

# LIBERTAD DE EXPRESIÓN, REGULACIÓN Y MODERACIÓN PRIVADA DE CONTENIDOS *FREEDOM OF EXPRESSION, REGULATION AND PRIVATE MODERATION OF CONTENTS*

*Joan Barata Mir*

*Investigador del Cyber Policy Center  
Universidad de Stanford*

## RESUMEN

La libertad de expresión y el derecho a la información se reconocen a todas las personas y pueden ser ejercidos a través de cualquier forma de expresión, medio o tecnología. Más allá de las ideas y estructura original de Internet, las plataformas intermediarias se han convertido en actores principales en el proceso de difusión y distribución de todo tipo de contenidos. Los derechos, obligaciones y responsabilidades de dichas plataformas han sido objeto de regulación, siendo los modelos de la Unión Europea y de Estados Unidos los más relevantes en los debates jurídicos actuales. La decisión adoptada por una serie de plataformas de cancelar la cuenta del presidente estadounidense Donald Trump ha espoleado con fuerza el debate acerca de si la aplicación, por parte de dichas plataformas, de sus normas internas de uso frente a quien parece haberlas vulnerado constituye en puridad un acto de censura y, por ende, una violación del derecho fundamental a la libertad de expresión.

## PALABRAS CLAVE

Libertad de expresión, libertad de información, censura, contenido.

## ABSTRACT

The rights to freedom of expression and freedom of information information are recognized to everyone and can be exercised through any media or technology of his choice. Beyond the original ideas and structure of the Internet, intermediary platforms have become main actors in the process of dissemination and distribution of all types of content. The rights, obligations and responsibilities of these platforms have been subject to regulation, with the models of the European Union and the United States being the most relevant in current legal debates. The decision adopted by a series of platforms to cancel the accounts of US President Donald Trump has spurred the debate on whether the application of internal content moderation rules may constitute, under certain circumstances, an act of censorship, and therefore a violation of the fundamental right to freedom of expression.

## KEYWORDS

Freedom of expression, freedom of information, censorship, content.

DOI: <https://doi.org/10.36151/td.2022.039>

# LIBERTAD DE EXPRESIÓN, REGULACIÓN Y MODERACIÓN PRIVADA DE CONTENIDOS

Joan Barata Mir

Investigador del Cyber Policy Center  
Universidad de Stanford

**Sumario:** 1. Introducción. Libertad de expresión e Internet. 2. El ciberespacio, sus características y su soberanía. 3. Internet como espacio regulado. 3.1. Las regulaciones generales en materia de libertad de expresión. 3.2. Las regulaciones en materia de responsabilidad de los intermediarios. 3.2.1. Introducción. 3.2.2. Estados Unidos y la Sección 230 CDA. 3.2.3. La Unión Europea. La Directiva sobre Comercio Electrónico y la legislación sectorial posterior. 3.2.4. La propuesta de Ley de Servicios Digitales (Digital Services Act). 3.2.5. Iniciativas nacionales. La NetzDG. 4. Internet y la regulación privada de la libertad de expresión. 4.1. Introducción. 4.2. ¿Existe la censura privada por parte de las plataformas? 5. Conclusión. Notas. Nota bibliográfica.

## 1. INTRODUCCIÓN. LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INTERNET

La libertad de expresión es uno de los derechos históricamente más asentados y fundamentales. La libertad de expresar todo tipo de ideas o pareceres a través de cualquier forma de comunicación se encuentra protegida desde el arranque del Estado liberal.

En Europa, la libertad de expresión y la libertad de información están reconocidas en el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), que es el tratado insignia para la protección de los derechos humanos en el continente en el marco general del Consejo de Europa (CoE). Este precepto sigue la redacción y las disposiciones incluidas en el Derecho internacional de los derechos humanos, —entre ellas, fundamentalmente, el artículo 19 del Pacto Internacio-

nal de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)— y ha sido incorporado y desarrollado en los sistemas constitucionales y legales europeos.

La primera cuestión fundamental que hay que destacar en relación con la protección de la libertad de expresión establecida por los estándares internacionales y regionales en materia de derechos humanos es su conexión directa con el principio democrático. La jurisprudencia del TEDH se ha ocupado de enfatizar el papel crucial que juega la libre circulación de ideas e informaciones en la construcción y el desarrollo de una sociedad plenamente democrática y, en este sentido, ha declarado que su respeto y protección constituye un cometido inexcusable de las autoridades. Existe una doble dimensión de la libertad de expresión. Por un lado, a través de la libertad de expresión el individuo tiene a su alcance la posibilidad de exteriorizar, compartir y contrastar sus pensamientos, opiniones e ideas, así como tener acceso y difundir informaciones relevantes para el conjunto de la sociedad. Por otro lado, la protección de la libertad de expresión incide, en términos más «objetivos» o colectivos, en la calidad democrática del conjunto del sistema político, institucional, cultural o económico, trascendiendo la dimensión meramente subjetiva del derecho. Una sociedad en la que de modo efectivo existe una pluralidad de voces que participan en una esfera pública accesible y dinámica constituye un entorno ideal para el desarrollo y el permanente perfeccionamiento de la democracia.

De acuerdo con los mencionados estándares internacionales en materia de derechos humanos, la libertad de expresión y el derecho a la información —y su ejercicio a través de cualquier forma de expresión, medio o tecnología— se reconocen a todas las personas. Ello supone que se trata de un derecho que no solamente abarca las modalidades de comunicación existentes en el momento de la adopción de la DUDH, el PIDCP o las respectivas constituciones nacionales, sino también las que pudiesen ser creadas o inventadas en el futuro.

En este sentido, es importante recordar que la conocida Observación General número 34 el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas señaló lo siguiente:

«En la función periodística participan una amplia variedad de personas, como analistas y reporteros profesionales y de dedicación exclusiva, autores de blogs y otros que publican por su propia cuenta en medios de prensa, en Internet o por otros medios».

La libertad de expresión se reconoce y protege a nivel internacional «sin consideración de fronteras». Ello, obviamente, tiene implicaciones importantes en el ámbito de Internet, plataforma tecnológica cuyas características darían, quizá por primera vez, una dimensión global y universal a la distribución y recepción de ideas, pensamientos y opiniones. Cuando menos, Internet permite situar dicha distribución y recepción en una dinámica completamente distinta a la de los medios de comunicación «tradicionales» (prensa, radio y televisión).

Asimismo, y en línea con lo expuesto hasta aquí, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha reiterado, en su resolución 32/13 de 11 de julio de 2016 sobre dere-

chos humanos e Internet, que los mismos derechos que las personas tienen fuera de línea también deben protegerse en línea, en particular la libertad de expresión.

