

LOS «SOCIAL MEDIA» EN USA Y EN LA UE: DOS MODELOS LEGALES DISTINTOS Y UN MISMO PROBLEMA PARA LA DEMOCRACIA¹

ROSA MARÍA GARCÍA SANZ

*Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad Complutense*

TRC, n.º 54, 2024, pp. 309-349
ISSN 1139-5583

SUMARIO

I. Introducción. II. Un mismo problema en ambos lados del Atlántico: las amenazas a la democracia de los «*social media*». III. Dos modelos distintos a pesar del efecto Bruselas: el marco legal en USA y UE. III. Dos enfoques bien diferenciados: de la utopía tecnológica neoliberal a la democracia militante. IV. Las perversiones de ambos modelos y un problema persistente para la democracia. V. A modo de conclusión: la necesidad de explorar nuevas perspectivas.

I. INTRODUCCIÓN

Las redes sociales se han convertido en la principal infraestructura para el ejercicio de las libertades de expresión e información, donde se van fraguando una organización y unas normas propias (Klonick, 2022)², que se ejercen con control estatal

1 Este trabajo es consecuencia de una estancia de investigación en la Universidad de California Los Ángeles (UCLA) y parte del Proyecto Ted2021-130876b-I00. La Ciberseguridad en los Procesos Electorales. Garantías Frente a la Desinformación y otros Desordenes Informativos en Plataformas (2022-2023) Fondos Next Generation. Mi especial agradecimiento al profesor Neil Natanel por su acogida en su seminario «*Social Media and The Future of Democracy*». Y al profesor Richard L. Hasen por toda su generosa orientación.

2 Klonick, al igual que Balkin, entiende que las empresas tecnológicas son los gobernantes de las redes. Balkin (2019:2011) «*Technology companies' ever-expanding capacities for private surveillance and control lead naturally to viewing them as a new form of private governance. By this I mean that we should think of private-infrastructure owners—and especially social media companies—as governing online speakers, communities, and populations, rather than thinking of them as merely facilitating or hindering digital communication*».

en el modelo europeo, pero con libertad casi absoluta de control estatal en el norteamericano. Su evolución ha derivado en daños y serias amenazas a la democracia. La identificación y el análisis de este problema para la democracia está muy documentado en la literatura jurídica. Los estudios constatan, en general, que el éxito del modelo de negocio de estas plataformas se alcanza a expensas de los daños que infligen a la democracia, por su funcionamiento disruptivo en el discurso público digital donde el fin de lucro se impone sobre el interés general. La Unión Europea y Estados Unidos³ han respondido ante el desafío de manera distinta, pero ninguna de las respuestas jurídicas se muestra eficaz para reparar los daños en el discurso público democrático y sus consecuencias en el sistema constitucional (sin ignorar que son tres las grandes potencias digitales⁴) (Bradford, 2023). Ambos modelos se entienden en su contexto histórico-jurídico, uno en su defensa de los derechos fundamentales con una intensa regulación del derecho a la libertad de expresión e información, y el otro proclamando una libre «*First Amendment*» casi en términos absolutos y canonizando el «*free market of ideas*». Ante las nuevas realidades tecnológicas, la respuesta de la UE aplica lo que se denomina por la doctrina «*old and new school speech regulation*» (Balkin, 2014)⁵, operando tanto en determinados elementos de las infraestructuras de Internet y en las empresas tecnológicas mismas (colaboración y cooptación) como en los usuarios finales. Y USA, sin ignorar la «*new school speech regulation*», optó plenamente por la gobernanza privada de los titulares de estas plataformas, evitando la regulación estatal. Y esto se refleja fielmente en el marco normativo de cada modelo sobre los *social media*, uno con una profusa regulación y el otro casi sin regulación alguna. La lucha de ambos poderes (el poder público del Estado y el poder privado de las tecnológicas) por imponerse en el cibe-

3 Desde un punto de vista metodológico, resulta apropiado abordar el tema tomando estas dos realidades _USA y UE_ teniendo en cuenta que el debate transatlántico ha dominado esta área del derecho tradicionalmente y, por sus dimensiones, impacta en el resto del mundo. Aunque el tratamiento de la libertad de expresión es distinto, sin embargo, el enfoque constitucional es pertinente en dos democracias similares.

4 A sabiendas de que China no afronta ningún problema democrático pues no es una Democracia. De manera que cada imperio digital compite por expandir su influencia en el mundo digital (y físico), en una batalla de estrategias. Las decisiones que van tomando las empresas, los Estados y los ciudadanos van a ir conformando el futuro de la sociedad digital, cuyo resultado final está todavía abierto.

5 «*Old School Speech Regulation*» es la forma de regular del Estado los medios de comunicación tradicionales y la normativa aplicada a éstos y a los usuarios finales. En la «*New School Speech Regulation*», el Estado se sirve de las capacidades técnicas y burocráticas de las plataformas, instrumentalizándolas, para el control de la información. Atiende a la nueva infraestructura comunicativa y, por tanto, a su alcance global. Ante la dificultad para el Estado de identificar y regular a los usuarios individuales de las redes, resulta más factible la relación (de colaboración y cooptación) del Estado con los sujetos titulares de las infraestructuras que ejercen de «*facto*» la gobernanza, las cuales están localizadas e identificadas y operando a través de mecanismos de las empresas telecomunicaciones, de las plataformas, de los nombres de dominio, de las empresas de pago, *ISPs*, empresas de *caching*, *search engines*, y otras organizaciones. En la «*nueva regulación*», son las empresas tecnológicas de las redes sociales las que regulan las relaciones con los usuarios finales, por su gobernanza privada. En este sentido, Balkin (2019: 2011) afirma: «*Nation-states regulate speakers and legacy mass media through old-school speech regulation. Nation-states regulate and attempt to co-opt and coerce internet infrastructure through new-school speech regulation. Finally, the internet infrastructure regulates private speakers and legacy media through techniques of private governance*».

respacio (y en el mundo) puede incluso explicar muchas de las «irregularidades» de las redes que impactan en la democracia en ambos lados del Atlántico. Algunos han entendido que la desinformación puede usarse tanto como arma contra los Estados democráticos, al deslegitimarlos y desestabilizarlos, pero también como munición contra las propias plataformas privadas, que quedan desacreditadas como medios y fuentes fiables de información, dañando su negocio y llamando a la intervención del Estado. Y es una lucha desigual, pues estas multinacionales actúan en distintas jurisdicciones y no solo son propietarias de las infraestructuras y máquinas inteligentes, sino que además poseen los datos, «*big data*», el combustible esencial para el funcionamiento de todo el sistema.

En la Unión Europea, hoy por hoy, el ejercicio de las libertades informativas son el resultado de su modelación público/privado del Estado y los actores tecnológicos; mientras que en Estados Unidos se modela, casi exclusivamente, por los actores privados dueños de estas plataformas y su gobernanza (simplificando, uno tiene moderación regulada y el otro solo moderación de contenidos). A diferencia de USA⁶, la UE ha legislado los «social media»⁷ con el fin de defender a la democracia (Gutiérrez Fons, 2022). Sin embargo, ese loable objetivo podría derivar en un poder censor directo del Estado que, de todas formas, podría ejercer indirectamente a través de las plataformas de las redes sociales. Estados Unidos ha optado por evitar la regulación estatal directa, antes de la cual se prefieren resortes alternativos y que los sujetos privados sigan gobernando —modelando el espacio y discurso público (aunque la influencia indirecta pueda estar en la sombra)⁸. Todo aquí parece indicar que las soluciones de ambos enfoques —UE y USA— son incluso más letales que el mismo problema. Desde el momento en que en la Unión Europea hay que sacrificar la libertad de expresión e información con el fin de proteger la democracia misma y en USA la Primera Enmienda se vuelve contra la Primera Enmienda de los ciudadanos y solo es realmente ejercida por las plataformas privadas, parece que el «viejo concepto» de libertad de expresión e información no sirviera en la nueva realidad tecnológica informativa, y, en crisis radical por las nuevas prácticas tecnológicas, no es capaz de proteger el ejercicio del derecho de todas las personas, a pesar de su reconocimiento jurídico formal en las Constituciones democráticas. Advierten algunos autores⁹ que, los Estados y la Unión Europea, regulando las redes sociales y los motores de búsqueda, convierten a estas compañías en «agentes estatales»

6 Este trabajo se centra en la legislación de USA y la UE, no en la de sus concretos Estados. No obstante, no se ignora que en USA algún Estado, como Texas, Florida o California, ha legislado limitadamente al respecto; al igual que en Europa, por ejemplo, Alemania promulgó su propia ley. Estas últimas se consideran aquí solo para tratar cuestiones concretas.

7 Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un Mercado único de Servicios Digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales).

8 En USA sobre «jawboning» o coacción: 603 U.S. 2024. Supreme Court of United States, No. 23-411. Vivek H. Murthy, Surgeon General, Et Al., Petitioners v. Missouri, Et Al. (June 26, 2024).

9 Entre ellos y por todos: Balkin, 2018:1207).

de regulación y gobierno. Con ello se ayuda a estos sujetos privados a construir su forma de gobernanza y «la manera de ejercer» el poder que ya tienen *de facto*. Es decir, queriendo limitarlas, por el contrario, se contribuye a que sean aún mejores gobernantes. Al mismo tiempo que permite a los Estados «compartir» con las plataformas los beneficios (políticos y económicos). Las consecuencias de la regulación «*new school*» comportan no solo «*collateral censorship y digital prior restraint*¹⁰», sino también este compartir las «bondades» de las redes.

De la importancia del «*free speech*» para la democracia no se duda, lo que está en cuestión es si la vigente concepción constitucional del derecho sirve para este propósito en las redes. Por un lado, parece que el ejercicio del derecho a la información es más universal y democrático que nunca, pero por otro, asistimos a un déficit alarmante del ejercicio de facultades esenciales de este derecho. No sólo está comprometida la información veraz, sino la pluralidad ideológica y de opiniones, que no pivotan alrededor de lo que se ha entendido por «interés público general». Algunos aspectos parecen indicar que ya se está produciendo una «nueva manera» de ejercer estos derechos en estas nuevas infraestructuras comunicativas. Y todo ello va fraguándose en el contencioso del Estado vs. Actores privados, que desde los orígenes de Internet pugnan por dominar el mundo virtual y, por ende, el físico también. Sin obviar que son estas empresas privadas las que poseen las infraestructuras, las tecnologías, los conocimientos y capacidades para realmente gobernar las redes, y de las que no puede prescindir el Estado¹¹ (casi supeditándose) para ejercer algún poder sobre los usuarios y la información misma. Un nuevo modelo que supere esta estructura de poder (Estado-Actores privados-Ciudadanos), surgida de las nuevas infraestructuras de comunicación digital, invita a trascender esta relación tensa pero interesada con el fin de devolver al ciudadano el pleno ejercicio de sus derechos.

