejemplo, a través del filtrado.

Pero esto no significa, como dice el art. 8 del Reglamento, que este deber de diligencia se traduzca en una obligación general de monitorización de contenidos ni de buscar proactivamente hechos o circunstancias que indiquen la existencia de actividades ilícitas. La exigencia de responsabilidad a los intermediarios por la difusión o alojamiento de contenidos ilícitos de terceros parte de la base de la imposibilidad de exigirles que conozcan o controlen todos los contenidos que gestionan (tanto por su ingente volumen como por la necesaria inversión de recursos) en la medida en que, respecto de estos contenidos, los intermediarios digitales adoptan una posición pasiva o neutra⁶² y no participan en su elaboración. También, en la

⁶¹ Cfr. BARRERO ORTEGA, A.: “Responsabilidad de los intermediarios...”, *óp. cit.*, p. 119.

⁶² *Contrario sensu*, el Considerando 20, determina que cuando un prestador de servicios intermediarios colabore deliberadamente con un destinatario del servicio a fin de llevar a cabo actividades ilícitas, se ha de considerar que el servicio no se ha prestado de forma neutra y, por tanto, el prestador no debe poder acogerse a las exenciones de responsabilidad establecidas en el presente Reglamento.

A este respecto aclara que el mero hecho de que un servicio ofrezca transmisiones cifradas o cualquier otro sistema que impida la identificación del usuario no debe considerarse en sí mismo que facilite actividades ilícitas.

finalidad de mantener un sistema abierto a la innovación tecnológica (como se refiere expresamente en los Considerandos 4, 9 y 109) y evitar otros efectos perversos derivados de una acogida de un principio de responsabilidad general.

Efectivamente, la eventual imposición de una obligación de vigilancia de esta naturaleza presentaría, al menos, dos tipos de problemas: por un lado, el del coste y la posibilidad efectiva de llevar a cabo esa vigilancia por parte de los intermediarios (habida cuenta del ingente volumen de datos) y, por otro, el de fomentar indirectamente la censura colateral y la restricción previa de contenidos por parte de estas corporaciones privadas para evitar la eventual sanción por la difusión de contenidos ilícitos (prefiriendo pecar, desde el punto de vista de la libertad de expresión, por exceso, que no por defecto)⁶³. También, como señala ARROYO AMAYUELAS, un deber de diligencia como deber de vigilancia permanente equivaldría en la práctica a establecer la responsabilidad objetiva del intermediario⁶⁴ que desincentivaría su actividad de búsqueda y actuación contra contenidos ilegales, en detrimento de un entorno digital más limpio y seguro.

Sobre esta actividad el Reglamento solo alude a que este monitoreo debe desarrollarse con *buena fe* y *diligencia*, esto es, de manera *objetiva*, *no discriminatoria* y *proporcionada*, teniendo debidamente en cuenta los derechos e intereses legítimos de todas las partes implicadas, y proporcionando las garantías necesarias para actuar contra la retirada injustificada de contenidos lícitos (Considerando 26).

En apoyo de esta solución se apela a que una solución en sentido opuesto probablemente abocaría a que los intermediarios, como autodefensa, adoptaran medidas más restrictivas del discurso con el fin de evitar la sanción produciendo con ello un efecto de “censura colateral”. Sin embargo, tampoco se puede ocultar que incentivar la monitorización o el filtrado lleva aparejados algunos inconvenientes importantes como el de la intervención privada de las grandes tecnológicas en el libre flujo de internet, y su relevante impacto en la libre comunicación, mediante restricciones *directas* (remoción o bloqueo) o *indirectas* (priorización o reducción de visibilidad) de los contenidos.

El ejercicio de esta actividad preventiva frecuentemente deriva de la adhesión voluntaria a códigos de conducta y por lo general se recoge también en las condiciones generales del servicio (arts. 45 a 47 DSA), y sin duda atribuye a las plataformas una importante capacidad de decisión sobre los contenidos de la que directamente no se deriva responsabilidad.

La estructura de la DSA responde a la lógica con la que sistematiza el complejo sistema de responsabilidad que ella misma prevé. Aunque un estudio pormenorizado excede con mucho al propósito de este trabajo, sí resulta útil una somera referencia a algunos aspectos generales que pueden contribuir a explicar el sistema de responsabilidad de los intermediarios digitales y la lógica a la que responde.

En el Capítulo I (arts. 1 a 3) se hace referencia a las disposiciones generales relativas al objeto, ámbito de aplicación, y define la terminología utilizada a lo largo del texto,

⁶³ BARATA MIR, J.: “Libertad de expresión, regulación y moderación privada de contenidos”, *Teoría y Derecho*, n. 32, 2022, p. 101.

⁶⁴ ARROYO AMAZUELAS, E.: La responsabilidad de los intermediarios en internet ¿puertos seguros a prueba de futuro?, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, Nº 1, marzo 2020, p. 823.

Los principios generales se recogen en el Capítulo II (arts. 4 a 10) donde, además se diferencian los distintos tipos de servicio de intermediación: mera transmisión, memoria caché y alojamiento de datos.

El Reglamento configura en su Capítulo III (arts. 11 a 48) bajo el título “Obligaciones de diligencia debida para crear un entorno en línea transparente y seguro, un complejo sistema de obligaciones sobre las que se articula la responsabilidad de los intermediarios.

Los dos últimos capítulos se refieren, respectivamente a la aplicación de la norma, sanciones y ejecución; para terminar con un conjunto de disposiciones finales relativas a su encaje con las disposiciones de la Directiva y a su entrada en vigor.

El grueso de la nueva regulación se contiene en el Capítulo III, donde se plasma un sistema de responsabilidad que prevé obligaciones de diligencia debida asimétricas y cumulativas para los intermediarios en función de la naturaleza de sus servicios, pero también, de su tamaño y de su impacto.