## 2. EL CIBERESPACIO, SUS CARACTERÍSTICAS Y SU SOBERANÍA

El marco jurídico general que acaba de describirse podría abonar una visión utópica de Internet como un espacio abierto, participativo y sin fronteras, un entorno en el que los individuos pueden comunicar y comunicarse sin las cortapisas habitualmente establecidas tanto por los Estados como por las grandes corporaciones privadas. Esta era, precisamente, la imagen difundida por los visionarios del *ciberlibertarismo* propio de los primeros tiempos de la red. El mejor exponente de este movimiento es la conocida Declaración de Independencia del Ciberespacio elaborada por el activista y fundador de la Electronic Frontier Foundation John Perry Barlow, de la cual el propio autor se distanciaría en varios aspectos años después.

Seguramente, el elemento más frágil del *ciberlibertarismo* era la creencia en la posibilidad de la erradicación del concepto de soberanía —y de todos los elementos asociados a la misma— en el mundo en línea. La posibilidad, en definitiva, de aislar el universo de Internet de los sistemas de gobernanza, regulación y control que afectan a nuestras vidas fuera del mismo. Esta abstracción de la realidad geográfica —que constituye, en definitiva, la primera capa del funcionamiento de la red— contrasta acusadamente con las legislaciones y regulaciones que existen en este momento en diversas regiones del mundo. Lejos de ser un espacio desregulado, Internet es, seguramente, el entorno en el que la expresión y difusión de ideas, opiniones e informaciones se encuentra sujeta a un mayor número de principios y reglas establecidas tanto por los Estados como por poderosos sujetos privados, como veremos posteriormente.

Una posición extrema en ese terreno la representa China, que promueve y aplica una noción absoluta de soberanía al ámbito de Internet. Para China, el ciberespacio es parte integrante de su propia soberanía territorial y, por ello, se arroga la facultad y la responsabilidad de establecer sus normas de funcionamiento y ejercer una plena jurisdicción sobre todo lo que sucede en la red.

Por su parte, la Unión Europea (y sus Estados miembros) no renuncian a preservar un ámbito de lo que se denomina soberanía tecnológica o digital orientado a definir el modo en el que tienen lugar los procesos de digitalización de la economía y la sociedad. También juegan un papel importante en este ámbito la tutela de una cierta noción del derecho a la privacidad y la protección de datos, así como el control estratégico de los flujos de desinformación provenientes de terceros países.

Finalmente, Estados Unidos defiende una aproximación *multi-stakeholder* de la gobernanza de Internet, entendida como el desarrollo y la aplicación de normas, principios y procedimientos ya no solamente de los gobiernos, sino también del sector privado y la sociedad civil en sus respectivos roles. Esto supone aceptar una soberanía que se ejerce en

foros internacionales, así como el papel de sujetos y organizaciones que no se limitan a las instancias estatales de regulación. No hay que olvidar, por otra parte, que buena parte de las grandes compañías, así como las infraestructuras, servidores y redes se encuentran físicamente situadas, precisamente, en territorio estadounidense. Por ello, las autoridades llevan a cabo esfuerzos importantes para garantizar la protección de redes, funcionalidades, servidores y datos frente a ataques maliciosos tales como el ciberespionaje. A pesar de que se trata de conceptos algo abiertos a la interpretación (tal y como muestran, por ejemplo, las posturas encontradas en materia de neutralidad de la red), Estados Unidos aboga por la existencia de una Internet abierta, segura, interoperable y fiable. Este modelo de Internet forma parte de los intereses que las autoridades estadounidenses no solo promueven dentro de las fronteras del país, sino que son también objeto de exportación al resto del mundo bajo la etiqueta de «Internet freedom».

Otra creencia de la visión utópica de las posibilidades y características de Internet en los años 90 que se ha revelado cándida es aquella concepción radical —y, seguramente, también elitista— del mercado de las ideas. Desde este punto de vista, el ejercicio de las libertades de la comunicación tiene lugar en el seno de un específico mercado: el mercado de las ideas, traducción literal de la conocida formulación académica y jurisprudencial norteamericana del *marketplace of ideas* inspirada en *On Liberty*, el ensayo de John Stuart Mill. Según esta teoría, el ejercicio de la libertad de expresión, reconocida en la Primera Enmienda de la Constitución, bajo la forma de un debate robusto y amplio, merece la máxima protección, ya que constituye el único canal a través del cual puede acabar surgiendo la verdad. Ese mercado no era, sin embargo, utilizado por una parte sustancial de la humanidad, sino por las élites intelectuales que podrían finalmente difundir sus ideas sin cortapisa alguna. Así lo confesó en 2006 el propio Barlow:

«Back when I wrote the declaration, I was delighted by what I knew would be its greatest boon, the empowerment of the small against the large. But I was thinking of the likes of myself becoming asymmetrically advantaged against the State. [...] My belief in the virtues of giving all humanity a voice did not take into account what would happen if you gave every one of a billion people his own virtual soapbox and street corner. Everybody's talking and nobody's listening».

El paso de una Internet inicial que, en esencia, albergaba los contenidos creados por una élite intelectual situada principalmente en Estados Unidos a un espacio abierto a la difusión de todo tipo de contenidos, desde los más interesantes y relevantes a todo tipo de mentiras y desvaríos, ha sido a su vez mediatizado y, sin duda, potenciado por la aparición de las llamadas plataformas intermediarias.

Los intermediarios se han convertido en actores principales en el proceso de difusión y distribución de todo tipo de contenidos. La noción de intermediarios hace referencia a una amplia gama de proveedores de servicios en línea tales como el almacenamiento, la distribución y el intercambio de contenidos, las redes sociales, las plataformas de colaboración y los videojuegos o los motores de búsqueda.

Considerando que aborda temas vinculados a la libertad de expresión, este artículo se centrará en lo que generalmente se conoce como proveedores de servicios de alojamen-

to y, en particular, en aquellos que llevan a cabo actividades internas de moderación de contenidos. Esto incluye servicios proporcionados por plataformas de redes sociales como Facebook o Twitter, plataformas de compartición contenido como YouTube o Vimeo o motores de búsqueda como Google o Yahoo.

Es innegable que estos actores se han convertido en poderosos guardianes o *gatekeepers* que controlan el acceso y las condiciones de uso de los principales foros de expresión. Los proveedores de alojamiento generalmente moderan los contenidos que albergan de acuerdo con una serie de reglas y principios internos, y por ello, de naturaleza privada.

Sin embargo, antes de analizar el rol de las plataformas en la configuración del espacio público y la libre expresión en Internet, es necesario centrar la atención en el papel regulador de los Estados.

### 3. INTERNET COMO ESPACIO REGULADO

#### 3.1. LAS REGULACIONES GENERALES EN MATERIA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En primer lugar, hay que señalar el hecho de que, en principio, nada debería impedir la aplicación de regulaciones y límites generales a la libertad de expresión al ámbito de Internet e incluso al entorno más específico de las redes sociales. Del mismo modo que el delito de estafa se comete independientemente del medio utilizado (en persona, por teléfono o a través de Internet), en el régimen general aplicable a la libertad de expresión (tanto en lo que se refiere a su protección como a sus límites) determinados tipos penales deberían también ser aplicados independientemente del entorno o la tecnología utilizados para su comisión. Conductas tales como la vulneración del derecho a la intimidad o el honor, la intimidación mediante amenazas o coacciones, la difusión de discurso del odio o la distribución de pornografía infantil no merecerían, pues, una consideración distinta por el simple hecho de realizarse por vía electrónica.