Todo apunta, finalmente, a que conviene reflexionar sobre la necesidad de explorar otros enfoques técnicos y legales para reparar la esfera pública digital ante la emergencia de la IA.

II. UN MISMO PROBLEMA EN AMBOS LADOS DEL ATLANTICO: LAS AMENAZAS A LA DEMOCRACIA DE LOS «SOCIAL MEDIA»

Los daños y anomalías de los *social media* que amenazan a las democracias occidentales han sido identificados por solventes estudios tanto en Estados Unidos

10 Afirma Balkin (2018: 1177) que «*collateral censorship in the digital era involves nation states putting pressure on infrastructure providers to censor, silence, block, hinder, delay, or delink the speech of people who use the digital infrastructure to speak... Ex ante methods of speech regulation include filtering and blocking. Ex post methods involve takedown, with or without notice to the speaker*».

11 El Estado como un «jugador «más en el tablero del ciberespacio: ver gráfico de Balkin (2019) en su artículo: *Free Speech is a Triangle* (Estados, tecnológicas privadas y ciudadanos).

como en Europa¹², que permiten apoyarse en sus conclusiones para reflexionar sobre los mismos. Sin ignorar las posibles causas estructurales, todos ellos resaltan que la desinformación, el discurso del odio, las teorías de la conspiración, la incitación a la violencia y la indignación sin límite en las redes, son expresión global de la desilusión respecto a los valores de la democracia liberal tradicional y sus instituciones. Asimismo, potencian la inestabilidad de los gobiernos democráticos. De tal manera, como reflejan ciertos megaestudios¹³, las redes contribuyen significativamente a la emergencia de los populismos autoritarios, debilitando la confianza social y política, haciendo crecer la polarización y disminuyendo el conocimiento de los asuntos de actualidad. Siguiendo a Hasen (2022:21), se afirma que el mayor riesgo que encara la democracia actualmente es que el público no puede determinar lo que es verdad o decidir su voto basándose en información precisa, y este público es susceptible de manipulación política, a través de contenidos relevantes electoralmente, algunos de ellos falsos o sesgados, que se repiten y viralizan, utilizando la segmentación de datos y los perfiles de los usuarios. En la misma línea, Natanel (2023:8-17) señala que las redes sociales por su diseño y funcionamiento dañan a la democracia desde distintos frentes: extremismo y polarización, discurso de odio, desinformación en general y «niebla epistemológica», además de objetivos determinados para amplificar contenidos e inestabilidad política.

Casi se asume que la curación y moderación de contenidos de las redes sociales son intentos fallidos de limpiar las plataformas de desinformación (aún eliminando algunos mensajes como los de terrorismo o pornografía) tanto por la inasumible cantidad de mensajes como por las políticas de moderación de contenidos que no interfieren el modelo de negocio inscrito en sus algoritmos.

12 Entre muchos: (Lorenz-Spreen *et al.*, 2023). A Systematic Review of Worldwide Causal and Correlational Evidence on Digital Media and Democracy. *Nature Hum. Behav.* 7, 74-101. Disponible en: <https://www.nature.com/articles/s41562-022-01460-1> (Amsalem y Zoizner, 2023). Do People Learn about Politics on Social Media? A Meta-Analysis of 76 Studies. *Journal of Communication*, Volume 73, Issue 1, 3-13 (Aalberg, 2019). Does Public Media Enhance Citizen Knowledge? En Aeron Davis, ed. *The Death Of Knowledge?*. UK: Goldsmiths Press. Disponible: <https://goldsmithspress.pubpub.org/pub/mlpm2cz4/release/1>. (Walker, M., Matsa, E. 2021). News Consumption Across Social Media in 2021. *Pew Research Center*, Sept. 20., 2021. Disponible en: <https://www.pewresearch.org/journalism/2021/09/20/news-consumption-across-social-media-in-2021>. <https://doi.org/10.1101/2022.07.15.22277693> (Liedke y Wang, 2023). News Platform Fact Sheet. *Pew Research Center* (Nov. 15, 2023). <https://www.pewresearch.org/journalism/fact-sheet/social-media-and-news-fact-sheet/>

(Milner, 2002). *Civic Literacy: How Informed Citizens Make Democracy Work*. MA: Tufts University (Park, 2022). (Rubio Núñez *et al.*, 2024). Sobre su uso y funcionamiento en las elecciones.

13 (Wintemute, *et al.*, 2022). Views of American Democracy and Support for Political Violence: First Report from a Nation wide Population-Representative Survey. *MEDRXIV* (Jul.15, 2022). Disponible en: <https://doi.org/10.1101/2022.07.15.22277693>

(Hasen, 2022). (Benkler, 2019) <https://mediawell.ssrc.org/expert-reflections/cautionary-notes-on-disinformation-benkler> (Suler, 2004). The Online Disinhibition Effect. *Cyberpsych. & Behav.* Vol.7, No.3, 321-326 (Bor y Petersen, 2022). The Psychology of Online Political Hostility: A Comprehensive Cross-National Test of the Mismatch Hypothesis. 116 *AM. POL. SCI. REV.* Vol. 116, No.1, 1-18 (Törnberg, 2022). How Digital Media Drive Affective Polarization Through Partisan Sorting, *PNAS*, Vol.119, No.42, 1-11

También en: (Bail, 2021). *Breaking The Social Media Prism*. N.J: Princeton Univ. Press

Aquí como allí, tenemos el mismo problema de la libertad de expresión e información en los «*social media*» que causa los mismos daños a la democracia, problema que, en realidad, es la «punta del iceberg» de un mayor problema¹⁴. La tecnología¹⁵ —dominada en principio solo por las empresas y mediadora de relaciones de poder— sobre la que funcionan estas redes sociales, es la misma allí como aquí, y estas plataformas de las empresas tecnológicas privadas —y sus algoritmos— han aplicado durante décadas los mismos términos legales, las mismas políticas de privacidad y las mismas prácticas de curación, moderación y recomendación de contenidos, tanto allí como aquí, exportando su modelo de «*social media*» al mundo entero¹⁶, y también a Europa, que en 2022 con el RSD marcó un punto de inflexión, al convertirlas casi «en agentes estatales» o intermediarios de regulación. Y ello porque la UE ha puesto negro sobre blanco lo que, en parte, ya venía haciendo (*collateral censorship* y *prior restraint*)¹⁷, pero ahora dando un paso más al regular directamente, haciendo responsables a las empresas tecnológicas e incluso a los usuarios¹⁸. Ya no se «disimula el apetito del Estado» por controlar las tecnológicas, sino que queda patente en la letra de la ley, pues como señala Balkin (2018:1180-81), cuanto más poder tienen estas empresas por sus capacidades técnicas y por el control de la información («*surveillance capitalism*»)¹⁹, más tentador es para el Estado su control y regulación con el fin de «participar» de sus beneficios (económicos y políticos)²⁰. Y añade Balkin (2018) que la tecnología ha hecho posible que el poder esté más distribuido que nunca, aunque,

14 La causa primera podría describirse como la lucha de los principales contendientes de esta «guerra por el ciberespacio», principalmente, aunque no solo, los Estados, las multinacionales privadas tecnológicas y los usuarios.

15 Sin olvidar que detrás de la tecnología hay personas, Estados y multinacionales que operan en distintos países. Y todos ellos modelan mediante la tecnología las relaciones entre las personas, social-política y económicamente.

16 «*Faced with an unruly and unpredictable collection of all types of people from around the world (not to mention agents of various nation-states), these companies learned that they had to govern—that is, promulgate and enforce the values and norms that their communities stood for*» (Balkin, 2019: 1181-1182).

17 La Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000 (Directiva sobre el comercio electrónico), declaraba que los intermediarios estaban exentos de responsabilidad pero, a la vez, por ejemplo, en el artículo 14.3 establecía «*El presente artículo no afectará la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exijan al prestador de servicios de poner fin a una infracción o impedir la, ni a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan procedimientos por los que se rija la retirada de datos o impida el acceso a ellos*». Lo cual significa que los intermediarios actuaban en conformidad con el fin de evitar conflictos jurídicos con el Estado.

18 Un claro ejemplo, la regulación y responsabilización de *influencers* como usuarios de especial relevancia, generadores de contenido audiovisual en las plataformas de intercambio de vídeos. Directiva 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 (Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual).

19 Zuboff (2019).

20 «*Nation-states attempt to co-opt these capacities through coercion or threats of regulation. This, in turn, causes increased development of governing, surveilling, and regulatory capacities. And this, in turn, makes private-infrastructure owners even more tempting targets for government pressure—because private companies can no longer pretend that they cannot actually do what governments want them to do. This dialectic encourages new-school speech regulation, making it ever more important to nation-states as a method of surveilling, regulating, and controlling forbidden speech and conduct on the*

al mismo tiempo, sea también mucho menos democrático, a pesar de las «aparentes» bondades de las redes sociales. Para entender los desafíos políticos de la «sociedad algorítmica» hay que entender la capacidad del «*big data*» de recoger y analizar los datos-información de las personas. La asimetría que se produce entre los que recogen los datos para su análisis y toma de decisiones y de los que se recogen los datos, permite que las grandes compañías privadas y los gobiernos ejerzan su poder sobre ellos, y que, a pesar de pertenecerles los datos de los que son titulares, no los controlan en absoluto. En la misma línea de razonamiento de Varofakis (2023), se podría afirmar que las plataformas no son espacios de mercado libre y que sus fuerzas de explotación han sido desplazadas por la vigilancia y explotación masiva de datos personales de todos y en todas partes.

La desinformación (o desórdenes informativos en sentido amplio, noticias falsas, viralización, polarización, etc.) puede ser entendida como una indeseada consecuencia del uso de estas plataformas, que propician muchas posibilidades pero también «ruidos» y vulnerabilidades (*nuisances/vulnerabilitis*)²¹, dando lugar a manipulación y discriminación mediante algoritmos. Ahora bien, es necesario tomar altura y afirmar que la desinformación es también «moneda de cambio» en la tensa relación Estado-Empresas tecnológicas privadas y, asimismo, «acicate» para la colaboración entre ambos, lo que posibilita compartir los datos de los usuarios y sus derivadas.