Con este planteamiento, las plataformas en línea, como subcategoría de los servicios de alojamiento (que no solo almacenan información que proveen los usuarios, sino que la difunden al público) están sometidas, en primer término, a un conjunto de obligaciones básicas para todos los servicios ya un conjunto de obligaciones cumulativas, que se van superponiendo en función de sus concretas características, relacionadas con su tamaño

Esta previsión pretende ofrecer una regulación general pro también específica que alcance a la actividad de las grandes tecnológicas que operan como *gatekeepers* o guardianes de acceso a los servicios de internet, de quienes en gran medida depende, entre otras, la exposición de los usuarios a contenidos o servicios ilícitos, de una manera discrecional. Una cuestión que se pretende corregir teniendo en cuenta, además, que el mayor impacto procede de las grandes plataformas que se han convertido en espacios casi públicos para la comunicación y el comercio.

De esta forma, todos los servicios de intermediación están vinculados al cumplimiento de unas obligaciones básicas a las que se acumulan otras específicas para los servicios de alojamiento. Las “plataformas en línea” (que como he señalado es una subcategoría de los servicios de alojamiento) además de las obligaciones indicadas deberían cumplir también con otras específicas, teniendo en cuenta que no solo realizan función de alojamiento de contenido, sino también, de su difusión al público. En un último estrato se sitúan las “plataformas en línea de muy gran tamaño” (y motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño) definidas en el art. 33 DSA que se encuentran sujetas a todas las anteriormente citadas y a algunas otras particulares que atienden precisamente a su especial idiosincrasia.

5. En esta nueva lógica de obligaciones cumulativas, todos los servicios de intermediación tienen que cumplir con las obligaciones básicas previstas en el Reglamento (arts. 11 a 15 DSA) relativas, entre otras, a la designación de puntos de contacto que les permita ponerse en comunicación directamente, por vía electrónica, con las autoridades de los Estados miembros, con la Comisión y con la Junta Europea de Servicios Digitales (art. 61 DSA) y también con los usuarios (art. 12 DSA), la designación de un representante legal por parte de los prestadores que no tengan establecimiento en la UE. También algunos requisitos importantes en relación con la información que debe incluirse en las condiciones generales del

servicio relativas a la restricción de contenidos, las medidas y herramientas de moderación que utilizan, la referencia a si las decisiones se toman por criterios algorítmicos, información sobre la revisión humana de estas decisiones y acerca del sistema interno de gestión de reclamaciones (art. 14 DSA).

En su apartado 4, este último precepto, en relación con las restricciones de contenidos, consagra el deber de actuación de los intermediarios “de manera diligente, objetiva y proporcionada” y “con la debida consideración de los derechos e intereses legítimos de todas las partes implicadas, incluidos los derechos fundamentales de los destinatarios del servicio, como la libertad de expresión, la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación y otros derechos y libertades fundamentales amparados por la Carta”.

También se incluyen obligaciones de transparencia informativa (Considerando 65) como la obligación de presentar informes al menos anuales relativos a su actividad de moderación de contenidos (art. 15 DSA) de las que en algunos de sus términos se excluye, sin embargo, a las microempresas.

Los servicios de alojamiento de datos (incluidas las plataformas en línea) deben cumplir, además, con otras obligaciones (arts. 16 a 18 DSA). En primer término, la necesidad de disponer de mecanismos de denuncia que permitan que cualquier persona física o entidad les notifique acerca de la presencia de los que consideran, a su juicio, contenidos ilícitos. Esto deberán realizarlo de forma concreta y suficientemente motivada.

También se establece (art. 17 DSA) una obligación de los intermediarios de facilitar información detallada y justificada de las medidas restrictivas que adopten en relación con los servicios que prestan a sus usuarios. Así, deberán informar, por ejemplo, en relación con la restricción de la visibilidad de contenidos facilitados por el destinatario del servicio, su eliminación, el bloqueo del acceso a los mismos o su relegación. También, en relación con la suspensión o cesación (total o parcial) del servicio, suspensión o supresión de cuentas o las restricciones de otros servicios, como los pagos monetarios.

También tienen obligación de denuncia de infracciones penales a las autoridades policiales o judiciales nacionales cuando tenga conocimiento de cualquier información que le haga sospechar que “se ha cometido, se está cometiendo o es probable que se cometa” un delito que implique una amenaza para la vida o la seguridad de una o más personas (art.18 DSA).

A las plataformas en línea⁶⁵, en un tercer nivel de obligación (de la que el Reglamento excluye a las pequeñas empresas y microempresas) se les imponen, además, obligaciones novedosas e importantes como la de facilitar a los usuarios un mecanismo interno eficaz de gestión de reclamaciones contra las decisiones de moderación de contenidos adoptadas por las plataformas en línea (art. 20 DSA) con ocasión de una notificación de un ilícito o una contravención de las condiciones generales. Otra obligación novedosa es la que se refiere a

⁶⁵ Hay que tener en cuenta que, conforme a la definición auténtica de “plataforma en línea” que suministra el art. 3 DSA, los servicios de comunicaciones interpersonales definidos en la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, como son los correos electrónicos o los servicios de mensajería privada, quedan fuera del ámbito de la definición, ya que se utilizan para la comunicación interpersonal entre un número finito de personas determinado por el remitente de la comunicación (Considerando 14).

la implementación de un sistema de alertadores fiables (*trusted flaggers*) a cuyas notificaciones se dará prioridad respecto de otras, constituyendo un canal privilegiado en la denuncia de contenidos ilícitos (art. 22 DSA).

Entre otros aspectos la DSA alude en su art. 20 a que las plataformas velarán por que las decisiones motivadas relativas a las reclamaciones interpuestas por los usuarios y la posibilidad de resolución por vía extrajudicial se tomarán bajo la supervisión de personal cualificado y no exclusivamente a través de medios automatizados.

Se prevé un sistema de resolución extrajudicial de conflictos a través de órganos que han de estar certificados por el coordinador de servicios digitales de cada Estado para resolver litigios relativos a las decisiones restrictivas de las plataformas, o para las reclamaciones que no se hayan resuelto a través del sistema interno de tramitación de reclamaciones (art. 21 DSA).

El Reglamento prevé que las plataformas adopten medidas (previa advertencia) contra los destinatarios que con frecuencia suministren contenido ilícito, pero, también, contra quienes realizan notificaciones o reclamaciones manifiestamente infundadas de forma recurrente (art. 23 DSA), lo que posibilita evitar los riesgos de manipulación.