Cierto es, sin embargo, que del mismo modo que en el mundo físico habrá que atender, en un buen número de casos, a las específicas circunstancias y entorno en el que se produce la conducta en cuestión, también deberán ser tenidas en cuenta las características específicas de Internet o de una determinada red social a la hora de valorar un comportamiento expresivo. En este sentido, a pesar del carácter global y universalmente accesible de Internet, es preciso reconocer que no es lo mismo, por ejemplo, incurrir en la vulneración del derecho al honor o a la intimidad a través de un periódico de gran circulación (en papel y/o en línea) que hacerlo en una cuenta individual de una red social con unas pocas decenas de seguidores o en un cajón de madera emplazado en medio de un parque. Sobre la consideración de estas cuestiones en España, resulta especialmente oportuna la Sentencia del Tribunal Constitucional 93/2021, de 10 de mayo de 2021 (mensajes difundidos a través de una red social en los que tilda de asesino y se expresa alivio por la muerte de

un torero en el curso de la lidia), tanto en lo que se refiere a los fundamentos de la propia sentencia como a la argumentación del voto particular formulado por la magistrada María Luisa Balaguer Callejón.

Por citar algunos ejemplos, en relación con el discurso de odio (sin perjuicio de otros problemas que la regulación de esta materia presenta en el Código Penal español), el párrafo 3 del artículo 510 de dicho código dispone: «Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas».

Por lo que respecta a los delitos de terrorismo, se aprecia en el legislador un cierto prejuicio, no necesariamente justificado, en relación con el uso de Internet como plataforma de distribución de contenidos más allá del impacto concreto que ello pueda tener en terceros, prejuicio que, en particular, se concreta en la omisión de la exigencia de un nexo necesario entre la difusión de determinados contenidos o expresiones y la generación de un riesgo real de comisión de actos terroristas<sup>1</sup>. En este sentido, el párrafo 2 del artículo 578 del Código Penal, relativo a los delitos de enaltecimiento o justificación del terrorismo, contiene una agravante similar a la anteriormente mencionada respecto al discurso del odio en la que, sin embargo, se suprime la frase final relativa la accesibilidad real para un número elevado de personas, por lo que el precepto simplemente criminaliza el uso de determinados medios sin establecer la necesidad de constatar su impacto real en el caso concreto.

Asimismo, el artículo 575 del Código Penal equipara el adiestramiento o adoctrinamiento pasivo con el acceso habitual, con dicha finalidad, «[...] a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines».

Por consiguiente, no solamente se tipifica como delito el hecho probado de recibir adoctrinamiento o entrenamiento terrorista en cualquier forma, sino simplemente el acceso a determinados contenidos en línea. La comisión del delito se sitúa en un terreno extremadamente subjetivo y permite la criminalización de conductas consistentes en la búsqueda frecuente de información sobre temas ligados al terrorismo, incluso en los casos en los que ello esté motivado por afinidades ideológicas. Como se ha advertido, la introducción de límites a la vertiente activa y pasiva del derecho a la libre expresión y a la información sobre la base de la prevención del terrorismo solamente puede justificarse en aquellos casos en los que dichas conductas generen un riesgo cierto y justificable de vinculación real a actividades terroristas. Por ello, la criminalización de la visita a sitios web supone una medida desproporcionada que puede afectar el derecho de los ciudadanos a recabar información sobre asuntos de su interés, sean estos cuales fueren y sea cual fuere la motivación para buscarla. Hay que recordar que, recientemente, el Consejo Constitucional francés declaró

incompatible con la Constitución francesa, por motivos similares, una norma penal de tenor muy parecido<sup>2</sup>.

## 3.2. LAS REGULACIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DE LOS INTERMEDIARIOS

### 3.2.1. Introducción

Las normas a las que se ha hecho referencia en el apartado anterior, presentes en la práctica totalidad de países del mundo, permiten, pues, acotar el ejercicio de la libertad de expresión a través de cualquier medio o plataforma de distribución, incluida Internet. Asimismo, en determinados supuestos contienen determinadas previsiones directamente aplicables al uso de esta última plataforma para la difusión de ideas, pensamientos e informaciones, previsiones específicas que, si en algunos casos pueden estar justificadas, en otros, como hemos visto en el ejemplo español, pueden resultar arbitrarias.

Un segundo grupo de regulaciones, seguramente más relevante que el anterior, se centra, desde finales del siglo pasado, en determinar la responsabilidad no ya de los usuarios o creadores de contenidos, sino de las plataformas que permiten la difusión y el acceso a los mismos por parte de terceros. En particular, las ya referidas plataformas de alojamiento de contenidos.

Es necesario insistir en el hecho de que dichas plataformas juegan un papel innegable como facilitadoras del ejercicio de la libertad de expresión. Gracias a ellas, las personas individuales que no tienen acceso a medios de comunicación tal y como los hemos entendido hasta ahora disponen de canales de difusión de contenidos e ideas de forma efectiva y con un alcance potencialmente ilimitado. Genera también pocas dudas el hecho de que los periodistas y los medios se benefician también de la visibilidad y la accesibilidad adicional proporcionada por la distribución de sus contenidos a través de las plataformas en línea. Pero es evidente también, ya lo hemos señalado, que estas plataformas tienen la capacidad de tomar decisiones muy relevantes precisamente en materia de contenidos. No se trata, pues, únicamente de proporcionar un mero espacio neutral en estos casos, sino también de establecer y aplicar normas y estándares que acaban definiendo los contornos del ejercicio de la libertad de expresión en dicho entorno. ¿Cuáles son, pues, los derechos, obligaciones y responsabilidades de dichas plataformas tanto frente a sus usuarios como a terceros o incluso, y particularmente, autoridades estatales como reguladores o jueces?

### 3.2.2. Estados Unidos y la Sección 230 CDA

La regulación de la responsabilidad de los intermediarios encuentra su primera y seguramente más importante norma de referencia en la sección 230 de la Ley de Decencia de las Comunicaciones (Communications Decency Act), adoptada en 1996 en el marco de la reforma de la Ley de las Telecomunicaciones de los Estados Unidos (47 U.S.C. § 230). En lo que aquí interesa, este cuerpo legal contiene dos previsiones de gran importancia. En

primer lugar, dispone que ninguna plataforma, e incluso ningún usuario, pueden ser considerados como editores o autores de contenidos proporcionados por terceros («[...] shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider»). En segundo lugar, establece igualmente que dichos intermediarios no pueden ser considerados responsables de aquellas decisiones de moderación de contenidos tomadas de buena fe y orientadas a impedir o restringir el acceso a información que se considere «[...] obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected». Por consiguiente, las plataformas no solamente no serían responsables de los contenidos publicados por terceros y cuyo acceso es facilitado por parte de aquellas, sino tampoco de las decisiones tomadas de buena fe y orientadas a eliminar o restringir el acceso a contenido que pueda ser considerado «objetable» a criterio de la propia plataforma, incluso en los casos en los que dicho contenido sea plenamente legal. En este último ámbito se trata de evitar el llamado «dilema del moderador»: ¿para qué va una plataforma a asumir la carga de evitar cualquier contenido indeseable si ese ejercicio la lleva precisamente a afrontar responsabilidades legales?