Este «ruido informativo» (desinformación) puede ser instrumentalizado por intereses opacos de unos u otros. El Estado encuentra aquí un «indiscutible» motivo de restricción, para «contrarrestar» el poder de las plataformas privadas que amenazan el poder del Estado desde el ciberespacio. Esta acción provocaría y hasta legitimaría la intervención estatal y su regulación, con el fin, entre otros, de defender a la democracia cuando no así mismos. En otras palabras, se trata de ganar poder para frenar el de las compañías tecnológicas. Aunque, también, se apunta en el otro sentido el contrataque: las mismas plataformas propician o se valen de este ruido como munición para erosionar el poder estatal y seguir teniendo razones para desarrollar su poder y aplicar su gobernanza al poner de manifiesto la incapacidad del Estado de restablecer el orden. Es una soterrada «guerra» que se está librando aquí en Europa y allí en Estados Unidos (por no decir en todas partes). En el primer escenario, la Unión Europea ha encontrado razones sobradas para regular decididamente las plataformas. No obstante, se hecho notar por la doctrina que cuanta más regulación estatal más poder para éstas como agentes estatales de regulación. Lo que les permite regular por ellas mismas en nombre del Estado, y cuanta más «regulación privada» que apliquen más poderosas que los Estados van tornándose.

internet. But as technology companies grew, expanded internationally, and became ever more technically proficient, nation-states began to demand more and more from them.» (Balkin, 2018: 1180-81).

21 Balkin (2018:1163-164) «*The concept of algorithmic nuisance stems from the fact that companies collect data about people from multiple sources and use algorithms to make decisions about people. Through this process, companies do more than simply make decisions. They also construct people's digital identities, traits, and associations, which, in turn, construct (and constrict) their future opportunities.*».

Sin embargo, en el otro modelo, el que podría identificarse como el escenario USA, la estrategia parece ser la opuesta, no ayudar a construir el poder de las plataformas mediante regulación. Lo cual resulta, aparentemente, en un poder superior de las compañías tecnológicas privadas de comunicación sobre el Estado. Entre tanto, el impacto de esta desinformación tiene efectos muy dañinos, allí como aquí, en la democracia, pues las redes sirven al público para propiciar la participación, facilitar la conversación pública y canalizar la opinión pública. Y aunque las relaciones UE y USA han obligado a las plataformas americanas (en ambos continentes) a cumplir con el Reglamento de Servicios Digitales (RSD), no parece advertirse contrariedad alguna por éstas, que, sin embargo, encuentran más recursos para implementar sus normas, procedimientos y órganos de gobierno propios sobre las comunidades que las habitan²². Con los efectos expansivos de la regulación europea, se está produciendo lo que se ha denominado como «efecto Bruselas» (Natanel, 2023)²³. De todas formas, a la entrada en vigor del Reglamento europeo en 2022, los *social media* llevaban años de moderación de contenidos.

Observa Haupt (2021) que, en diferentes partes del mundo, a nivel nacional y supranacional, se han realizado diferentes regulaciones de la libertad de expresión *online* con el fin de afrontar las anomalías de los *social media*. Según constata, no se diferencian básicamente de las regulaciones *offline*. Y por ello, señala, el impacto de esta regulación en estas plataformas tecnológicas es mínimo, si acaso en algunas cuestiones marginales. Y es que aplicar lo que Balkin (2014) denomina «*old school*», es decir, la vieja manera de regular los medios de comunicación no es eficaz en estas nuevas infraestructuras, pues como recoge Haupt (2021:753) oscurece las cuestiones profundas que nacen de la naturaleza de este *online speech*. Parece coincidir con Balkin (2014) en que atender a la naturaleza de esta infraestructura informativa y la manera en cómo se sustancian las relaciones humanas en la misma, y en cómo se ejercen las libertades de expresión e información, es el punto de partida para legislar (o no) esta nueva realidad, que no debe abordarse con las mismas técnicas jurídicas —o no sólo— utilizadas en la realidad comunicativa analógica.

III. DOS MODELOS DISTINTOS A PESAR DEL EFECTO BRUSELAS: EL MARCO LEGAL EN USA Y EN LA UE

Aunque los problemas generados por los social media son los mismos en ambos continentes, el enfoque legal y la regulación diseñan modelos muy

22 Case decisión 2021-001-FB-FBR (FB Oversight Board Ruling on Trump) <https://www.oversight-board.com/news/226612455899839-oversight-board-upholds-former-president-trump-s-suspension-finds-facebook-failed-to-impose-proper-penalty/>

23 Natanel (2023: 4-5) sobre el efecto Bruselas: «Hence, even for major platforms, «global compliance is easier and causes less legal or political grief.» all the more so due to the substantial size of the EU social media market —larger than that of the U.S.— and the penchant of European courts to order extraterritorial compliance».

diferenciados. La evolución del marco europeo, especialmente, ha exacerbado la diferencia²⁴ y marcado distancias con los Estados Unidos, y ello a pesar del «efecto Bruselas²⁵». Cada país ha abordado la cuestión concediendo un grado diferente de inmunidad a las plataformas privadas intermediarias, en el caso de USA casi absoluto²⁶ (y más restringido en la UE), con el fin de propiciar la libertad de expresión y evitar una manera colateral del Estado de restringir la información. En Estados Unidos (Balkin, 2021:73-93) se ha entendido preferible mantener libre de control a estos propietarios intermediarios (con algunas excepciones), diferenciando las distintas infraestructuras que, como el sistema de nombres de dominio, requieren otro tratamiento.

1. Marco legal en USA: Inmunidad, «safe harbor» y la no regulación

47 U.S.C. § Section 230 de la *Communications Decency Act (CDA)* se introdujo en 1996 como parte de la más amplia *Telecommunications Act. Section 230(c)(1)* dice: «No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider.» *Section 230(c)(1)* ofrece a los intermediarios una casi total inmunidad respecto a la posible responsabilidad civil, al no ser considerados ni «speakers» (emisores), ni tampoco editores de los contenidos de terceros. Y la *Section 230(c)(2)* les concede *safe harbor* o inmunidad civil cuando actúan como «buen samaritano» y bloquean, remueven o desechan contenidos ajenos si: *Section 230(c)(2)* «the intermediary's good faith decisions to block or remove content the intermediary considers «to be

24 La diferenciación de modelos y la fricción entre empresas privadas tecnológicas-Estados tienen un antecedente claro en el diferente enfoque de protección de datos personales. La diferencia legal de protección crea un problema en la transferencia de datos entre los países europeos y USA, lo cual provocó que se rompiera, primero, el acuerdo del *Safe Harbor* (Schrems European Court Decision, Sept. 23, 2015, Case-362/14); y, después, el *Privacy Shield Framework* (Schrems II European Court Decision, Julio 16, 2020, Case-311/18). La tensión Estado-Empresa la ha subrayado, también, el magistrado Alito en su opinión disidente de la sentencia de la Corte Suprema *Biden vs Missouri* (2024), al subrayar cómo éstas dependen de la acción diplomática del Estado para la resolución de conflictos internacionales.

25 Efecto que se ha hecho notar en el mundo especialmente desde el Reglamento de Protección de Datos Personales (2016), pero que en Estados Unidos ha sido puramente formal, al menos en materia de protección de datos personales. Las sentencias Schrems I y II muestran un espinoso camino (que se inicia con anterioridad al RGDP) en el que queda patente cómo el gobierno estadounidense obliga a Facebook a poner a disposición sus datos a las autoridades, como NSA o el FBI, sin las garantías adecuadas y con fines de seguridad nacional. Camino que, finalmente, lleva a la Unión Europea a la casilla de partida en materia de transferencia de datos a Estados Unidos, ya que tuvo que encontrar en los arts. 49, 45 y ss del RGPD, entre las que ofrecen estos artículos, la solución del «consentimiento explícito» como salida principal para mantener las relaciones comerciales entre UE y USA, en concreto para las empresas de redes sociales. Estas empresas utilizan «condiciones generales de contratación» (cesión y tratamiento de datos) que son aceptadas automáticamente por el usuario, con lo que su protección real es prácticamente nula en este sentido.

26 En USA la Sección 230 de la Ley de Telecomunicaciones de 1996 establece este régimen que, sin embargo, encuentra una importante excepción en la sección 512 de la *Digital Millennium Copyright Act*, estableciendo reglas diferentes que rompen el «safe harbor».

obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable whether or not such material is constitutionally protected».

La Sección 230 establece, por tanto, la no responsabilidad de las webs, plataformas y otros servicios on-line por contenidos de terceras personas. Se considera que esta legislación ha sido clave para el desarrollo y la innovación en Internet. Simple y elegante, como la califican algunos autores (Goldman, 2020), ha tenido extraordinarias consecuencias para Internet y la sociedad²⁷. Sin embargo, la inmunidad concedida no es ilimitada, y la secc. 230 recoge sus excepciones: «*Section 230's Statutory Exclusions*». A saber: 1: *Electronic Communications Privacy Act or state law equivalents* 47 U.S.C. §230(e)(4).); 2: *Intellectual Property*²⁸ 47 U.S.C. §230(e)(2). 3: *Federal Criminal Prosecutions* 47 U.S.C. §230(e)(1). 4: En 2018, el Congreso norteamericano añadió nuevas excepciones a la Section 230 con el fin de desechar materiales *online* que violaban las leyes federales y estatales de tráfico sexual: FOSTA (*Allow States and Victims to Fight Online Sex Trafficking Act*) and SESTA (*Stop Enabling Sex Traffickers Act*).

Para entender mejor esta pieza legislativa clave para los «social media» en los Estados Unidos, hay que retrotraerse a los comienzos de la evolución de Internet. Antes de que el Congreso promulgara esta Sección 230, se sucedieron dos casos judiciales importantes que ponían de manifiesto el mal encaje del paradigma de control editorial /responsabilidad tradicional para la nueva realidad Internet. Y es que, respecto a los contenidos de terceros, los intermediarios *online* no tienen semejanza ni con los tradicionales editores de prensa ni con los operadores de telecomunicaciones (*publishers/carriers*).

Hay que referirse a la «Pre-Section 230 Law»: el primer caso *Cubby v. CompuServe*²⁹, de 1991 en the *Southern District of New York*. Y el segundo, Pre-Sección 230, *Stratton Oakmont v. Prodigy* en 1995 *New York State Court*. El primero dio lugar a un sistema standard de «notice-and takedown» por difamación, aunque dejando en incertidumbre otros posibles supuestos. Fue el pronunciamiento del segundo caso *Stratton Oakmont v. Prodigy*³⁰ el que dio lugar al llamado «dilema del moderador», que conducía al intermediario online a tener que elegir entre dos opciones para evitar la responsabilidad:

— La primera, moderar activamente los contenidos o incluso desecharlos, lo que obligaba a examinar y comprobar cada mensaje con el fin de proveer

27 US Department of Justice., *Section 30-Nurturing Innovation or Fostering Unaccountability?* United States Department of Justice's Review of Section 230 of The Communications Decency Act of 1996. June, 2020

28 Esta excepción es complicada y compleja para determinar dónde aplicarla. En *In Perfect 10 v. CCBill*,³¹ the *Ninth Circuit* «held that the exclusion only applied to federal intellectual property claims, so Section 230 preempted all state intellectual property claims. State IP claims can include state trademark claims, state copyright claims, trade secret claims, publicity right claims, and possibly others». Pero no siempre es así.

29 *Cubby, Inc. v. CompuServe Inc.*, 776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991).