Con respecto a los contenidos, se imponen obligaciones informativas generales relativas a la publicidad comercial (art. 26 DSA) y al modo en que se realiza para que los destinatarios sean capaces de identificar algunos aspectos esenciales. Se prohíbe, además, que las plataformas muestren anuncios basados en la elaboración de perfiles basados en características especiales de los usuarios; particularmente se prohíben los anuncios publicitarios dirigidos específicamente a los niños y se establece específicamente la obligación de protección general de los menores usuarios y, en particular, de su privacidad (art. 28 DSA). Se incluye también, la defensa frente al diseño de interfaces engañosas utilizando “patrones oscuros” que induzcan a error,

manipulen o distorsionen de cualquier modo de forma sustancial la capacidad de los usuarios de sus servicios para tomar decisiones libres e informadas (art. 25 DSA).

Otras obligaciones se refieren a la obligación de transparencia de los parámetros que algunas plataformas utilizan para la recomendación de contenidos, que deberán incluir en sus condiciones generales, así como cualquier opción a disposición de los destinatarios del servicio para modificar o influir en dichos parámetros principales. Como mínimo se referirán a los criterios más significativos que se utilizan a la hora de determinar la información sugerida al destinatario del servicio, y las razones de la importancia relativa de dichos parámetros (art. 27 DSA).

Para las plataformas en línea (VLOP) y motores de búsqueda (VLOSE) de gran tamaño⁶⁶, la DSA prevé un conjunto de obligaciones añadidas que superponen a las anterior-

⁶⁶ La DSA clasifica las plataformas o motores de búsqueda que tienen más de 45 millones de usuarios al mes en la UE como plataformas en línea (*Very Large Online Platforms*) o motores de búsqueda en línea de gran tamaño (*Very Large Online Search Engines*). El 25 de abril de 2023 la Comisión ha hecho la primera designación de estas grandes plataformas en función de los datos del promedio de usuarios proporcionados por ellas mismas;

mente relacionadas atendiendo, como he señalado, a su tamaño y al impacto o nivel de penetración social, pero también, a los eventuales perjuicios que, precisamente por su gran volumen, pueden ocasionar.

La sección 5 del Capítulo III se refiere a ellas como “obligaciones generales de gestión de riesgos sistémicos”. En este sentido, el art. 34.1 DSA se refiere de manera general a los riesgos que se deriven “del diseño o del funcionamiento de su servicio y los sistemas relacionados con este, incluidos los sistemas algorítmicos, o del uso que se haga de sus servicios”.

El art. 34 DSA impone algunas obligaciones importantes como la de llevar a cabo una evaluación de riesgos, y la consiguiente adopción de medidas para reducirlos (art. 35 DSA). En el primer precepto menciona algunos de los “riesgos sistémicos” que, como mínimo, han de ser contemplados: la difusión de contenido ilícito, cualquier efecto negativo real o previsible para el ejercicio de los derechos fundamentales⁶⁷; cualquier efecto negativo real o previsible sobre el discurso cívico y los procesos electorales, así como sobre la seguridad pública; y cualquier efecto negativo real o previsible en relación con la violencia de género, la protección de la salud pública y los menores y las consecuencias negativas graves para el bienestar físico y mental de la persona.

Una relación de contenidos particularmente protegidos, referidos de manera amplia e indeterminada, lo que ya fue cuestionado a la vista del borrador como una brecha que podía ocasionar problemas desde el punto de vista de la libertad de comunicación⁶⁸.

Esta regulación merece un estudio detallado que excede al cometido de este trabajo. Es por esto que únicamente voy a enumerar las obligaciones más relevantes que la DSA impone a estas grandes plataformas o motores de búsqueda de gran tamaño como son: el sometimiento, a su costa, a una auditoría anual independiente (arts. 37, 40, y 41 DSA), obligaciones relativas a los sistemas e recomendación y a la limitación de la práctica del perfilado (art. 38 DSA), novedosas obligaciones adicionales de transparencia adicional sobre la publicidad en línea (art. 39 DSA), obligaciones de transparencia informativa (art. 42 DSA), elaborar o sumarse a la aplicación de códigos de conducta (arts. 44 a 47 DSA), entre otras.

Además del reconocimiento formal de otros derechos, una buena parte de estas obligaciones impuestas a los intermediarios constituyen también derechos de los usuarios para cuya exigibilidad se articulan procedimientos de reclamación que, al menos en la teoría, se pretende que sean sencillos y accesibles que constituyen una primera novedosa garantía de su libertad de expresión.

datos que deberán actualizar periódicamente. Se han designado un total de 17 VLOPs (*Alibaba, AliExpress, Amazon Store, Apple AppStore, Booking.com, Facebook, Google Play, Google Maps, Google Shopping, Instagram, LinkedIn, Pinterest, Snapchat, TikTok, Twitter, Wikipedia, YouTube, Zalando*) y 2 VLOSEs (*Bing y Google Search*).

Tomado de: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_2413

⁶⁷ En particular, este precepto de la DSA se refiere expresamente a: la dignidad humana, el respeto de la vida privada y familiar, la protección de los datos de carácter personal, la libertad de expresión e información (incluida la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación), la no discriminación, los derechos del niño y la protección de los consumidores, amparados todos ellos por la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

⁶⁸ En esta línea ver las interesantes observaciones que hace J. Barata en: BARATA MIR, J.: “The Digital Services Act and its impact on the Right to Freedom of Expression: special focus on risk mitigation obligations”, *Plataforma para la Libertad de Expresión (PLI)*, 2021.

Accesible en: <https://libertadinformacion.cc/informe-de-joan-barata-sobre-la-dsa-y-la-libertad-de-expresion-en-internet/>

4. La atribución a las plataformas en línea de facultades de control de contenidos y la necesidad de garantizar las libertades de expresión e información en el contexto digital

Sin duda una de las cuestiones medulares del estatuto de los intermediarios digitales, desde un punto de vista teórico, pero también práctico, es la relativa a su responsabilidad por la difusión de contenidos proporcionados por sus usuarios, y la posibilidad o el deber de actuar en relación con ellos.