Esta norma general tendría una serie de excepciones acotadas referidas a contenidos que contravengan la legislación criminal, la propiedad intelectual, la privacidad y el tráfico sexual. Se trata, en todo caso, de una cláusula de exención de responsabilidad amplia y general a la cual se atribuye el rápido florecimiento, en Estados Unidos, de plataformas como las que ya se han mencionado aquí. Bajo las protecciones establecidas por la legislación estadounidense, las plataformas cuentan con un marco legal y con los incentivos para operar y expandir sus negocios, moderar los contenidos que distribuyen y gestionar ciertas formas de discurso indeseable o dañino. Por ello, algunos autores hablan de la sección 230 como las 26 palabras que crearon Internet.

### 3.2.3. La Unión Europea. La Directiva sobre Comercio Electrónico y la legislación sectorial posterior

La Unión Europea, por su parte, adoptó en el año 2000 la llamada Directiva sobre Comercio Electrónico (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), que en España fue objeto de transposición a través de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

El régimen en materia de comercio electrónico europeo es algo más matizado que el estadounidense. Las plataformas tendrán inmunidad en relación con los contenidos suministrados por terceros, pero solamente en aquellos supuestos en los que o bien no pueda constatarse la existencia de un conocimiento efectivo de la ilegalidad de determinada información o contenido, o bien, en caso de existir dicho conocimiento, no se hayan adoptado diligentemente las medidas oportunas. El Derecho europeo estipula asimismo

una prohibición a los Estados del establecimiento de obligaciones generales, a cargo de las plataformas, de supervisión de los contenidos que alojan.

Así pues, el sistema jurídico europeo asume también como pilar fundamental el principio de exención de responsabilidad de los intermediarios, si bien lo sujeta a una serie de cláusulas y condiciones cuya interpretación y aplicación a los casos concretos se ha mostrado en muchos casos compleja, tal y como lo muestra la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La principal razón de ser de estos principios es evitar toda delegación o atribución a corporaciones privadas como las plataformas de la responsabilidad de determinar la legalidad o ilegalidad de un contenido, así como liberarlas de cualquier presión o incentivo que pueda llevarlas a retirar contenidos a fin de evitar ulteriores responsabilidades. El impacto sobre la libertad de expresión derivado de un régimen que no respetase estos principios es evidente.

También debe tenerse en cuenta que algunas normas sectoriales adoptadas recientemente por la Unión Europea parecen incorporar nuevas obligaciones legales respecto a la adopción de medidas proactivas o de mayor control de contenidos por parte de las plataformas. Es decir, a pesar de la prohibición del establecimiento de obligaciones generales de supervisión, puede observarse que la legislación sectorial está estableciendo progresivamente nuevas obligaciones de seguimiento proactivo para los intermediarios.

En este sentido, la denominada Directiva sobre Derechos de Autor (Directiva 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE) establece una serie de obligaciones para los denominados proveedores de servicios de intercambio de contenido en línea, particularmente en lo que respecta al deber de garantizar la indisponibilidad de determinadas obras protegidas por derechos de autor (artículo 17). De acuerdo con el considerando 70 de dicha Directiva, tales medidas deben ser adoptadas «[...] sin perjuicio de la aplicación de las excepciones y limitaciones de los derechos de autor, incluyendo en particular aquellas que garantizan la libertad de expresión de los usuarios». La Directiva de Servicios de Medios Audiovisuales (Directiva 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual) impone una serie de deberes a las plataformas de intercambio de vídeos relativos a la adopción de medidas internas en relación con aquellos contenidos que constituyan incitación al odio o fomenten pornografía infantil, afecten el desarrollo físico y mental de los menores, vulneren obligaciones en el ámbito de las comunicaciones comerciales audiovisuales o tengan naturaleza terrorista. Además, las autoridades nacionales (principalmente, los organismos reguladores independientes) tienen la responsabilidad de verificar que los VSP adoptan dichas medidas y que estas son adecuadas para tratar los tipos de contenido mencionados anteriormente, entre otros. Bajo este esquema, las plataformas no solo tienen el deber de adoptar una amplia gama de medidas sobre la posible difusión de contenidos ilícitos por parte de los usuarios, sino que también están obligadas a proporcionarles mecanismos adecuados de recurso y

reparación para que puedan impugnar las posibles restricciones a sus derechos derivadas de las medidas mencionadas. Finalmente, el Reglamento adoptado recientemente para abordar la difusión de contenidos terroristas en línea (Reglamento 2021/784 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2021) contiene obligaciones importantes para los proveedores de servicios de alojamiento relativas a la eliminación de contenido ilegal y la puesta en marcha de medidas específicas para abordar la difusión de contenido terrorista en línea. El Reglamento incorpora directrices imprecisas que establecen que, al adoptar tales medidas, los proveedores deben tener en cuenta «[...] los riesgos y el nivel de exposición a los contenidos terroristas, así como los efectos sobre los derechos de terceros, y el interés público a la información» (considerando 22). Asimismo, las «autoridades competentes» designadas determinarán si las medidas son efectivas y proporcionadas.

Por consiguiente, sin llevar a cabo una alteración del régimen general de exención de responsabilidad, lo cierto es que el Derecho europeo ha ido incorporando nuevas obligaciones para las plataformas y, con ellas, ha establecido nuevas responsabilidades derivadas de su incumplimiento. Tales obligaciones se mueven, por una parte, en el terreno del control de legalidad (es decir, se establece la necesidad de que las plataformas detecten ciertos tipos de contenidos ilegales y adopten medidas específicas al respecto), y por otra, en el ámbito del procedimiento (el modo en el que las plataformas regulan y gestionan internamente determinados tipos de contenidos). Este modelo regulatorio se refleja, igualmente, en el actual proyecto de Ley de Servicios Digitales (Digital Services Act) presentado por la Comisión Europea a mediados de diciembre de 2020 y todavía en proceso de tramitación a la fecha de cierre de este artículo.