30 *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.*, 1995 WL 323710 (N.Y. Sup. Ct. 1995).

a los usuarios de la web o plataforma seguridad y fiabilidad. Y con lo cual también se arriesgaba a que el monitoreo no fuera lo suficientemente exhaustivo y a exponerse a responsabilidad legal.

- La segunda opción era la contraria, renunciar al control o moderación con lo cual podría alegar «que no sabía o conocía o no tenía razón para conocer» los contenidos y eludir la posible responsabilidad legal. Esta última táctica era exactamente la que el Congreso norteamericano quería evitar, puesto que se traduciría en más contenidos dañinos, sobre todo en pornografía infantil online. Sin embargo, siguiendo *Stratton Oakmont v. Prodigy* muchos intermediarios priorizaron la mitigación del riesgo y redujeron los esfuerzos por moderar y examinar los contenidos susceptibles de objeción. El legislador quiso eliminar el «*Moderator's Dilemma*» al introducir la Sección 230. Se quiso con la misma anular *Stratton Oakmont v. Prodigy* y otros casos semejantes que consideraban a los «providers and users» como «publishers or speakers» y les hacían responsables de los contenidos de terceros, y ello porque en sus webs moderaban o restringían los contenidos susceptibles de objeción.

La Sección 230 se presenta, así, como una buena transacción entre el legislador y los intermediarios: estos aceptan ser «buenos samaritanos» y curar los contenidos (labor muy gravosa para el Estado), a cambio de inmunidad casi absoluta por los contenidos ajenos que distribuyen y que podrían dar lugar a responsabilidad. La Sección 230(c)(1) funda la inmunidad de estas plataformas intermediarias, *prima facie*, en tres elementos: 1. _Sobre los «providers» o cualquier proveedor de servicio de Internet (en un sentido muy amplio) y sobre los «users of an interactive computer service», también con una amplia interpretación, incluyendo a cualquiera que es un usuario o cliente del servicio. 2. _Los intermediarios son inmunes porque no son concebidos como editores (tradicionales) ni generan los contenidos (*publisher or speaker*)³¹. 3. _El intermediario no responde por los contenidos ajenos o de terceros que distribuye. En otras palabras, las webs, plataformas o los servicios online no son responsables por los contenidos de terceros (salvo que se incurra en las excepciones estatutarias). Y ello tanto si tienen o no conocimiento de los contenidos³², como si ha habido o no una monitorización previa o posterior de los mismos. Obviamente, la histórica distinción legal de los tradicionales editores de prensa y operadores de telecomunicaciones colapsa, dado que estas plataformas pueden funcionar como «editores» o *publishers* y a la vez recibir el trato favorable de los operadores de telecomunicaciones (*carriers*).

31 Esto les protege especialmente en casos por difamación.

32 Esto, sin embargo, no sucede en el caso de los contenidos protegidos por *copyright* y su infracción. La jurisprudencia no ha trasladado a la Sección 230 el criterio establecido en la *Digital Millennium Copyright Act's (DMCA)*, sobre el *online safe harbor* que queda suspendido cuando el servicio «conoce» que se están infringiendo los derechos de autor.

Precisamente dos de los más importantes casos que penden ahora mismo del Tribunal Supremo americano presentan esta cuestión sobre la naturaleza de los social media (*publishers or carriers*), y si deben, si así lo entendieran, recibir el trato legal de *publisher* y *carrier* a la vez. Hay que esperar pues las sentencias del Tribunal sobre: *NetChoice LLC v. Paxton*, 49 F.4th 439 (5th Cir. 2022) y *NetChoice LLC v. Attorney General, Florida*, 34 F.4th 1196 (11th Cir. 2022), que levantan suma expectación pues se espera que el Alto Tribunal determine la posición y relación del Gobierno³³ respecto a estas poderosas empresas tecnológicas³⁴. Las Cortes de apelación se han pronunciado sobre estas leyes estatales (Florida y Texas) que imponen obligaciones de *carriers* sobre las grandes plataformas (es decir, que deben de distribuir todos los mensajes sin discriminación). En *NetChoice LLC v. Attorney General, Florida*, 34 F.4th 1196 (11th Cir. 2022), se afirma que la ley de Florida viola la Primera Enmienda al limitar la libre decisión de las plataformas de tomar decisiones editoriales y remover o desechar ciertos mensajes (lo cual podría también trasladarse al Estado si intentara regular estas plataformas para contrarrestar el discurso antidemocrático). Por otra parte, en *NetChoice LLC v. Paxton*, 49 F.4th 439 (5th Cir. 2022), respecto a la ley de Texas, el *Fifth Circuit* sostiene que las plataformas son tratadas como «*common carriers*» (operadores de telecomunicaciones que no discriminan a sus clientes) y afirma «*we reject the idea that corporations have a freewheeling First Amendment right to censor what people say*». Mientras que las dos Cortes de apelación difieren sobre quién es *speaker* (si el titular de la plataforma o el usuario de la misma), ambas parecen coincidir en que el *speaker* debe disfrutar de la máxima libertad de expresión, incluso si la «*free speech*» pudiera perjudicar a la democracia.

Los intermediarios online, como se ha mencionado más arriba, además se benefician de la sección 230(c)(2) *safe harbor*, aunque, por los propios términos legales del servicio de las redes sociales, resulte ésta menos útil. Los proveedores intermediarios que actúen de buena fe como «buenos samaritanos» podrán bloquear, filtrar, curar, moderar, remover o desechar contenidos que entiendan como dañinos, sin ser responsables a pesar de actuar como si fueran editores. Estas plataformas en los últimos años han evolucionado en el grado y procedimiento de moderación, recomendación y en el formalismo de sus decisiones, hasta casi equipararse a un órgano administrativo. Y es que la necesidad de justificar y fundamentar sus decisiones se ha hecho muy necesaria, debido a las implicaciones de la secc.230 y el impacto de las redes en la sociedad y la democracia. La afirmación «el medio es el mensaje» cobra nueva realidad³⁵, dado que, en virtud de la

33 603 U.S. 2024. *Supreme Court of United States*, No. 23-411. *Vivek H. Murthy, Surgeon General, Et Al., Petitioners v. Missouri, Et Al.* (June 26, 2024). El Alto Tribunal no ha dejado claro la relación posible del Gobierno con las plataformas.

34 El 27 de Febrero de 2024 los medios de comunicación recogían la noticia sobre «*Trump-DeSantis censorship law has rough day at SCOTUS*»: https://www.youtube.com/watch?v=uG7Sk_1P_Qk

35 McLuhan, M. (1964). *Understanding Media: The Extensions of Man*. Cambridge.

secc.230, se privilegia legalmente al «editor online» sobre el «editor offline», concediendo al primero una protección más favorable que al segundo. Y aunque parece que la secc. 230 beneficia a las grandes plataformas (Google, Facebook), por su capacidad de reajustar su control editorial según las circunstancias, sin embargo, en virtud de la secc. 230 las plataformas más pequeñas pueden entrar en el mercado sin necesidad de hacer grandes inversiones y resistir, al no tener que afrontar grandes gastos de moderación (pudiendo ser más flexibles en este sentido). La sección 230 beneficia a las grandes, pero también a las pequeñas, al mantener las puertas abiertas del mercado, sin imponer barreras de entrada y favoreciendo la competencia que finalmente pueda destronar a los gigantes tecnológicos (Goldman, 2020:8).

Pero no todas las voces son tan favorables y optimistas³⁶. La necesidad de cambios legales para algunos es imperiosa, a resultas de los daños que los social media están infligiendo a la sociedad y la democracia y cuando parece que ya no es necesaria la sección 230 para potenciar la innovación en Internet. Sin embargo, siguiendo a Goldman (2020:8), no es tan simple como parece, porque los gigantes tecnológicos tienen capacidad para acomodarse a los posibles cambios legislativos, pero no así las pequeñas empresas que no resistirían el envite. Según este mismo autor, estamos muy lejos del final de la innovación tecnológica, y no sería prudente restringir la competencia en el mercado. Lo cual parece tener sentido si se considera que estamos en el comienzo de la era de la Inteligencia Artificial generativa y la neurotecnología en todas sus expresiones.

Respecto a los daños sociales de los que se acusa a los *social media* de lucrarse, no parece comparecerse en USA con las millonarias inversiones de estas empresas privadas en «*content moderation*» con el fin de construir negocios seguros y mantener su reputación frente a sus usuarios y clientes. En definitiva, el futuro de este excepcional privilegio que es la sección 230 está en manos de la US Supreme Court, que en la resolución de los casos pendientes mencionados³⁷ puede cambiar el rumbo del modelo legal seguido hasta ahora. USA, al igual que la UE, no renuncia a exportar su modelo legal a otros países, y así lo ha manifestado al acordar en 2018 NAFTA 2.0 («USMCA»), que obliga a Canadá y Mexico a adoptar la Sección 230.

36 US Department of Justice, 2020:5 «*These reforms to Section 230 immunity will incentivize online platforms to police responsibly content that is illegal and exploitive while continuing to encourage a vibrant, open, and competitive internet. These twin objectives of giving online platforms the freedom to grow and innovate while also encouraging them to moderate obscene and unlawful content were the core objectives of Section 230 at the outset. The Department's proposed reforms aim to realize these objectives more fully and clearly so that, in light of the vast technological changes since 1996, Section 230 better serves the interests of the American people*»

37 NetChoice LLC v. Paxton, 49 F.4th 439 (5th Cir. 2022)

NetChoice LLC v. Attorney General, Florida, 34 F.4th 1196 (11th Cir. 2022)

Missouri v. Biden, F. —Supp. 3d—, 2023 WL 4441131 (WD La. 2023). Caso ya resuelto: 603 U.S. 2024. Supreme Court of United States, No. 23-411. Vivek H. Murthy, Surgeon General, Et Al., Petitioners v. Missouri, et al. (June 26, 2024).

2. Marco legal en la UE: de la pasividad ante las plataformas al efecto Bruselas

La Unión Europea inició en 2021 un programa de actuación cuyo itinerario conduce hasta el 2030, la llamada Década Digital, cuyo fin es alcanzar los objetivos digitales en un marco de gobernanza³⁸. Principales ámbitos de actuación de la Estrategia Digital de la UE incluyen: La Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales, Servicios Digitales, Economía de Datos, Inteligencia Artificial, Identificación Digital Europea, Ciberseguridad, entre otras. Interesa particularmente aquí «el paquete de servicios digitales» como respuesta de la UE a la necesidad de regular el espacio digital. Los dos instrumentos legislativos que lo constituyen tienen por objeto definir medidas para proteger los derechos de los usuarios, apoyando al mismo tiempo la innovación en la economía digital.