Me he referido anteriormente a que en el espacio digital se muestra de una manera particularmente clara la confluencia público-privada desde el punto de vista de los intereses en juego y, también, en el ámbito de la regulación normativa, donde convergen la regulación pública con la privada que procede de las empresas intermediarias.

En particular, la configuración de las redes sociales como foros de dimensión híbrida (VÁZQUEZ ALONSO) añade un plus de complejidad a los conflictos que se suscitan en este ámbito, cuya solución necesariamente contribuirá a delimitar de manera muy intensa el alcance efectivo de las libertades de información y expresión (particularmente de esta última), con todas las dificultades que esto lleva consigo.

En este aspecto resulta interesante hacer notar que la regulación pública de la libertad de expresión en la Red va a venir determinada no solo por las normas (generales o específicas para el entorno en línea) directamente dirigidas a los usuarios que determinan lo que pueden o no pueden hacer, los efectos jurídicos de sus actos, o las eventuales sanciones que correspondan (así, por ejemplo, las normas de propiedad intelectual, las que determinan la responsabilidad civil o penal por expresiones lesivas... *etc.*) sino, también, mediante una “regulación secundaria” integrada por normas que, en primer término, se dirigen a los intermediarios digitales, pero cuyos destinatarios finales son verdaderamente los usuarios. Por tanto, el comportamiento de los usuarios y el alcance del ejercicio de sus libertades de expresión e información va a venir delimitado por esta doble vía. Así, por ejemplo, cuando la norma impone a los intermediarios que adopten medidas para impedir acciones ilícitas de los usuarios o mitigar sus efectos (filtros, *antispam*, *etc.*), cuando se exige a las plataformas que controlen la actividad de sus usuarios, o cuando se les hace responsables de la actividad ilícita de éstos, la norma no persigue tanto regular la actividad de los intermediarios, sino reforzar el cumplimiento de los límites y obligaciones por parte de los usuarios. Una tarea para la que la colaboración del intermediario resulta muy relevante y le coloca en una posición “vicarial” (V. VÁZQUEZ) o delegada respecto del Estado lo que, sin perjuicio de que sea una solución práctica, sino también, casi el único recurso de actuación eficaz en la Red, tiene como contrapartida el riesgo de debilitamiento de las garantías de los ciudadanos en el ejercicio de sus libertades comunicativas de expresión e información, así como de modulación del discurso público.

Esta interposición de los intermediarios digitales en el aspecto regulatorio trata de sortear las dificultades derivadas, por ejemplo, del gran tamaño de algunas comunidades, del inconveniente de rastrear la identidad de los participantes, o asumir los costes e incertidumbres de la reclamación judicial. Por otro lado, también aprovecha la cercanía de los intermediarios respecto de los usuarios así como su capacidad efectiva de influencia en la actividad

de éstos, por ejemplo, alentando unos comportamientos o desmotivando otros (SARTOR y LOREGGIA)⁶⁹. De este modo, como señala BARATA, no solo el Estado, sino también las plataformas, tienen el poder de dar forma y regular el discurso en línea más allá de las disposiciones legales y estatutarias de una manera muy poderosa⁷⁰.

4.1 La eufemística “moderación de contenidos”

Un ejemplo de esta “regulación secundaria” que aprovecha el papel de intermediación para regular la actividad de los usuarios, es la atribución a las plataformas de la facultad de moderación de contenidos, conceptualizada como la “gobernanza activa de las plataformas destinada a garantizar, en la medida en que sea razonablemente posible, una interacción productiva, pro-social y lícita de los usuarios” a fin de prevenir los comportamientos ilícitos y nocivos en línea, o al menos mitigar sus efectos⁷¹.

Como señala BARATA MIR esta previsión normativa se inscribe en la tendencia o la percepción mayoritaria de que las plataformas “tienen que hacer más” respecto de la diseminación de contenidos nocivos en internet (como las conductas antisociales o las campañas de desinformación) en orden a su detección y remoción⁷².

Como justificación de la atribución de esta importante facultad (y auto-atribución o reserva contractual) se alude a que un espacio de comunicación e interacción social tan abierto puede llenarse de interferencias que terminen por crear un espacio caótico y poco atractivo. Los peligros de “cacofonía” creada por las informaciones redundante o irrelevantes o el *spam*, pero, sobre todo, los mensajes dañosos o abusivos (mucho más si son contrarios a la ley) además del daño concreto, perturban la consecución de un entorno libre de abusos y agresiones, que facilite la cooperación entre los comunicantes. En este sentido, se ha puesto de manifiesto cómo el paradigma del libre “mercado de las ideas”, según el cual, el remedio contra las falsedades y falacias es más discurso, no el silencio forzado, se ha venido progresivamente abandonando en el entorno *online*, donde no existe un incentivo para la autocontención por parte de los usuarios. Como contestación a este planteamiento, desde una lógica liberal, se alude a la paradoja de que tanto la apertura como la dimensión global de estos espacios de comunicación, en teoría permitirían una contestación mucho más amplia e inmediata a este tipo de discursos, si atendemos al número de participantes que interactúan en la Red⁷³.

La importancia de esta facultad, ha de apreciarse no sólo respecto de los efectos que su ejercicio comporta o de su potencialidad para dar forma y regular fuertemente el discurso en línea más allá de las disposiciones de la legislación nacional⁷⁴, sino también, desde la óptica del prestador de servicios de alojamiento, en la medida en que la retirada o el bloqueo

⁶⁹ SARTOR, G. y LOREGGIA, A.: “The impact of algorithms for online content filtering or moderation”, *Comisión de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo*, 2020, p. 35. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU\(2020\)657101](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2020)657101)

⁷⁰ BARATA MIR, J.: “The Digital Services Act and its impact...”, *op. cit.*, p. 8.

⁷¹ SARTOR, G. y LOREGGIA, A.: “The impact...”, *op. cit.*, p. 19.

⁷² BARATA MIR, J.: “Libertad de expresión, regulación y moderación privada de contenidos”, *Teoría y Derecho*, n. 32, 2022, p. 98.

⁷³ *Cfr.* BOIX PALOP: “La construcción...”, *op. cit.*, p. 105.