### 3.2.4. La propuesta de Ley de Servicios Digitales (Digital Services Act)

La propuesta no altera el principio de exención de responsabilidad de las plataformas y la prohibición de la imposición de un deber general de inspección o verificación de todos los contenidos que se suministran y apunta, asimismo, al establecimiento adicional de un principio del «buen samaritano». Este principio no se encontraba reconocido como tal en la legislación europea (aunque sí en la sección 230) y esencialmente protege la facultad de las plataformas para establecer y aplicar políticas de moderación de contenidos. Dicho de otro modo, el hecho de que una plataforma disponga de tales políticas internas y, por ello, actúe de forma activa en la revisión —o incluso la remoción— de contenidos objetables (incluidos los supuestamente ilegales) no puede utilizarse, en cuanto tal, para establecer que la plataforma en cuestión tenía conocimiento real del hecho y, por ello, atribuirle responsabilidad por alojar un contenido ilegal (suministrado, obviamente, por un tercero).

Está claro, pues, que esta norma se inscribe en la tendencia o la percepción mayoritaria de que las plataformas «tienen que hacer más». Y ese «hacer más» no solo se concreta en la necesidad de que colaboren con las autoridades en la detección y remoción de contenidos ilegales, sino también en el incentivo de la adopción de principios y estándares internos más allá de la legalidad vigente orientados a gestionar o incluso eliminar contenidos de

carácter meramente «nocivo», entre ellos las conductas antisociales, las campañas de desinformación u otras prácticas similares (ejecutadas especialmente a través de cuentas falsas o automatizadas). No obstante, los posibles errores u omisiones de las plataformas a la hora de realizar este cometido no implican su responsabilidad.

A partir de aquí, son muchos los elementos interesantes que contiene la norma.

En primer lugar, se trata de una norma que establece nuevas obligaciones a cargo de las plataformas. Para ser precisos, la norma consagra la obligación de llevar a cabo una serie de actividades o adoptar determinadas medidas para la protección de los usuarios. Dichas acciones o medidas, en puridad, ya estaban siendo desplegadas y aplicadas, al menos, por las grandes plataformas que todos conocemos. Es evidente, en todo caso, el cambio que supone el hecho de que, a partir de ahora, no se trata ya de decisiones voluntarias, sino de deberes impuestos por la norma con cierto grado de detalle. Entre estos, seguramente, los más destacados son los relativos a la transparencia (los contenidos retirados, las normas de moderación utilizadas, el uso de algoritmos, etc.), la necesidad de explicitar de forma fundamentada las decisiones de remoción de contenidos y de contar con mecanismos internos y externos e independientes de apelación de dichas decisiones, así como el establecimiento de normas claras, proporcionadas y transparentes en materia de política interna de moderación de contenidos.

En segundo lugar, hay que destacar que la propuesta establece una cierta graduación en cuanto a la imposición de las obligaciones de referencia. Cuanto mayor sea el tamaño de la plataforma, más numerosas y complejas serán las medidas que esta deberá adoptar. La categoría más alta y exigente corresponde a aquellas que cuenten con un número de usuarios superior a 45 millones, es decir, la práctica totalidad de las plataformas más usadas y conocidas. El ámbito de las obligaciones debe asociarse, obviamente, al de las sanciones por los casos de incumplimiento, que pueden llegar hasta el 6 % del volumen global de negocio (no solo el de la Unión Europea).

Una cuestión que merece reflexión especial es el grado de afectación de la libertad de expresión que pudiera derivarse de la aprobación de la propuesta con su contenido actual. Se ha señalado que, en buena medida, la propuesta se orienta a fomentar que las plataformas adopten una serie de medidas dirigidas a manejar debidamente y mitigar las consecuencias de la difusión de contenidos que, aunque no sean necesariamente ilegales, se consideren nocivos. A tal efecto, las plataformas de la categoría superior antes mencionada no solamente están obligadas a «evaluar» cuáles son los riesgos que la misma genera en ámbitos tan amplios como la salud pública, el discurso cívico, los procesos electorales o la seguridad ciudadana, sino también a adoptar todas aquellas medidas que permitan «mitigar» adecuadamente dichos riesgos. El texto añade que corresponderá a una autoridad administrativa designada por parte de los Estados miembros —y, en última instancia, a la Comisión— determinar si dichas medidas son suficientes o si deben ser complementadas o mejoradas. Es evidente el impacto potencial en la libertad de expresión que puede llegar a generar la implementación de tan vagas e imprecisas previsiones. Concretamente, pueden suponer un incentivo para que las plataformas limiten cualquier forma de discurso que, aun siendo

legal, tenga atisbos de nocividad (pensemos en determinados discursos minoritarios o marginales), así como la habilitación para que una autoridad pública promueva (aunque sea de forma indirecta) la restricción de dichas formas de expresión.

### 3.2.5. Iniciativas nacionales. La NetzDG

Sin perjuicio de la necesidad de contar con una legislación a nivel europeo en materia de regulación de plataformas, fundamental en la conformación del mercado interior digital, lo cierto es que un cierto número de miembros importantes de la UE han tomado ya de forma individual la iniciativa de imponer una serie de novedosas obligaciones a las redes sociales, particularmente en materia de control de contenidos ilegales. Una de las iniciativas más tempranas —que, hasta ahora, ha sido la que ha suscitado mayor debate— fue tomada por Alemania. Concretamente, el 1 de enero de 2018 entró en vigor la comúnmente conocida como NetzDG, abreviación de *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, palabra compuesta que podría traducirse como ley reguladora de la aplicación del ordenamiento jurídico en las redes. Esta norma fue objeto de un gran número de controversias y críticas, y ha sido tildada de desproporcionada, inadecuada y promotora de la censura privada en Internet por las organizaciones defensoras de los derechos fundamentales en línea.

En síntesis, la NetzDG obliga a las grandes plataformas (aquellas que tienen más de dos millones de usuarios en Alemania) a proporcionar a estos los mecanismos para denunciar ante a las compañías privadas un amplio elenco de categorías delictivas ya incluidas en la legislación penal vigente. Una vez recibida la correspondiente denuncia, corresponde a la plataforma determinar si el contenido es auténticamente ilegal. A tal efecto, y según la NetzDG, en el caso de que el contenido sea «manifiestamente ilegal», las plataformas deben retirarlo en 24 horas. En los supuestos en los que dicha determinación sea más compleja, la remoción deberá llevarse a cabo en el plazo de siete días. El incumplimiento de tales obligaciones se sanciona con multas de hasta 50 millones de euros. Asimismo, las plataformas están obligadas a publicar «informes de transparencia» en los que se reflejen las decisiones adoptadas en materia de control (o «moderación», en la terminología al uso) de contenidos. Una reforma posterior obliga a las plataformas no solamente a eliminar, sino también a denunciar ante la Policía Criminal Federal una serie de delitos graves, entre los que se incluyen las diversas modalidades de discurso de odio, la propaganda extremista, las expresiones gráficas de violencia o las amenazas de asesinato o violación.