Estos son, el Reglamento de Servicios Digitales (RSD) que establece nuevas normas para proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos de la UE en línea. Y el Reglamento de Mercados Digitales³⁹ (RMD) que crea unas condiciones de competencia equitativas para las empresas de la UE mediante la regulación de las grandes empresas tecnológicas. Estas dos importantes leyes tienen que considerarse en interacción con otras como el Reglamento de Inteligencia Artificial⁴⁰, el Reglamento de Gobernanza de Datos⁴¹ o el Reglamento de Datos⁴². Y, por supuesto, por su intrínseca conexión, con la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual⁴³, concretamente lo establecido para «la prestación del servicio de intercambio

38 Aunque el posicionamiento estratégico global de Europa se remonta, incluso, más allá del Reglamento de Protección de Datos personales (2016).

39 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 (Reglamento de Mercados Digitales).

40 Reglamento 2024/1689 aprobado el 13 de junio de 2024, pero no se aplicará en su totalidad hasta dentro de 3 años. Reglamento que deberá complementarse con el Convenio *Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, también aprobado este año. Estados Unidos se adelantó y ya ha aprobado la Orden Ejecutiva Presidencial de IA del 30 de octubre, 2023: *Executive Order on the Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence. The White House*.

41 Reglamento (UE) 2022/168 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 relativo a la Gobernanza Europea de Datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 (Reglamento de Gobernanza de Datos).

42 Reglamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828 (Reglamento de Datos).

43 Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE (Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual). Considerandos 47 y 48: «(47) Una parte significativa de los contenidos puestos a disposición en una plataforma de intercambio de vídeos no está bajo la responsabilidad editorial del prestador de dicho servicio. No obstante, esos prestadores suelen determinar la organización de los contenidos, a saber, programas, vídeos generados por usuarios y comunicaciones comerciales audiovisuales, incluso por medios o algoritmos automáticos. Por tanto, se debe exigir a esos prestadores que tomen las medidas adecuadas para proteger a los menores de contenidos que puedan afectar a su desarrollo físico, mental o moral. También se les debe exigir que tomen las medidas adecuadas para proteger al público en general de contenidos que inciten a la violencia o al odio contra un grupo

de vídeos a través de plataforma» (artículo 28). También con el más reciente Reglamento Europeo de Libertad de Medios de Comunicación⁴⁴. Asimismo, con la Directiva de los Derechos de Autor y Derecho Afines en el mercado único digital⁴⁵, concretamente lo establecido para «uso de contenidos protegidos por parte de prestadores de servicios para compartir contenidos en línea» (artículo 17). Las dos Directivas comparten con el Reglamento de Servicios Digitales una pretendida exención de responsabilidad jurídica de los contenidos y la no obligación de monitorizar los mismos en conformidad con el mantenimiento del puerto seguro⁴⁶ (notas a pie de página 41, 42, 44 y 45). Sin embargo, tal exención se somete a exigentes condiciones y obligaciones que comprometen tal seguridad del puerto. La Unión Europea mantuvo una larga pasividad durante décadas ante las plataformas⁴⁷, para

o miembros de un grupo por los motivos mencionados en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (...) o de la difusión de contenido que constituya una infracción penal.» «(48) ... medidas que «deben guardar relación con la organización de los contenidos, y no con los contenidos como tales. Por consiguiente, los requisitos al respecto establecidos en la Directiva 2010/13/UE deben aplicarse sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 12 a 14 de la Directiva 2000/31/CE, que dispone una exención de la responsabilidad por la información ilícita ... Cuando se presten los servicios enumerados en los artículos 12 a 14 de la Directiva 2000/31/CE, dichos requisitos también deben aplicarse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 de dicha Directiva, que impide que se impongan a los prestadores obligaciones generales de supervisión de tal información y de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, sin afectar no obstante a las obligaciones de supervisión en casos específicos y, en particular, a las solicitudes de las autoridades nacionales formuladas de conformidad con el Derecho nacional».

⁴⁴ Reglamento (UE) 2024/1083 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, por el que se establece un marco común para los Servicios de Medios de Comunicación en el Mercado interior y se modifica la Directiva 2010/13/UE (Reglamento Europeo sobre la Libertad de los Medios de Comunicación). Y ello porque como explica el considerando 4: «las plataformas en línea de alcance mundial actúan como puertas de entrada a los contenidos de los medios de comunicación, con modelos de negocio que tienden a eliminar la intermediación para el acceso a los servicios de medios de comunicación y a amplificar los contenidos polarizadores y la desinformación».

⁴⁵ Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los Derechos de Autor y Derechos Afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE. Artículo 17: «Uso de contenidos protegidos por parte de prestadores de servicios para compartir contenidos en línea». En 17.3 se establece «Cuando los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea sean responsables de actos de comunicación al público o de puesta a disposición del público en las condiciones establecidas en la presente Directiva, la limitación de responsabilidad prevista en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31/CE no se aplicará a las situaciones contempladas por el presente artículo». Y seguidamente en el apartado 4 del artículo 17: «En caso de que no se conceda una autorización, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea serán responsables de los actos no autorizados de comunicación al público, incluida la puesta a disposición de este, de obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor, a menos que demuestren que: a) b)...».

⁴⁶ Peguera (2009). Su artículo *The DMCA Safe Harbors and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems* (describiendo las diferencias entre el *safe harbor* en la ley americana de derechos de autor (DMCA) y en la Directiva del Comercio Electrónico de la Unión Europea).

⁴⁷ A modo de ejemplo, el famoso caso n.º 64569/09, *STEDH Delfi AS v. Estonia*, de 16 de junio de 2015. http://www.klgates.com/files/Upload/CASE_OF_DEL20AS_v._ESTONIA.pdf donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que el Artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos no se había violado, aun cuando una web de noticias había sido previamente considerada responsable de difamación por los comentarios de lectores e incluso la propia plataforma no había retirado. En el mismo sentido de indiferencia del Estado respecto a las plataformas durante años: Hampson (2011). Su artículo *The Internet is Not a Lawless Prairie: Data Protection and Privacy in Italy* (describe un caso italiano en el que se persigue la

finalmente actuar con una multiplicidad de instrumentos legislativos con el fin de gobernar el espacio digital europeo, protegiendo los derechos fundamentales de los ciudadanos, sin renunciar a la innovación y mantener la leal competencia en el mercado. Todo en una estrategia digital omnicomprendensiva y a largo plazo.

Autores como Natanel (2023) sostienen que la regulación europea de las plataformas online, informada por la teoría de la democracia militante, ciertamente coloreará los *social media* en Estados Unidos, tanto en su diseño como en la moderación de contenidos y en la práctica del sistema de recomendación. Natanel afirma el papel de liderazgo mundial de la Unión Europea en la regulación de las redes sociales y de las plataformas, en general, de lo que espera se produzca el «efecto Bruselas», puesto que las plataformas norteamericanas deberán conformar sus operaciones a los requerimientos de la legislación europea, tanto en USA como en otras partes del mundo, dado que mantener sistemas diferentes en diferentes países resulta muy caro y poco eficiente.

El Reglamento de Servicios Digitales (RSD), complementado por el Reglamento de Mercados Digitales (RMD), son los instrumentos clave para la regulación de los «social media» e imponer la marca del Estado en un espacio originariamente gobernado por las empresas tecnológicas privadas.

El Reglamento de Servicios Digitales (RSD) no introduce cambios en el marco jurídico preexistente de la Directiva del Comercio Electrónico (DCE), salvo el cambio de sede normativo de los artículos 12 a 15⁴⁸ de la DCE, que contienen las normas relativas a la limitación de responsabilidad de los intermediarios, a los artículos 4, 5, 6 y 8 del RSD. Conforme al artículo 2.3 del Reglamento, la Directiva no debe verse afectada, pues permanece inalterada. Sin embargo, en RSD se encuentran novedades importantes con el fin de combatir los «contenidos ilícitos». Los Considerandos 9 y 12 del Reglamento marcan su ambicioso objetivo de garantizar un entorno en línea seguro, predecible y digno de confianza, en cumplimiento con la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, y anticipando

responsabilidad jurídica de tres ejecutivos de Google por un vídeo en YouTube, en el que se vulneraba la privacidad de un estudiante autista, mientras que se le mostraba en la red social siendo víctima de *bullying* por sus compañeros de clase.

48 Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000 (Directiva sobre el comercio electrónico), ya citada. Artículo 15: Inexistencia de obligación general de supervisión:

1. Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14.
2. Los Estados miembros podrán establecer obligaciones tendentes a que los prestadores de servicios de la sociedad de la información comuniquen con prontitud a las autoridades públicas competentes los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo por destinatarios de su servicio o la obligación de comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de éstas, información que les permita identificar a los destinatarios de su servicio con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento.

que el concepto de «contenido ilícito» debe reflejar a grandes rasgos las normas vigentes en el entorno fuera de línea.

El texto normativo compuesto de 5 capítulos muestra a las plataformas en línea, creadas por empresas privadas multinacionales, como espacio público-privado, donde el Estado quiere también intervenir en los contenidos generados por terceros y publicados a través de estas plataformas. El Estado, que ha permanecido ajeno a la actividad de los servicios de los prestadores intermediarios de alojamiento de contenido, introduce en el Reglamento disposiciones que ya habían sido, en su mayoría, adoptadas por estos prestadores privados previamente. Por ello y por otras razones, se afirma que el Reglamento llega tarde pues resulta difícil alcanzar (y desmontar) lo que estas plataformas han ido desarrollando en el ciberespacio durante décadas.

El Reglamento permite a los prestadores de los servicios intermediarios la adopción de medidas voluntarias frente a los contenidos ilícitos generados y difundidos por terceros con el objeto de evitar la responsabilidad. Así se detectan:

1. Consideraciones generales para poder acogerse a la exención de responsabilidad (no conocimiento efectivo, contenidos ajenos, servicio neutro, no monitorización).
2. Adopción de los intermediarios de medidas voluntarias frente a los contenidos ilícitos (mecanismos automáticos).
3. Inexistencia de obligación de monitorizar o búsqueda activa de hechos (aunque exista sospecha general o intuición).
4. Ordenes de proporcionar información sobre los usuarios del servicio/ Ordenes de actuación sobre contenidos ilícitos.
5. Delimitación de los beneficiarios de la exención responsabilidad.
6. Conexión con obligaciones de diligencia debida y responsabilidad de los prestadores de alojamiento contenidos.

Pero, además, y con independencia a éstas, se establece un elaborado régimen de obligaciones de diligencia debida con el fin de garantizar diferentes objetivos de interés público, como la protección de los derechos fundamentales amparados en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE⁴⁹.