⁷⁴ En este mismo sentido, BARATA MIR “Libertad de expresión...”, *op.cit.*, p. 102

de contenidos ilícitos actúa como factor determinante para apreciar su responsabilidad o irresponsabilidad por la difusión de contenidos ilícitos (art. 6. 1.b) DSA).

Efectivamente, en el contexto europeo, la desconfianza respecto a la autorregulación del discurso en la Red y los efectos nocivos de fenómenos como la difusión de contenidos ilícitos o la realización de conductas de esta misma naturaleza⁷⁵, la manipulación o conductas engañosas susceptibles de afectar a los derechos fundamentales protegidos en la Carta⁷⁶, los efectos negativos reales o previsibles sobre los procesos democráticos, el discurso cívico y los procesos electorales, así como sobre la seguridad pública⁷⁷ o las campañas de desinformación⁷⁸ (sobre todo cuando pueden alcanzar un carácter sistémico por efecto de la concurrencia de plataformas de gran tamaño) han motivado la detallada y compleja regulación contenida en la DSA.

Pese a que en un sentido literal el término “moderación” alude a la idea de templanza en las palabras o acciones, ajuste o arreglo, evitando el exceso, lo cierto es que dicha actividad se materializa en medidas que van desde la restricción de visibilidad o la relegación de contenidos hasta su retirada; o también, desde la suspensión del acceso hasta el bloqueo del usuario (art. 17 DSA).

Conforme al art. 3.t) DSA, la “moderación de contenidos” comprende “las actividades, estén o no automatizadas, realizadas por los prestadores de servicios intermediarios, que estén destinadas, en particular, a detectar, identificar y actuar contra contenidos ilícitos o información incompatible con sus condiciones generales, que los destinatarios del servicio hayan proporcionado”.

Entre estas medidas, a modo de ejemplo, se señalan las que afecten a la disponibilidad, visibilidad, y accesibilidad al contenido ilícito, como son: la relegación, la desmonetización de la información, el bloqueo o la supresión, o las que afecten a la capacidad de los destinatarios del servicio de proporcionar dicha información como, por ejemplo, la supresión o suspensión de la cuenta de un destinatario del servicio.

Siendo esto así, y en la medida en que la moderación resulta finalmente una forma de forzar el silencio de ciertos discursos o contenidos, una de las cuestiones más problemáticas

⁷⁵ como “la difusión de materiales de abuso sexual de menores o delitos de incitación al odio, u otros tipos de usos indebidos de sus servicios para cometer delitos, y la realización de actividades ilícitas como la venta de productos o servicios prohibidos por el Derecho de la Unión o nacional, incluidos los productos peligrosos o falsificados o el comercio ilegal de animales” (Considerando 80 DSA).

⁷⁶ “Una segunda categoría se refiere a los efectos reales o previsibles del servicio para el ejercicio de los derechos fundamentales, tal como los protege la Carta, entre ellos, la dignidad humana, la libertad de expresión y de información, incluidos la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo, el derecho a la vida privada, el derecho a la protección de datos, el derecho a la no discriminación, los derechos del niño y la protección de los consumidores” (Considerando 81 DSA).

⁷⁷ *Vid.* Considerando. 82 DSA.

⁷⁸ “Una cuarta categoría de riesgos se deriva de preocupaciones similares relacionadas con el diseño, el funcionamiento o la utilización, también mediante la manipulación, de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño, con un efecto negativo real o previsible en la protección de la salud pública, los menores y graves consecuencias negativas para el bienestar físico y mental de una persona, o en la violencia de género. Estos riesgos también pueden derivarse de campañas coordinadas de desinformación relacionadas con la salud pública, o del diseño de interfaces en línea que puedan estimular adicciones comportamentales de los destinatarios del servicio.” (Considerando 83 DSA).

es la de determinar los márgenes dentro de los cuales esta actividad moderadora o de *organización de los contenidos* generados por los usuarios (es decir, la *moderación de contenidos* en sentido estricto) puede desarrollarse. Por su vital importancia desde el punto de vista de la libertad de comunicación, este margen, está llamado a ser lo más estrecho posible.

La adopción de estas medidas puede ser resultado de un procedimiento que el intermediario abra bien por propia iniciativa cuando tenga conocimiento de la difusión de un contenido ilícito (art. 6 DSA *contrario sensu*), por ejemplo, como resultado de una actividad de monitoreo o filtrado. Pero también, a instancia “de cualquier persona” (art. 16 DSA), o bien, a petición de la Administración o de la autoridad judicial (art. 9 DSA).

Otra cuestión relevante desde el punto de vista de los usuarios y la libertad de comunicación, es que las decisiones de moderación de los intermediarios se toman, por lo general, a través de herramientas automatizadas, lo que comporta riesgos añadidos si atendemos a que se trata de una labor compleja⁷⁹, que difícilmente puede ser relegada a una gestión algorítmica con las debidas garantías y un mínimo margen de error, aunque materialmente sea, en la práctica, la opción más viable atendiendo al ingente volumen de información que circula en la Red.

La DSA afronta estas dificultades aportando un sistema de garantías graduales en función del tamaño de la plataforma, con las que trata de buscar un reequilibrio. Dichas garantías se concretan, en primer término, en el diseño de un procedimiento para la adopción de las medidas restrictivas (arts. 16 y 17 DSA) por parte de los prestadores de servicios de alojamiento y, en segundo lugar, en un sistema de recursos contra las decisiones de moderación.

Efectivamente, el Reglamento pone especial énfasis en la motivación de las decisiones de moderación⁸⁰ (art. 17 DSA) y sobre ella establece un sistema interno de reclamaciones (art. 20 DSA) a través del cual se pueden revertir las decisiones indebidamente limitadoras. La obligación de motivación incluye la de informar al usuario acerca del fundamento jurídico utilizado y las explicaciones de por qué la información se considera contenido ilícito conforme a tal fundamento. También, de informar sobre las vías de recurso disponibles, bien a través de los mecanismos internos de gestión de reclamaciones, o de la posibilidad de acudir a la resolución extrajudicial de litigios, así como de utilizar otro tipo de recursos.