La NetzDG puede considerarse una ley realmente única tanto por el tipo de obligaciones que impone a este tipo de proveedores como por su extensión y minuciosidad, así como por la gravedad de las sanciones que contempla en casos de contravención de sus previsiones. Aunque su efectividad como herramienta para combatir y eliminar ciertas formas de contenido ilegal en línea está aún pendiente de ser demostrada con datos fiables, lo cierto es que la fama de la NetzDG alcanzó escala mundial y su aprobación por parte de una democracia liberal europea ha sido positivamente valorada y explícitamente utilizada por países con regímenes autoritarios o semiautoritarios en otras partes del mundo como justificación para expedir normas considerablemente restrictivas aparentemente inspiradas

en aquella. Entre estos países se encuentran Rusia, Venezuela, Bielorrusia, Honduras, Malasia, Singapur o Filipinas.

Dicho lo anterior, también es necesario señalar que una norma de estas características comporta un riesgo evidente de sobre-remoción e incluso potencial sobre-denuncia de contenidos. Si pende sobre las plataformas una espada de Damocles en forma de grandes multas en aquellos casos en los que no han acertado a la hora de identificar y calificar determinado contenido como ilegal, está claro que dichas compañías preferirán «pecar por exceso» antes que «por defecto» y tenderán a eliminar (y eventualmente a denunciar) cualquier contenido que suscite la mínima sospecha de ilegalidad. Es evidente el impacto que ello tiene sobre el ejercicio de la libertad de expresión, especialmente si tenemos en cuenta el hecho de que, en puridad, no estamos frente a una decisión de carácter estrictamente privado, sino ante una limitación materialmente implementada por una compañía privada, aunque sobre la base de una obligación —y aun podríamos decir «presión»— derivada de una norma jurídica cuyo cumplimiento es verificado por parte de las autoridades.

La segunda reflexión está en buena medida ligada a la primera. Siendo cierto todo lo anterior, será necesario concluir que, en puridad, nos encontramos ante el ejercicio delegado de la potestad (típicamente estatal hasta la fecha) de determinar la legitimidad del ejercicio de la libertad de expresión y, lo que es más importante, de actuar en consecuencia (especialmente en lo que se refiere a la retirada del contenido correspondiente).

Es evidente que, sobre la base de su propio modelo de negocio, las plataformas defienden el derecho a establecer sus propias condiciones de uso y normas de comportamiento, por lo que, en principio, los usuarios deberían asumir que los límites y parámetros que rigen en el entorno virtual correspondiente no son los propios de un espacio público abierto. Sin embargo, en aquellos casos en los que las plataformas son forzadas a convertirse en un instrumento de aplicación de normas jurídicas, 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. Es verdad que todas estas decisiones podrían sujetarse en última instancia a control jurisdiccional, pero el impacto de la remoción inmediata de determinado contenido difícilmente podrá compensarse con una decisión judicial favorable a las pretensiones de su autor.

## 4. INTERNET Y LA REGULACIÓN PRIVADA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

### 4.1. INTRODUCCIÓN

La moderación privada de contenidos por parte de las plataformas en línea se concreta en una serie de mecanismos de gobernanza que estructuran la participación en una comunidad virtual para facilitar la cooperación y el debate y prevenir el abuso. Las plataformas tienden a promover la civildad de los debates y las interacciones para facilitar la comuni-

cación entre los usuarios, y adoptan sus decisiones sobre la base de una serie de principios y estándares internos (por ejemplo, las Normas de la Comunidad de Facebook, las Reglas y Políticas de Twitter o las Normas de la Comunidad de YouTube).

En cualquier caso, está claro que las plataformas tienen el poder de dar forma y regular el discurso en línea más allá de las disposiciones de la legislación nacional de una manera muy poderosa. La suspensión unilateral de las cuentas privadas del expresidente estadounidense Donald Trump en varias de las principales plataformas de redes sociales se ha convertido en una señal muy clara de este poder.

Lo que en estos momentos resulta claro es que el margen de discrecionalidad —e incluso de opacidad— del que disponen estas empresas de alcance global y con miles de millones de usuarios para establecer e interpretar las reglas que rigen la expresión de aquellos (hay que insistir, más allá de la legalidad vigente) es muy amplio. Estas reglas tienen, en particular, un impacto tanto local como global en la forma en que se difunden los hechos, ideas y opiniones sobre asuntos de interés público.

Muchos autores y organizaciones han advertido que los intermediarios promueven determinados tipos de contenido (en particular, contenidos generalmente adjetivados como «nocivos» o «dañinos») para maximizar la participación de los usuarios, estimular la adicción, orientar las conductas y fomentar la polarización. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que mientras la frontera entre lo legal y lo ilegal marca el ordenamiento jurídico y se somete en última instancia al criterio judicial, la determinación de lo que es «bueno» o «malo» para nosotros supone un grado muy alto de subjetividad, dado que aquello que pueda ser considerado chocante, ofensivo o contraproducente variará en función de la sensibilidad, la cultura o la educación de quien consume el contenido en cuestión. Ello abre, pues, la cuestión de la conveniencia de encomendar a corporaciones privadas carentes de los necesarios arraigos lingüísticos o culturales en los diferentes territorios en los que operan una tarea que, en realidad, corresponde a la responsabilidad social, la educación y la autonomía individual. Dicho de otro modo, no podemos solucionar nuestras carencias educativas y sociales sin olvidar que las redes sociales son poco más que el reflejo —quizá aumentado en algunos casos, pero reflejo, en definitiva— que un espejo proyecta de nosotros mismos.

Las plataformas no solo establecen y hacen cumplir reglas privadas respecto al contenido publicado por sus usuarios. También asumen por iniciativa propia la tarea de supervisión y vigilancia de sus propios espacios (a menudo a través de sistemas de filtrado automáticos o de inteligencia artificial) y desempeñan un papel fundamental en la determinación de qué contenido es visible en línea y qué contenido, aunque publicado, es menos accesible o destacado que otros. Aunque es cierto que lo que acaba siendo ofrecido o es especialmente visible para cada usuario es el resultado de la interacción bilateral entre este (incluyendo aquí sus preferencias, sesgos, elecciones previas, etc.) y los propios sistemas de recomendación, es necesario insistir en el hecho de que estos últimos juegan un papel importante de control en términos de priorización, ampliación o restricción del acceso a los contenidos.

Asimismo, debemos tener en cuenta, en primer lugar, que ningún sistema de recomendación de contenidos por parte de las plataformas, especialmente si funciona con un cierto grado de automatización o sobre la base de sistemas de inteligencia artificial, funcionará de manera completamente neutral o predecible. Esto se debe no solo a la influencia que ejercen en este contexto las propias preferencias de los usuarios, sino también al hecho de que las políticas de contenido de las plataformas a menudo se basan en una combinación compleja de diferentes principios: estimular la participación del usuario, respetar ciertos valores de interés público, o promover la adhesión a determinada concepción del derecho a la libertad de expresión.