Diferenciando ambos bloques (medidas voluntarias/obligaciones de diligencia debida), se articulan las distintas vías o posibilidades que permitirían al

⁴⁹ Determinando en el Considerando 41: «En ese sentido, es importante que las obligaciones de diligencia debida se adapten al tipo, el tamaño y la naturaleza del servicio intermediario de que se trate. Por tanto, el presente Reglamento establece obligaciones básicas aplicables a todos los prestadores de servicios intermediarios, así como obligaciones adicionales para los prestadores de servicios de alojamiento de datos y, más concretamente, los prestadores de plataformas en línea, de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño. 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».

prestador interpretar y hasta conformar el contenido de estas libertades informativas, y todo ello de la mano del Estado. Y subrayando las obligaciones adicionales de gran intensidad y calado que se imponen a las plataformas de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño, entre las que destacan la posible revelación del funcionamiento (transparencia) de sus algoritmos y sus datos de entrenamiento. EL Reglamento, en definitiva, puede ser una herramienta jurídica útil para proteger de «ciertos contenidos ilícitos», aunque también podría privar de un gran espectro de «libertad de expresión e información». Son muchas las posibilidades que tienen los prestadores no sólo de limitar estas libertades conforme a la Constitución y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sino incluso de extralimitarse más allá afectando el llamado contenido esencial del derecho fundamental. Pero la acción del RSD quedaría incompleta si no fuera complementada por el Reglamento de Mercados Digitales (los *social media* están dentro de su ámbito), pues un correcto funcionamiento del mercado digital contribuye al ejercicio plural y libre de las libertades informativas (advertidos de que el mercado digital tiene dinámicas propias).

Reglamento de Mercados Digitales que impone un régimen de obligaciones para un grupo reducido de grandes prestadores de servicios básicos de plataforma, calificados como «guardianes de acceso» y respecto a los «servicios básicos de plataforma», con el fin de reparar los desequilibrios económicos derivados de su posición en el mercado y sus posibles prácticas desleales. El poder económico de ese grupo reducido de prestadores de servicios condiciona la «escasa disputabilidad» de los servicios básicos de plataforma y puede menoscabar la equidad de las relaciones comerciales entre esas plataformas y sus usuarios profesionales y usuarios finales. Son usuarios frecuentemente con un elevado grado de dependencia de esas plataformas. Ese poder económico, vinculado al gran número de usuarios de la plataforma, posibilita una singular libertad por parte de esos guardianes de acceso para regular de manera unilateral las condiciones comerciales de prestación de sus servicios. Con este instrumento, el Estado interviene también en la regulación de los mercados digitales, evitando que solo sean las grandes plataformas las que impongan quiénes son los actores, las relaciones, los servicios y productos del mercado, y, en definitiva, los contenidos del espacio digital.

Los conceptos de «guardianes de acceso⁵⁰», así como los «servicios básicos de plataforma⁵¹» quedan determinados en el Reglamento en sus propios términos.

50 Conforme al artículo 3 RMD, son considerados «guardianes de acceso» 1. Una empresa será designada como guardián de acceso si: a) tiene una gran influencia en el mercado interior; b) presta un servicio básico de plataforma que es una puerta de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales, y c) tiene una posición afianzada y duradera, por lo que respecta a sus operaciones, o es previsible que alcance dicha posición en un futuro próximo.

51 Conforme al artículo 2.2 RMD, tienen la consideración de «servicio básico de plataforma», cualquiera de los siguientes elementos: a) servicios de intermediación en línea; b) motores de búsqueda; c) servicios de redes sociales; d) servicios de plataforma de intercambio de vídeos; e) servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración; f) sistemas operativos; g) navegadores web; h) asistentes

Con el objetivo del correcto funcionamiento de estos mercados, el RMD impone a esos prestadores de servicios básicos de plataforma un régimen específico de obligaciones, supervisión y sanciones de Derecho público. Por lo tanto, las plataformas de redes sociales, las plataformas de intercambio de video o los motores de búsqueda que sean considerados «guardianes de acceso», caerán dentro del ámbito de aplicación del Reglamento en tanto que «servicios básicos de plataforma» a los que se impone su régimen jurídico. La designación como «guardián de acceso» y la concreción de los servicios de plataforma de ese prestador respecto de los que tiene esa consideración corresponden en todo caso a la Comisión Europea y son objeto de regulación en el artículo 3 RMD. La trascendencia de esta designación para una empresa se vincula con la circunstancia de que resulta determinante para su sometimiento respecto del servicio o servicios de que se trate al régimen de obligaciones y supervisión establecido en el RMD. Todas las obligaciones se justifican por razones de orden público (como la falta de disputabilidad de los mercados o de equidad).

Estas obligaciones se establecen en el Capítulo III del RMD, integrado por los artículos 5 a 15, y que se rúbrica: «prácticas de los guardianes de acceso que limitan la disputabilidad o son desleales». El artículo 5 contiene un listado de obligaciones que resultan directamente aplicables a los guardianes de acceso sin posibilidad de ulterior especificación por parte de la Comisión. El artículo 6 contempla obligaciones que también son directamente aplicables a los guardianes de acceso, pero respecto de las que se contempla la posibilidad de que la Comisión adopte decisiones especificando en mayor detalle las medidas que el guardián de acceso debe introducir. Además, el artículo 7 establece obligaciones de los guardianes de acceso en materia de interoperabilidad de los servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración.

De las obligaciones de los artículos 5 y 6, interesan aquí sobremanera, todas las dirigidas a regular, restringir o prohibir el uso de los datos resultantes de los usuarios profesionales o finales en todas sus transacciones, operaciones y usos en la plataforma, y ello más allá del Reglamento de Protección de Datos Personales (el cual también deben observar). Obviamente, no es una novedad que el negocio de estas plataformas se basa en la publicidad efectiva posibilitada por los datos personales y no personales de los usuarios de todo tipo. Y, por supuesto, los datos son el alimento natural de los algoritmos y la inteligencia artificial. No extraña pues que sean estas obligaciones ineludibles las que imponga el Estado para estos grandes prestadores. Ahora bien, que las medidas vayan en la dirección acertada (el papel lo aguanta todo) no quiere decir que sea realista su consecución. Diferente y de más factible aplicación son las

virtuales; i) servicios de computación en nube; y j) servicios de publicidad en línea, incluidos los servicios de intermediación publicitaria, prestados por una empresa que preste cualquiera de los servicios básicos de plataforma enumerados previamente.

obligaciones dirigidas a las aplicaciones informáticas y servicios informáticos. De hecho, en este sentido, ya se han anunciado acciones en el ámbito de la UE, aunque también en USA⁵². A efectos de este trabajo, las redes sociales, las plataformas de intercambio de vídeo o los motores de búsqueda, que sean considerados «guardianes de acceso» de estos servicios básicos de plataforma, deben cumplir con las obligaciones que les imponen los artículos 5 y 6, principalmente, sin perjuicio de los restantes del Reglamento. El artículo 5 impone «Obligaciones sin posibilidad de especificación ulterior⁵³» y, por su parte, el artículo 6 establece «Obligaciones susceptibles de especificación⁵⁴».

IV. DOS ENFOQUES BIEN DIFERENCIADOS: DE LA UTOPIA TECNOLÓGICA NEOLIBERAL A LA DEMOCRACIA MILITANTE

En coherencia con cada tradición jurídica y sus justificaciones históricas, USA y UE tienen dos enfoques bien diferenciados que explican su regulación (o no regulación) de las redes sociales. Europa tiene una larga tradición de regulación y limitación de los derechos fundamentales, con el fin de su defensa en las democracias liberales (sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial), en lo que se ha denominado «democracia militante». Por contraste, USA ha gozado históricamente de una alta permisividad en el ejercicio de la libertad de expresión e información, que en los últimos tiempos se ha revitalizado con la innovación tecnológica, generando una neoliberal visión utópica de la misma que la convierte en la llave de solución de los problemas del mercado en todos sus frentes⁵⁵. Una interpretación de libertad casi absoluta en términos individualistas y no

52 El País, 21-3-2024. Disponible en: <https://elpais.com/economia/2024-03-21/estados-unidos-demanda-a-apple-por-sus-practicas-monopolisticas-con-el-iphone.html#> También, El País, 14-8-2024. Disponible en: <https://elpais.com/economia/2024-08-14/dividir-google-las-autoridades-estadounidenses-estudian-soluciones-para-romper-el-monopolio-de-la-tecnologica.html> Y en Europa, Bloomberg, 21-3-2024. Disponible en: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2024-03-21/apple-y-google-seran-investigados-en-virtud-de-la-legislacion-digital-de-la-ue>

53 Art. 5: 1. Tratamiento de datos personales; 2. Prohibición de prácticas de explotación de la dependencia de sus usuarios; 3. Libertad de los usuarios de elegir servicios alternativos; 4. Servicios de publicidad en línea.

54 Art. 6: 1. Restricciones a la utilización de datos; 2. Desinstalación de aplicaciones y libertad de elección; 3. Prohibición de trato diferenciado en la clasificación de contenidos; 4. Salvaguarda de la libertad de elección entre aplicaciones y servicios; 5. Interoperabilidad; 6. Información sobre servicios publicitarios; 7. Portabilidad de datos de los usuarios finales; 8. Acceso a datos por los usuarios profesionales; 9. Acceso a datos en relación con motores de búsqueda; 10. Condiciones generales de acceso a los servicios: mecanismos de control; 11. Condiciones de terminación de los servicios.

55 Así se concibió con Internet libre, y su propugnada libertad sin fronteras, como medio para seguir generando más innovación, creación y riqueza. Véase, Bloch-Wehba (2019: 39). Ahí se contiene la historia del llamado «ciberexcepcionalismo», que propugnaba un Internet que trascendiera las jurisdicciones territoriales de los Estados, y donde Internet podría determinar su autogobierno a través de sus propias comunidades virtuales.

colectivos de la «*First Amendment*», aplicada al entronizado «mercado libre de las ideas» —no al gobierno democrático— colocan al modelo norteamericano en las antípodas del europeo, lo que explica el escepticismo americano (Haupt, 2021:755) —e incluso el rechazo frontal— del camino regulatorio tomado por la UE. Allí donde el modelo europeo ve defensa a la democracia y sus derechos fundamentales, el norteamericano ve injerencia estatal censora⁵⁶. Sin olvidar que la posición sobre los *social media* de USA es excepcional en el mundo entero, donde se siguen otras prácticas. Siguiendo la observación de Haupt (2021), en diferentes partes del mundo se ha buscado el equilibrio entre regulación y protección de la libertad de expresión *online* en términos constitucionales, trasladando la regulación *offline* a la realidad de las plataformas tecnológicas, que, como sugiere, no parece «molestar» mucho a las plataformas que continúan básicamente igual en su funcionamiento (Haupt, 2021:753). No se puede olvidar que sus modelos de negocio tienen un fin económico, no político o social, y que el funcionamiento de sus algoritmos se dirige a ese fin. De ello podría seguirse que se está en un momento en que, a pesar de los esfuerzos legislativos, como los de la UE, la normativa se podría mostrar ineficaz al no atender adecuadamente a la naturaleza de las cosas. En el RSD se insiste, como principio, que todos «lo que es ilegal *offline*, debe serlo *online*», lo cual la realidad de las cosas contradice, tanto en un sentido como en el otro, «no todo lo que es ilegal *online* lo es *offline*». E incluso más (Douek 2022:141), un problema obvio que es la inconmensurable cantidad de mensajes *online* a gestionar, prueba no apropiada la traslación *offline*.