⁷⁹ Un ejemplo que ilustra de esta complejidad se refleja en la STC 8/2022, de 27 de enero (F.J. 3) cuando señala que “En las redes sociales son distintas las posiciones de quien crea el contenido, de quien lo reproduce haciéndolo suyo o de quien lo traslada sin más y, por supuesto, ninguna de ellas puede confundirse con la posición de la propia empresa que da el soporte a la red social y que puede, eventualmente, establecer algún tipo de filtro preventivo o de supresión de contenidos o suspensión de perfiles, llegado el caso. A su vez, y en lo que hace al estatuto del usuario, no solamente difieren entre sí al adoptar roles o protagonismo diversos en redes, sino que difieren con carácter previo en función del anonimato del perfil, del carácter de personaje público de ese usuario, del hecho de que se trate de un profesional de la comunicación o no, de que el perfil sea institucional o personal, por ejemplo, y de que actúe en redes a cambio de una contraprestación económica o no lo haga.”

⁸⁰ El TEDH sepronunció anteriormente en relación con las medidas de bloqueo en internet y, si bien las considera *a priori* no contrarias al convenio, si que manifiesta la necesidad de que se inscriban en “un marco legal particularmente estricto en cuanto a la delimitación de la prohibición y eficaz con respecto a la revisión judicial contra posibles abusos” (cfr. SSTEDH *Ahmet Yildirim* c. Turquía, 18 de marzo de 2013, § 64). Esta jurisprudencia se reitera en SSTEDH *Cengiz y otros* c. Turquía, 1 de marzo de 2016, § 62, *Ooo Flavus y otros* c. Rusia, 23 de junio de 2020, §§ 40-43).

Para tratar de matizar la inconveniencia de la utilización de medios automatizados en este proceso de moderación, el art. 20. 6 DSA, de manera muy genérica, alude a que los prestadores de plataformas en línea velarán por que estas decisiones se adopten bajo la supervisión de personal adecuadamente cualificado y no exclusivamente por medios automatizados.

Y en relación con las plataformas de gran tamaño, el art. 42.2. a) DSA incluye entre los deberes de transparencia informativa la referencia a los recursos humanos que el prestador dedica a la moderación de contenidos.

Como garantía añadida, y al objeto de afianzar la transparencia y permitir el control de las decisiones de moderación de contenidos, se les añade la obligación de hacer público un informe anual sobre la moderación de contenidos (art. 15 DSA), incluidas las medidas adoptadas como consecuencia de la aplicación y ejecución de sus condiciones generales. También, la DSA alude a que la Comisión debe mantener y hacer pública una base de datos que contenga las decisiones y declaraciones de motivos que los prestadores de plataformas en línea elaboran cuando retiran información o restringen de otro modo la disponibilidad de dicha información y el acceso a ella⁸¹.

4.2. Breve referencia a los parámetros de la “moderación” de contenidos y a su doble naturaleza, pública y privada

Como he señalado anteriormente, la facultad de moderación de contenidos con la que cuentan de las plataformas digitales procede no solo de una atribución normativa, sino también de la reserva o auto-atribución de esta facultad en las condiciones generales que regulan su actividad contractual con los usuarios.

Los intermediarios digitales establecen libremente las comunmente denominadas “normas de la comunidad” (aunque pueden recibir otras denominaciones) que son las “condiciones de acceso y utilización de los servicios” que ponen a disposición del público en forma de espacios de comunicación, alojamiento de páginas *web*, o a través de la interconectividad de las redes.

Estas condiciones de acceso y uso, unilateralmente previstas, van principalmente dirigidas a los usuarios, aunque en ellas se hace referencia a los servicios y comportamientos que el propio intermediario se compromete a desarrollar y se refieren, de modo muy particular, a los contenidos, de manera que por esta vía se determina el tipo de expresiones o contenidos que pueden ser restringidos o eliminados.

En estas “condiciones generales”, a las que los usuarios necesariamente han de adherirse para disfrutar del servicio, se informa de la facultad de veto de la plataforma, de manera que la libre aceptación de estas condiciones por parte del usuario, en principio, libera al intermediario de responsabilidad en uso de dicha facultad de restricción. Esta capacidad es más amplia de lo que parece, pues los criterios o límites de uso no están descritos y justificado de manera precisa en estas “condiciones generales” o “normas de la comunidad”, sino sino

⁸¹ Considerandos. 49 y 66 DSA.

por lo general responden a formulaciones muy amplias, lo mismo que los mecanismos a través de los cuales se puede proceder a esta limitación.

De esta forma, por tanto, los usuarios deberían asumir que los límites y parámetros que rigen en el entorno virtual correspondiente no son los propios de un espacio público abierto⁸² y que se encuentran obligados a cumplir no sólo la ley, sino también, los requisitos establecidos por la propia plataforma. En esta medida, la decisión de moderación juega en dos planos diferentes y podrá tener como base no solo la ilicitud (contravención de la normativa nacional y europea), sino también, la incompatibilidad con las condiciones generales del prestador de servicios de alojamiento de datos. Por lo mismo, la moderación se podrá fundamentar tanto en dicha ilicitud, como en el contenido contractual (art. 14 DSA).

Este doble parámetro de control, público y privado, no necesariamente coincide (ni tiene por qué coincidir) si bien, en la práctica, las condiciones generales se remiten a los supuestos generales de ilicitud que menciona la norma (asumiendo también la generalidad de su formulación y los inconvenientes que esta indeterminación lleva aparejados al definir generosamente el margen de moderación, en definitiva, de limitación del discurso).

No obstante, esta determinación coincidente no evita que eventualmente las empresas dueñas de las plataformas pudieran incluir otro tipo de limitaciones que les habilitaría para excluir de sus plataformas determinados discursos en uso de su facultad privada. Este es, a mi juicio, uno de los escenarios donde se muestra con más claridad cómo la realidad digital fuerza los parámetros clásicos con los que se viene regulando la libertad de comunicación.