Probablemente, el único supuesto en el que las políticas de moderación de contenidos de una plataforma podrían merecer la calificación de neutrales sería, de hecho, el de su ausencia. Sin embargo, pretender que las plataformas (especialmente las redes sociales más utilizadas) acepten (voluntariamente o por obligación legal) albergar, sin categorización ni criterios preestablecidos, cualquier contenido no susceptible de ser considerado ilegal las transformaría en ciénagas en las que el spam, la desinformación, la pornografía, la pro-anorexia y otras modalidades de información potencialmente dañina o indeseable acabarían conformando la mayor parte de los contenidos ofrecidos cotidianamente a los usuarios. Este escenario no es atractivo ni para estos ni principalmente para las propias plataformas, cuyo modelo de negocio se basa en ofrecer a los usuarios una *experiencia* modelada de conformidad con sus gustos e inclinaciones. Asimismo, algunas iniciativas de este tipo (como *4chan* o *8chan* en Estados Unidos) han demostrado que, en general, las plataformas de esta naturaleza suelen ser utilizadas por grupos que promueven valores antidemocráticos, cuestionan la legitimidad de los procesos electorales y difunden contenidos contrarios a los principios básicos de la dignidad humana, al menos en el modo en que este principio se entiende y protege en Europa.

En segundo lugar, a pesar de que una herramienta de filtrado automático o inteligencia artificial haya sido diseñada con el mayor grado de precisión posible, sigue siendo muy complicado predecir su funcionamiento y sus resultados en la práctica. Los resultados inesperados no son infrecuentes, y los factores y fallos que los han originado solamente pueden ser tratados, por regla general, una vez se han producido. Algunos de estos fallos podrían tener un impacto importante en los derechos fundamentales, particularmente en lo que respecta a la consolidación de sesgos y conductas discriminatorias.

El tercer ámbito problemático se refiere a la idea de la llamada irreductibilidad computacional de cualquier conjunto de reglas éticas/legales previamente definido. En pocas palabras, no puede esperarse razonablemente que un conjunto finito de principios o reglas computacionales que guían los sistemas automatizados de evaluación o categorización de contenidos pueda comportarse siempre exactamente de acuerdo con —y sirviendo a— los propósitos de un sistema previo de principios y reglas de carácter legal o ético. La aplicación a casos concretos de normas computacionales siempre acabará dando lugar a situaciones no previstas y, por lo tanto, será necesario definir nuevas normas para manejarlas correctamente.

#### 4.2. ¿EXISTE LA CENSURA PRIVADA POR PARTE DE LAS PLATAFORMAS?

La ya mencionada decisión, adoptada por una serie de plataformas, de cancelar la cuenta del presidente estadounidense Donald Trump a comienzos de 2021 espoleó con fuerza un debate que venía ya desarrollándose y que seguramente requiere un análisis jurídico más profundo que el de los titulares o las simplificaciones con las que generalmente se aborda el tema. La cuestión no es solo ni principalmente si Twitter o Facebook pueden censurar a Donald Trump, sino —y este es un asunto previo— si la decisión de estas plataformas de aplicar sus normas internas de uso frente a quien parece haberlas vulnerado constituye en puridad un acto de censura y, por ende, una violación del derecho fundamental a la libertad de expresión.

El derecho fundamental a la libertad de expresión proclamado tanto en el sistema europeo como en el estadounidense protege a los individuos frente a posibles intromisiones o limitaciones provenientes de los poderes públicos. En el caso de los Estados Unidos, la interpretación y la doctrina jurisprudenciales son muy claras respecto a las plataformas o redes sociales como Twitter o Facebook. Las redes no son un foro público, sino un espacio de carácter privado en el que los usuarios se someten a las normas internas establecidas por la plataforma correspondiente. Quienes ostentan el derecho a la libertad de expresión son las propias redes sociales. La imposición legal o judicial de la obligación de mantener una determinada publicación en contra de su criterio o sus propias políticas de moderación de contenidos sería, pues, *compelled speech* y, por lo tanto, constituiría una violación de la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana.

En Europa (y aquí hay que entender tanto el marco de tutela de derechos fundamentales que representa el espacio del Consejo de Europa como el entorno más acotado de la Unión Europea), la protección del derecho a la libertad de expresión también se articula, en principio, en torno al eje Estado/individuo. En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es difícil encontrar sentencias que reconozcan un efecto «horizontal» al derecho a la libertad de expresión (es decir de una persona o entidad privada frente a otra), y los muy escasos ejemplos de ello hacen referencia a dinámicas muy específicas (por ejemplo, la relación entre empleado y empleador) y a su conexión con otros derechos fundamentales (particularmente, la no discriminación). En el ámbito de la Unión Europea tampoco existe un reconocimiento de la protección de la libertad de expresión en las relaciones privadas, si bien las normas recientemente aprobadas o propuestas, ya mencionadas anteriormente en materia de regulación de plataformas (por ejemplo, las Directivas en materia de propiedad intelectual o servicios audiovisuales, el Reglamento sobre contenidos terroristas en línea o la propuesta de Ley de Servicios Digitales), sí establecen de forma muy genérica que, a la hora de adoptar determinadas decisiones en materia de moderación de contenidos (particularmente, en casos de contenidos aparentemente ilegales), las corporaciones privadas deberán «tener especialmente en cuenta» el impacto de dichas medidas en el derecho repetidamente mencionado. Lo que tal aserto significa realmente en la práctica queda todavía pendiente de ser precisado en casos concretos y en futuras y esperables decisiones del Tribunal de Justicia.

Ciertamente, en países como Alemania o Italia existen ya algunas resoluciones judiciales (generalmente de primera instancia) en las que se ha obligado a redes sociales a reestablecer un contenido retirado por aquellas, al considerar el tribunal en cuestión que la retirada suponía una violación del derecho a la libertad de expresión. Se trata, sin embargo y por ahora, de resoluciones puntuales en las que, generalmente, el órgano juzgador ha entendido que la restricción de la libertad de expresión generaba a un perjuicio considerable a otros derechos o a la propia «función social» del contenido retirado (por ejemplo, la eliminación de la cuenta de Facebook de un partido político en periodo electoral).

Precisamente en esta última materia, la Junta Electoral Central analizó a través de su Acuerdo 146/2021 de 25 de febrero la decisión de Twitter de suspender durante 8 días la cuenta del partido político VOX en dicha red social estando convocadas las elecciones al Parlamento de Cataluña de 14 de febrero de 2021. Hay que tener presente, en todo caso, que la decisión de la Junta recayó en un momento en el que la suspensión ya no estaba en vigor. Para justificar la suspensión, Twitter argumentó que un tuit en el que se afirmaba que «[...] son los musulmanes o las personas de origen magrebí quienes cometen el 93 % de los delitos en Cataluña» constituía una violación de la política relativa a las conductas de incitación al odio vigente en esta red social.