1. Neoliberalismo, utopía tecnológica y una «*First Amendment*» en expansión

La dominante doctrina de la Primera Enmienda y la política tecnológica están enraizadas en el neoliberalismo norteamericano⁵⁷, cuya aversión a la regulación de los poderes privados es de sobra conocida. Sin pretensión de adentrarse, por lo limitado de este trabajo, cabe mencionar que el neoliberalismo cifra el desarrollo económico humano en fuertes derechos de propiedad privada, en el libre mercado, el libre comercio y la globalización. El papel que otorga al Estado es, en principio, asegurar el buen funcionamiento del mercado, cuando sea necesario. Pero el

56 Autores como Balkin (2014) o Haupt (2021) prefieren el término «*speech regulation*» antes que «*censorship*». Balkin (2014:2296-2299) explica la razón de su preferencia terminológica, «*people generally consider «censorship» as presumptively impermissible, but no all regulation of speech is unjustified (...) This is particularly true where constitutional provisions for speech protection explicitly permit regulation, as is the case in most constitutional regimes outside of the United States*».

57 Véase, Harvey (2005). Y afirma Natanel (2023:12) «*the neoliberal techno-utopianism and First Amendment jurisprudence that dominate American law, policy, and political thought have presented high-insurmountable obstacles to legislative and regulatory proposals to combat social media's threats to democracy in the United States*».

neoliberalismo no solo es una teoría económica (*laissez-faire*) sino también política que se manifiesta en todos los órdenes. Herzog (2021)⁵⁸ sostiene que para Hayek el Estado tiene la sola legítima función de mejorar la libre competencia del mercado; pero, además, junto a otros renombrados neoliberales⁵⁹, entiende que no le corresponde al Estado la consecución de los intereses comunes democráticos, pues ello lleva al error, a la concentración de poder y a la represión. Los neoliberales afirman que el bienestar, la libertad y el conocimiento mejor se aseguran por el buen funcionamiento del mercado, a través de valores comerciales e individuales que persiguen el bien propio por encima del interés general. Y, por supuesto, se extiende más allá del mercado de bienes y servicios, alcanzando también al «mercado de las ideas». Los *social media* han abrazado y celebrado el neoliberalismo que ha encontrado en Internet, la tecnología digital y en las redes sociales los medios ideales para el proyecto neoliberal. De manera que se ha podido traer vastos sectores de la actividad humana al ámbito del mercado, produciendo una enorme riqueza y expandiendo las decisiones al mercado global. Igualmente, el mercado ha sido capaz de explotar comercialmente las relaciones e interacciones sociales, penetrando la vida social a través de *influencers* que encuentran en los *social media* una gran fuente de ingresos. Pero, sobre todo, proclama la economía global *online* porque el libre flujo informativo es la mejor evidencia del ideal del mercado abierto y no regulado.

El explosivo crecimiento de la economía *online* en los años 90 y principios de los 2000 validó la idea de que los mercados se comportaban mejor libres, sin regulación (Starr, 2019). Los «*techno-utopians*» siempre han creído en un Internet libre y en la libre información en las redes, favoreciendo la libre autonomía, la toma de decisiones no jerárquicas y promoviendo la creatividad y la riqueza. Por ello comparten con el neoliberalismo el libre mercado, la no injerencia del Estado y la ausencia de regulación. Así se entiende que el neoliberalismo y la utopía tecnológica han conducido a la *section 230 Communications Decency Act*. El resultado ha sido una «*digital economy*» que, finalmente, ha propiciado monopolios en las grandes plataformas y ha dado lugar (Zuboff, 2019) a lo que se llama «*surveillance capitalism*» (es decir, lo contrario que prometía la revolución digital, libertad personal, democracia, conocimiento fiable, et.). Durante décadas la *First Amendment law* ha sido interpretado por los jueces en línea con el neoliberalismo y la tecnoutopía, equiparando el mercado con la libertad de expresión, elevando los derechos

58 Afirma Herzog (2021:2) «*The fact that the neoliberal state is not itself an economic player does not mean, therefore, that it is minimal or weak, or that the economic and political spheres are disconnected. Rather, «all the while, the state actually facilitates and makes possible the new order.» Moreover, since «economic freedom and civil liberties (can) flourish in conditions in which political freedom (is) absent,» neoliberalism accommodates different modes of political interventions*»,

59 Herzog (2021:3) «*The authors considered here, Hayek, Foucault, and Lefort, wrote in the shadow of the totalitarian regimes of the twentieth century. It is because of totalitarianism that they rejected the notion of sovereignty as an essentialized source of control and coercion, whether located in an individual, a territory, or a majority*».

de propiedad como derechos de expresión garantizados a los ciudadanos, y tratando a instituciones públicas, como las elecciones, de manera lo más parecida posible a los mercados.

Decisiones del Tribunal Supremo norteamericano (como el emblemático precedente *Sorrel v. IMS Health*) han establecido que la publicidad comercial, el gasto en las campañas y la venta de datos constituyen libertad de expresión constitucionalmente protegida. Es decir, una Primera Enmienda en continua expansión puesto que en Internet y en las redes sociales los datos son información y la información está protegida como *free speech*. Una Primera Enmienda muy espaciosa, dado el énfasis de la «*content neutrality*» en su interpretación. Afirma Netanel (2023:24) «*currently dominant neoliberal First Amendment jurisprudence does not merely redefine information economy commercial operations as speech. Of further cardinal importance for regulatory responses to social media harms, the neoliberal approach also expands upon a venerable tradition in First Amendment jurisprudence that elevates speakers' individual rights over preventing social harm and manifests profound, overriding resistance to any state interference in public discourse*».

2. Democracia militante en acción: La Europa que todo lo regula

La Comisión Europea anunció en el año 2020 un Plan de Acción⁶⁰ para defender y fortalecer la Democracia en el ámbito digital con el foco en las plataformas sociales, pues aún celebrando todas sus oportunidades no podía seguir ignorando sus vulnerabilidades, que hacían casi imposible mantener la integridad de las elecciones⁶¹, la pluralidad informativa y el proceso democrático libre de desinformación y otras manipulaciones. Y ésto en sintonía con una jurisprudencia desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de relevancia constitucional, basada en los valores consagrados en el art. 2 TUE, en los que el proyecto de integración europea se fundamenta. Esta jurisprudencia ha dado lugar a que la Unión Europea defina su propia identidad, a la vez que ha servido para afianzar la estructura constitucional sobre la cual se asienta. Además, recientemente se ha producido un cambio discursivo de esta

60 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the European Democracy Action Plan, COM (2020) 790 final (March 12, 2020), <https://eurlex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2020%3A790%3AFIN&qid=1607079662423>

61 Reglamento (UE) 2024/900 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de marzo de 2024, sobre Transparencia y Segmentación en la Publicidad Política. Considerando 4: «El incremento de la sofisticación de la desinformación, la diversificación de los agentes, la rápida evolución de las nuevas tecnologías y la intensificación de la difusión de la manipulación de la información y las injerencias en nuestros procesos electorales y normativos son retos importantes para la Unión y los Estados miembros. La publicidad política puede ser un vector de desinformación, en particular cuando no revela su naturaleza política...».

jurisprudencia que tiene sus orígenes en la sentencia del Tribunal *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*⁶². Mediante esta sentencia y la jurisprudencia resultante, la Unión Europea queda definida como una unión de valores de las democracias liberales que la integran, donde impera el Estado de derecho y se respetan los derechos fundamentales, cristalizados en la Carta de Derechos Fundamentales de la U.E. De manera que la Unión y el Tribunal de Justicia priorizan esta unión de valores para la defensa de la democracia europea (amenazada por Estados con derivas autoritarias). Afirma Gutiérrez Fons (2023:18) que «la estructura constitucional no es un fin en sí misma, ni es neutra, sino que sirve para proteger las libertades y los derechos de los europeos, de modo que, si se protege dicha estructura, también se protegen dichas libertades y dichos derechos. Dicho de forma metafórica, el ADN de la estructura constitucional de la Unión Europea está compuesto por los valores en los cuales esta se fundamenta».

Aunque por lo limitado de estas páginas no se entra en los fundamentos de la «democracia militante»⁶³ en Europa, sí hay que referirse a la misma en su aplicación en el llamado «paquete digital» de la UE. Natanel (2023), convencido y entusiasta defensor de la llamada democracia militante que arrancó en Europa después de la Segunda Guerra Mundial, encuentra en ésta un marco jurídico superior para proteger la democracia y defenderla de los daños de las redes sociales. Y no solo con medidas que erradiquen la desinformación en los *social media* sino también con iniciativas que promocionen la información veraz y el discurso público democrático *online*. Igualmente aplaude las consecuencias beneficiosas del «efecto Bruselas»⁶⁴, y Natanel (2023) recurre a Habermas para retratar la democracia militante en lo que a las libertades informativas se refiere⁶⁵. Esta democracia militante ha llevado a Europa a promulgar una profusa normativa, ya citada más arriba. Y es que para defender a la democracia observamos a una Europa que todo lo regula, imponiendo límites, restricciones y prohibiciones (siempre conforme al principio de legalidad y de proporcionalidad) en todo aquello que considera, con mayor o menor acierto, una posible amenaza democrática, y lo hace desde todos los frentes posibles y valiéndose tanto de la regulación directa, como de la corregulación y la autorregulación.

62 Sentencia de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, EU:C:2018:117.

63 Véase, Loewenstein (1937).

64 Véase, Bradford (2020b) (señalando que, gracias al efecto global de la regulación europea, significativos son los beneficios para los usuarios de Internet americanos, muchos de los cuales celebran la protección de su privacidad y la reducción de mensajes de odio). Para una visión completa, Bradford (2020a).

65 Natanel (2023:39) «*Critically for Habermas, that public discourse, which is the essence of democratic governance, must encompass speech embodying rationality, reliability, and general relevance to promoting mutual understanding about common and different interests, while still enabling citizens to make their own considered judgments about the relevant issues for political decisionmaking.*»

Las distintas medidas legales y constitucionales⁶⁶ para proteger la democracia (como prohibir partidos que subvierten el orden constitucional o prohibir mensajes que fomentan el odio en razón a la religión, raza, etc), o todas las resultantes para proteger los derechos humanos⁶⁷ cuando se utilizan para subvertir la democracia misma (Fox & Nolte, 1995), deberían someterse a un escrutinio riguroso con el fin de mostrar su idoneidad para ser aplicadas a las plataformas de las redes sociales (no solo en Europa). Al otro lado del Atlántico, aún con algunas excepciones, la doctrina de la «democracia militante» no es bien recibida, pues se percibe como una inadmisibles intervención estatal en las libertades, contraria a la democracia misma. Y desde Europa no siempre son aplaudidas estas acciones, que se sienten como un excesivo afán regulatorio de la UE y de los Estados, sin realismo y de casi imposible cumplimiento. Esta inflación regulatoria no solo puede resultar ineficaz sino también frustrante y contraria al Estado de Derecho y a la misma democracia. La tecnología se ha hecho resistente a la ley que, tanto en el RSD como en el RMD (y en otras), impone obligaciones o exigencias de muy difícil cumplimiento⁶⁸. Y en materia de redes sociales, el Estado parece haber llegado tarde si con ello se pretende reconducir el discurso público.