La cuestión es si la condición privada de estas empresas puede ser considerada de manera similar a los medios de comunicación (reconociendo una suerte de "línea editorial"), cuando su posición en este entorno es bien distinta, no solo por la generalización del uso de este espacio de comunicación, o por la posición de monopolio de las entidades dueñas de las plataformas que convierten un entorno privado en un espacio *de facto* público, sino también, porque esas mismas razones determinan de partida (a diferencia de lo que ocurre en el ámbito analógico) una posición de exención de responsabilidad.

En esta situación, el reconocimiento efectivo de la libertad de comunicación de los usuarios y su garantía frente a las plataformas por efecto del reconocimiento de su ejercicio frente a particulares (*Drittwirkung*), teniendo en cuenta el abismo de desigualdad o asimetría que media entre unos y otras, y la necesidad de adhesión a sus condiciones para poder disfrutar del servicio, justificaría la limitación de la autonomía privada en la fijación de las condiciones que sirven como criterio de admisión y parámetro de moderación⁸³. Una cuestión que se proyecta con especial intensidad en la actuación de las plataformas frente a los contenidos que, sin ser ilícitos, se consideran socialmente reprobables.

La moderación de contenidos presenta obviamente muy diversas dificultades. Como señalan SARTOR y LOREGGIA, la línea que separa el comportamiento ilícito del que, aun

⁸² BARATA MIR "Libertad de expresión...", *op. Cit.* p. 103.

⁸³ Sobre este particular *vid.* BILBAO UBILLOS, J.M.: La consolidación dogmática y jurisprudencial de la *Drittwirkung*: una visión de conjunto, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº. 21, 2017, pp. 44, y 49 y ss.

siendo lícito, es inapropiado o antisocial es, en muchos ámbitos, difusa, y requiere un análisis contextual y matizado⁸⁴.

Por otro lado, aun partiendo de una concepción híbrida de estas plataformas, la cuestión de “quién controla al controlador” de contenidos en la red precisa equilibrar, una vez más, la naturaleza privada de estas corporaciones (de cuya libertad de empresa deriva la de definir y modular sus foros) con la exigencia constitucional de garantía de la libertad de comunicación. Esta cuestión aparece tratada en la STS 735/2022, de 28 de febrero, que, aunque admite que la relación entre Twitter y el partido político VOX está sujeta a Derecho privado, cuestiona hasta dónde puede llegar la Administración electoral al fiscalizar una relación entre particulares, sujeta a un pacto privado, pero con incidencia en el proceso electoral y en los derechos que ejercitan candidatos, para concluir finalmente que su actuación fue legítima y proporcionada.

4.3. Moderación de contenidos, censura, e “in-cultura” de la cancelación

A estas alturas, al menos en Europa, no se discute que las plataformas (y, en particular, las redes sociales), como espacio de comunicación y relación social, no pueden constituir un entorno libérrimo donde se puedan intercambiar o albergar informaciones o expresiones sin categorización y carentes de límites. Una opción contraria correría el riesgo cierto de transformar estos espacios en ciénagas en las que el *spam*, la desinformación, la pornografía, y otras modalidades de información potencialmente dañina o indeseable acabarían configurando un escenario que no resultaría atractivo ni para los usuarios ni para las propias plataformas, que no tendrían posibilidad de ofertar su modelo de negocio⁸⁵.

De esta forma, la solución reguladora se ha diseñado como co-regulación, para compatibilizar la convivencia de intereses como la creación de “un entorno en línea seguro, predecible y digno de confianza” (Considerando 3 DSA), las libertades de expresión e información, la libertad de empresa, la protección frente a la discriminación, la seguridad, la protección de consumidores y usuarios, entre otros. Para ello se recaba la colaboración de las empresas privadas dueñas de dichos espacios comunicativos, reconociéndoles importantes facultades (como la moderación de contenidos) aprovechando, además, su cercanía y capacidad efectiva de influencia en el comportamiento de los usuarios.

Una de las manifestaciones de esta colaboración es, como he señalado, la atribución de facultades de moderación como un “mal necesario”. Una intervención que reporta beneficios inmediatos pero que, también, lleva anudados algunos riesgos relevantes desde el punto de vista de la libertad de comunicación. Entre ellos, destacan estos dos: el peligro evidente de sobre-remoción de contenidos (por tanto, no ilícitos) por parte de las plataformas en uso de su autonomía de la voluntad y, también, el riesgo de convertir, *de facto*, a estos intermediarios en entes vicariales del Estado (respecto de los contenidos ilícitos) abriendo la puerta a una suerte de “censura vicaria” en manos privadas.

⁸⁴ SARTOR, G. y LOREGGIA, A.: “The impact of algorithms...”, *op. cit.*, pp. 36 y 37.

⁸⁵ BARATA MIR, J.: “Libertad de expresión...”, *op. cit.*, p. 98.

En Europa, como señala V. VÁZQUEZ, se ha extendido una progresiva comprensión “vicarial” de las plataformas, en el sentido de que existe una tendencia a delegar en éstas el ejercicio de algunas funciones y facultades del Estado allí donde las propias instituciones estatales tienen dificultades para llegar a tiempo y ser efectivas⁸⁶.

Aun cuando el ejercicio de las facultades de moderación de las plataformas no encaja en el concepto de censura en sentido estricto (constitucionalmente prohibida por el art. 20.2 CE⁸⁷) en la medida en que carece de los elementos definitorios principales⁸⁸, en un sentido amplio, *mutatis mutandis*, podría aplicarse a este entorno⁸⁹ entendiendo que este concepto abarca la selección y exclusión de contenidos del foro público.

De otro lado, atendiendo a su carácter *ex post*, se ha asimilado esta facultad a la figura del secuestro de publicaciones y “otros medios de información”, a la que alude el art. 20. 5 CE con la finalidad de limitarla a supuestos excepcionales, y rodearla de la garantía de la autorización judicial previa. En este sentido, la STS 2022, de 3 de octubre, que abordó por primera vez en España (y antes de la entrada en vigor de la DSA) la cuestión de los requisitos y garantías necesarios para suspender o interrumpir una página web (*hosting*) por parte de los operadores, exige dicha intervención en coherencia con la previsión constitucional, asimilando uno y otro supuesto⁹⁰.

⁸⁶ VÁZQUEZ ALONSO, V.: “Twitter no es un foro público...”, *op.cit.*, p. 503.