De entrada, la Junta considera que, si bien Twitter se ha convertido en una herramienta de interacción y comunicación social con una enorme difusión y una indiscutible relevancia, su naturaleza de «[...] canal de comunicación que permite a sus usuarios el envío e intercambio de mensajes de texto breves a grupos reducidos de seguidores o, de forma abierta, a todo el público» hace imposible su encaje en el concepto de «medios de comunicación privados» al que hace referencia el artículo 66.2 de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General (LOREG). Dicho precepto constriñe, precisamente, las decisiones editoriales de este tipo de medios de comunicación en periodo electoral en aras del necesario respeto de «[...] los principios de proporcionalidad y neutralidad informativa en los debates y entrevistas electorales, así como en la información relativa a la campaña electoral». Asimismo, y en cuanto a los pilares fundamentales de su decisión, la Junta realiza tres consideraciones de gran interés en el presente contexto.

En primer lugar, la Junta reconoce «[...] los peligros y riesgos que pueden suponer algunas decisiones de los responsables de las redes sociales durante la campaña electoral», especialmente si se tiene en cuenta la perentoriedad de los periodos electorales y la consiguiente dificultad para obtener una tutela judicial eficaz, así como el hecho de que, en la actualidad, la mayor parte de redes sociales disponen del poder de adoptar este tipo de decisiones de conformidad con sus normas privadas internas y sin oír con carácter previo a las personas perjudicadas. En todo caso, estas cuestiones deberían abordarse, señala la Junta, en el marco de una futura reforma legislativa.

En segundo lugar, y precisamente derivado de lo anterior, «[...] la inexistencia de previsión en la normativa electoral vigente solo permite a la Administración electoral actuar en casos extremos en que considere que se haya podido producir una vulneración grave de los principios de pluralismo político, transparencia, objetividad o igualdad entre las candida-

turas electorales». La Junta no concreta cuáles son los supuestos en los que se podrá apreciar la existencia de casos susceptibles de ser calificados como «extremos», aunque apunta como criterio y baremo destacado el principio de proporcionalidad.

Precisamente con base en la aplicación de dicho principio se observa, en tercer lugar, que la suspensión tuvo lugar durante un periodo bastante limitado de tiempo (8 días, como se ha dicho ya, de los cuales 5 corresponden a la campaña electoral), que nos encontramos ante un incumplimiento reiterado de las políticas internas de Twitter, y que los candidatos de VOX pudieron seguir utilizando sus cuentas individuales en esa misma red social sin limitaciones. Por todo ello, concluye que la medida adoptada no puede ser considerada desproporcionada.

Es importante destacar, finalmente, que la desestimación de la reclamación se fundamenta también en el hecho de que la Junta Electoral Central constata que los criterios que Twitter utiliza para definir y prohibir el discurso del odio en su entorno son equiparables a las previsiones contenidas tanto en la legislación nacional como en los estándares internacionales aplicables.

Esta decisión de la Junta Electoral tiene interés en la medida en que entra en la delicada materia de determinar la posible vulneración de derechos fundamentales por parte de una plataforma. En este caso, estaríamos hablando no solamente del derecho a la libertad de expresión, sino también —y principalmente— del derecho a la participación política. Sin embargo, es cierto que el supuesto enjuiciado se relaciona directamente con hechos acaecidos durante un proceso electoral, periodo que se encuentra ya particularmente regulado en el marco de nuestro ordenamiento, incluso en lo que se refiere a acciones que puedan llevar a cabo sujetos privados como los medios de comunicación tradicionales.

Habrà que ver, en todo caso, en qué términos se pronuncian, seguramente en un futuro próximo, más altas instancias judiciales y constitucionales, así como el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en casos de esta naturaleza.

## 5. CONCLUSIÓN

Entender el alcance y los límites del ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Internet requiere huir de tópicos y generalizaciones. La estructura de funcionamiento de Internet es más compleja de lo que podía parecer en el momento de su emergencia. Los mecanismos de control estatal, las tensiones geopolíticas, la ubicación de infraestructuras físicas fundamentales, así como el papel de los intermediarios privados que actúan en varios niveles o *capas* del funcionamiento de la red introducen condicionantes muy importantes tanto en lo que respecta a la gobernanza general de aquella como a la regulación de contenidos, servicios y aplicaciones.

El ejercicio y la regulación del ejercicio de la libertad de expresión en línea se ven, pues, condicionados por los factores referidos arriba, así como por el modo en el que tanto los

Estados como entidades regionales como la Unión Europea han introducido importantes regulaciones sobre dichas materias. No podemos olvidar tampoco que en el terreno de la protección regional e internacional de los derechos humanos ha ido surgiendo igualmente un *corpus* de nuevos estándares orientados a guiar el modo en el que los Estados deben respetar y proteger del derecho a la libertad de expresión en el nuevo entorno digital.

En todo caso, y tal y como se ha intentado mostrar, muchos debates continúan todavía abiertos. Solamente una actitud rigurosa, comprometida con los derechos humanos y conocedora de las claves del funcionamiento de Internet y del comportamiento y las capacidades de los actores implicados permitirá disponer de un marco regulatorio adecuado y proporcionado, alejado de visiones políticas cortoplacistas y de tendencias autoritarias.

## NOTAS

1. *Vid.* el informe del relator especial de Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo (27 de febrero de 2018). Disponible en: <[https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Terrorism/A\\_HRC\\_37\\_52.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Terrorism/A_HRC_37_52.pdf)>.
2. Disponible en: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2017682QPC.htm>>.

## BIBLIOGRAFÍA

- BARATA MIR, Joan (2021): «The Digital Services Act and social media power to regulate speech», en Cappello, en M. Capello (ed.), *Unravelling the Digital Services Act Package*, Estrasburgo: European Audiovisual Observatory, 7-21.
- BARLOW, John Perry (1996): «A Declaration of the Independence of Cyberspace» [en línea] <<https://www.eff.org/cyberspace-independence>>. [Consulta: 13/01/2022.]
- (2006): «Is Cyber Space Still Anti-Sovereign?» [en línea] <<https://alumni.berkeley.edu/california-magazine/march-april-2006-can-we-know-everything/jp-barlow-cyberspace-still-anti>>. [Consulta: 13/01/2022.]
- GOLDMAN, Eric (2019): «Why Section 230 Is Better Than the First Amendment», *Notre Dame L. Rev. Reflection*, 95(1), 33-46.
- KETTEMANN, Matthias C. y Anna Sophia TIEDEKE (2020): «Back up: can users sue platforms to reinstate deleted content?», *Internet Policy Review*, 9(2), 1-20.
- LEERSSEN, Paddy (2020) «The Soap Box as a Black Box: Regulating Transparency in Social Media Recommender Systems», *European Journal of Law and Technology*, 11(2), 1-51.
- WOLFRAM, Stephen (2019): «Optimizing for Engagement: Understanding the Use of Persuasive Technology on Internet Platforms» [en línea] <<https://www.commerce.senate.gov/services/files/7A162A13-9F30-4F4F-89A1-91601DA485EE>>. [Consulta: 13/01/2022.]
- WU, Chien-Huei (2021): «Sovereignty Fever: The Territorial Turn of Global Cyber Order», *ZaöRV*, 81, 651-676.

**Fecha de recepción: 1 de febrero de 2022.**

**Fecha de aceptación: 22 de marzo de 2022.**