⁸⁷ Artículo 20 de la Constitución española:

1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

c) A la libertad de cátedra.

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.

⁸⁸ En la potestad cancelatoria que ejercen las plataformas digitales no concurren ni el examen previo a la publicación, ni se lleva a cabo por un poder público, notas que permiten diferenciar la censura de otras prácticas restrictivas como la autocensura o la autorregulación. El concepto de censura, en sentido estricto, tiene un significado muy preciso que se encuentra fuertemente ligado al contexto histórico en que nace, como medio de defensa de la libertad de comunicación.

⁸⁹ Sobre este extremo *vid.*: BARRERO ORTEGA, BARATA MIR, VÁZQUEZ ALONSO, TERUEL LOZANO, entre otros.

⁹⁰ El Tribunal en STS 2022, de 3 de octubre, declaró que “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” (F. Jco. 9). En otro momento anterior de ese mismo Fundamento se refiere a que “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”. La Sala concluye en su F. Jco 11 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

En relación con el segundo de los riesgos señalados, señala BARATA⁹¹, nos encontramos ante el ejercicio delegado de la potestad (típicamente estatal hasta la fecha) de determinar la legitimidad del ejercicio, sobre todo, de la libertad de expresión y, lo que es más importante, de actuar en consecuencia (es decir, retirar el contenido correspondiente). Más allá de los supuestos en los que las plataformas establecen sus propias condiciones de uso y normas de comportamiento como entes privados, cuando la norma impone la obligación de actuar respecto de los contenidos ilícitos, dichas plataformas “no estarán ya actuando como meros sujetos privados, sino como intérpretes y ejecutores, *ex lege*, de la delimitación nada más y nada menos que del legítimo ejercicio de un derecho fundamental”.

Aún más, si atendemos a la posibilidad de retirar contenidos no ilícitos por parte de las plataformas, en la medida en que no se encuentren amparados por sus condiciones generales o normas de la comunidad, esta vía abona la cuestionable posibilidad de que el poder público limite “el libre mercado de las ideas” imponiendo una “específica militancia democrática” o, también excluyendo del foro público digital discursos políticamente incorrectos o molestos que, sin embargo, en el ámbito analógico estarían permitidos o incluso protegidos⁹². De esta forma, se llegaría a la paradoja de que las RRSS serían más restrictivas que el ámbito analógico y se prestarían a la manipulación privada o pública (por persona interpuesta)⁹³.

Admitido que sobre todo por razones prácticas resulta imprescindible que la función de intermediación se extienda al control de los contenidos, la cuestión se centra en los límites y el control de este poder tan intenso. Una cuestión a la que la DSA no ha permanecido ajena y ha diseñado un sistema acumulado de garantías con las que trata de hacer frente a estos notables inconvenientes y que van desde las obligaciones de transparencia y control hasta el establecimiento de un sistema de recursos, cuya accesibilidad y operatividad están pendientes de ser contrastadas a medida que el Reglamento se vaya aplicando.

En cualquier caso, se trata de remedios inevitablemente *a posteriori* que difícilmente podrán compensarse ni siquiera con una decisión judicial favorable a las pretensiones de su autor⁹⁴, teniendo en cuenta la labilidad del valor de la comunicación (más si cabe en el ámbito digital) desde la óptica de la inmediatez.

Además de los efectos directos que la facultad de moderación tiene en relación con el discurso público, no resultan tampoco irrelevantes los que de manera indirecta se derivan, por ejemplo, de algunas prácticas como la utilización de herramientas automatizadas o el exceso de celo por parte de las plataformas, lo que en uno y otro caso y “como efecto colateral” termina por producir un exceso cancelatorio.

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”.

⁹¹ BARATA MIR, J.: “Libertad de expresión...”, *op. cit.*, p. 101.

⁹² VÁZQUEZ ALONSO, V.: “La censura “privada” de las grandes corporaciones digitales...”, *op. cit.*, p. 118.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ BARATA MIR, J.: “Libertad de expresión...”, *idem*.

La censura en Facebook de un mensaje en el que se reproducía la Venus de Willendorf (una obra de arte del Paleolítico, dtada entre el 27 500 y 25 000 a. C.), o de un cartel publicitario del último estreno de una compañía teatral francesa que utilizaba “La libertad guiando al pueblo” son muestra de excesos que, por cierto, no son práctica exclusiva de las redes sociales⁹⁵.

Ciertamente, a pesar de que las herramientas de filtrado automático o inteligencia artificial hayan sido diseñadas con el mayor grado de precisión, a día de hoy sigue siendo difícil asegurar que no produzcan resultados negativos inesperados que, además, solo pueden ser tratados con posterioridad⁹⁶.

Por otro lado, la falta de correspondencia entre las consecuencias derivadas del exceso cancelatorio y la responsabilidad procedente de la inactividad frente a los contenidos ilícitos, previsiblemente favorece que las plataformas prefieran “pecar por exceso” antes que “por defecto”, y que eventualmente tiendan a eliminar cualquier contenido que suscite la mínima sospecha de ilegalidad⁹⁷.

A estos “efectos colaterales”, dentro de los que también podríamos incluir los “falsos positivos”, se sumarían los riesgos derivados de las actuaciones deliberadamente dirigidas a silenciar ciertos discursos, configurando (frecuentemente, pero no siempre, en esa “zona gris”, antesala de la ilicitud) la que podríamos denominar, atendiendo a su más estricto significado, *“in-cultura” de la cancelación*.

⁹⁵ El Museo Metropolitano de Nueva York (MET) recibió quejas referidas a la exposición del cuadro de Balthus “Teresa soñando”; la galería de arte de Manchester recibió solicitudes para retirar la obra “Hilas y las ninfas” (Whaterhouse, 1896), y es conocido el rechazo que suscitó la campaña de la Oficina de Turismo de Viena que, para conmemorar el centenario de la muerte de Egon Schiele (1890-1918) preeía la muestra de algunos desnudos obra del autor en las estaciones de metro de Londres y Berlín.

⁹⁶ BARATA MIR, J.: “Libertad de expresión...”, p. 103.

⁹⁷ *Ibid*, p. 101.