Cabría preguntarse: ¿estamos ante democracia militante o ante el Estado que se rearma para imponerse a las empresas privadas tecnológicas en su lucha por el ciberespacio? De nuevo recordar que Balkin (2018) señala que cuanto más se legislan y regulan las plataformas más se las empodera, lo cual se vuelve, finalmente, contra el Estado mismo y su pretendida finalidad de controlar las redes, puesto que estas tecnológicas son imparables en la innovación de nuevos productos tecnológicos que desafían constantemente las posibilidades del Estado. Democracia militante o una excusa para controlar más a estas empresas y participar de sus beneficios de vigilancia de la sociedad. Es muy tentador. De todos modos, en Derecho el fin no justifica los medios. En nombre de los valores, y más allá de las mismas normas, se pueden realizar interpretaciones que ignoren los mismos derechos fundamentales de las personas con un fin democrático. En España, Gómez Fernández (2024:472-77) se pregunta, ¿somos una democracia militante? Afirma que, aunque, «la jurisprudencia constitucional niega categóricamente que en el sistema constitucional español se acoja un modelo de democracia militante

66 Pildes (2020:115-22). Su trabajo: *The Law of Democracy and the European Court of Human Rights, in Judicial Power: How Constitutional Courts Affect Political Transformations*.

67 Netanel (2023:43) «*In applying the provisions of the European Convention, the European Court on Human Rights has expressed keen awareness of the tension between protecting fundamental rights of freedom of expression, association, and political participation, on one hand, and the need for democratic states to defend themselves against antidemocratic subversion, on the other, as codified in the limitations clauses to the rights of freedom of expression and association and in the abuse of rights provisions of Article 17. As the Court affirmed in *Klass v. Germany*: «Some compromise between the requirements for defending democratic society and individual rights is inherent in the system of the Convention.»*

68 Así, por ejemplo, en el RSD se imponen numerosas medidas que no atienden de forma realista a la incapacidad humana y tecnológica para afrontar contextualmente la moderación de los millones de mensajes diarios, a riesgo de vulnerar las libertades informativas de los usuarios.

porque no existen cláusulas de intangibilidad constitucional», después, ha «metamorfosado la noción originaria utilizada de democracia militante» mediante la conexión de lo procedimental y lo sustantivo o axiológico. Habrá que observar las posibles dificultades de aplicación de los Reglamentos citados en el contexto de la Constitución Española, pues nuestro TC ha repetido en numerosas sentencias que nuestra Constitución no es militante (SSTC 101/1983, 122/1983, 119/1990, 13/2001, 48/2003, 235/2007, 12/2008, 42/2014).

V. LAS PERVERSIONES DE AMBOS MODELOS Y UN PROBLEMA PERSISTENTE PARA LA DEMOCRACIA

El modelo neoliberal basado en el libre mercado de las ideas y en la utopía tecnológica como solución para vitalizar la democracia, que ha predominado en el entendimiento de la «*First Amendment*» de los últimos años, no solo no funciona, sino que tiene efectos perversos sobre el sistema democrático. Afirmar categóricamente que la Primera Enmienda de las Empresas tecnológicas se enfrenta contra la Primera Enmienda de sus usuarios no es un slogan político para atraer atención, sino una realidad vivida (y sufrida) en estos momentos en USA. Ahora bien, allí todo apunta a que una posible intervención legal para remediarlo podría conducir al Estado a la tentación de abusar y sucumbir a acciones censoras. Observando los dos modelos, los sujetos privados (plataformas) crean las normas que modelan el proceso democrático al margen del Estado (en USA) o con la intervención del Estado (en la UE). Siguiendo a Haupt (2021:752)⁶⁹, de una manera u otra (USA/UE), ninguna regulación es pacífica. Aquí como allí, los algoritmos toman decisiones en los contenidos, conducen y dirigen al usuario, deciden, en definitiva, el proceso de comunicación y el proceso democrático. Hasta qué punto la UE será capaz de intervenir realmente en este proceso a través de sus Reglamentos, es algo que todavía habrá que constatar. Autores como Daphne Keller (2021:227), consciente del diferente enfoque europeo que contrasta con la interpretación absoluta de libertad de la doctrina de la «*First Amendment*», reconoce que en la cultura legal europea hay una mayor disponibilidad a confiar en el legislador y una mayor tolerancia a la restricción de la libertad de expresión. Sin embargo, al igual que Balkin (2021:90-92), prefiere otras estrategias legales para afrontar el problema de los *social media*, tales los como ahondar en los derechos del usuario a sus datos personales, medidas «*antitrust*» para incrementar la competencia o la protección del

⁶⁹ Argumenta cómo la doctrina norteamericana ha canonizado el mercado de las ideas y ha orillado la visión de que la libertad de expresión ha de servir a las necesidades del Gobierno democrático. Y señala cómo se confunde el verdadero debate de la regulación de las redes: «*Regulating speech online has become a key concern for lawmakers in many countries. ...Drawing out the old debate over whether to regulate speech in the first place, however, is unhelpful in designing or assessing new regulatory regimes for online speech and obscures deeper theoretical concerns raised by the nature of online speech*»

consumidor. Se trata de revitalizar al mercado con más competencia y empoderar al usuario con más autonomía para evitar la restricción de la libertad de información y expresión desde arriba (el Estado)⁷⁰. Es más, medidas tan aclamadas en el espacio europeo como la «transparencia» encuentran allí resistencia⁷¹ al percibir un posible conflicto con la Primera Enmienda. Siguiendo a Goldman (2022)⁷², la misma conduciría a estos proveedores de servicio, con el fin de demostrar la fidelidad de la información revelada sobre el funcionamiento de sus algoritmos y mecanismos técnicos, a cambiar sus políticas de curación, moderación, restricción o promoción (cualesquiera), para complacer a los reguladores, lo cual tiene el mismo efecto restrictivo (censor) sobre las libertades informativas que una regulación estatal directa. Goldman concluye que en Estados Unidos eso constituiría una forma de control más de la libertad de expresión *on-line* y, muy posiblemente, violaría la Primera Enmienda⁷³. A diferencia de la UE, donde el requerimiento de transparencia constituye la medida legal contundente del Reglamento de los Servicios Digitales para incidir en el funcionamiento democrático y constitucional de los algoritmos y, en consecuencia, en el discurso público digital. Pero es que, además, esta cuestión alberga otro problema, que impacta sobre estas medidas evidenciando su complejidad, esto es, según se caractericen a estos *social media* como «*speakers*» «*publishers*» o «*carriers*»⁷⁴. Si, como Goldman (2022), los entendemos como «*publishers*» (editores), consecuentemente, este tipo de medidas vulnerarían derechos de «decisión editorial» que están protegidos constitucionalmente por la Primera Enmienda. Aunque, a la fecha, penden las decisiones del Tribunal Supremo norteamericano sobre esta cuestión⁷⁵, lo cierto es que, allí como aquí⁷⁶, este punto es muy controvertido tanto en la doctrina como en la industria. Parecen preferibles otras acciones legales distintas y desde distintos frentes antes que la regulación directa sobre estas plataformas privadas.

70 Balkin, Keller y Goldman, entre otros muchos, se decantan por medidas alternativas para corregir estos problemas antes que apoyar la regulación directa estatal. Entre los resortes alternativos que proponen, encontraríamos la educación digital ciudadana, las auditorías privadas o la financiación de investigación sobre políticas de moderación.

71 Sin embargo, California promulgó una ley, «*Assembly Bill 587*»2022 (que fue recurrida), cuyo objeto es la transparencia de la moderación de contenidos.

72 Goldman (2022:1209-12). Cita las «leyes censoras» promulgadas en Florida y Texas, como un clásico ejemplo de este tipo de regulación. Ambas leyes penden para su revisión por el Tribunal Supremo norteamericano.

73 En este mismo sentido, Keller (2023). A diferencia de Douek (2022:141, 150 y ss) que encuentra en la transparencia una de las soluciones para llegar a un modelo de moderación efectivo.

74 Netanel (2023:29) «*Indeed, as of this writing, it remains uncertain whether the law views social media platforms as speakers with capacious First Amendment protection for their «editorial» decisions, speakers with First Amendment protection of somewhat more limited scope than that accorded to newspapers, common carriers that are forbidden to «censor» their users' expression based on «viewpoint,» or something else.*

75 NetChoice, LLC v. Attorney General, State of Florida, 34 F.4th 1196, 1210-14 (11th Cir. 2022). NetChoice, LLC v. Paxton, 27 F.4th 1119 (5th Cir. 2022).

76 La legislación europea no los caracteriza expresamente y habría que deducir su naturaleza y sus consecuencias en el marco de la UE.

En el modelo americano, los remedios a los «excesos» en el ejercicio de la libertad de expresión e información se centran en la moderación de contenidos que, desde 2016 y sobre todo por los acontecimientos del 6 de enero del 2021, ha ido evolucionando hacia el llamado «formalismo de la moderación de contenidos» (Douek, 2022) o «juridificación de la moderación de contenidos»-*due process, rules, transparency*-que conlleva un «procedimiento administrativo privado», reglado, de las decisiones, con la supervisión posterior por el «*Oversight Board*» (Douek, 2020) que ejerce a modo de un órgano de reclamación judicial. Y algunos autores, como el mismo Douek (2022), califican este formalismo de «*allure*» (apariencia). Y sirve a modo de «*rule-of-law*» para satisfacer los ideales de predecibilidad y consistencia en la resolución de los casos, es decir, de seguridad jurídica. Y advierte que este sistema, más formalista que nunca, no puede remediar los problemas que atañen a la legitimidad y rendición de cuentas de las plataformas referido a su moderación del servicio. Ese objetivo es una ilusión. Una falsa promesa. Así, cuanto más formalistas fueron tratando el caso Donal Trump, más imposible resultaba establecer un modelo consistente, debido al inconmensurable número de mensajes. Estas compañías tienen que decidir cada día, con una compleja burocracia, sobre los millones de mensajes subidos, y por la variedad de decisiones que deben de tomar, las posibilidades de una decisión razonada y fundamentada es muy difícil porque excede sus posibilidades reales. «*A formalistic model, invoking judicial-style norms of reasoning and precedent, is doomed to fail at this scale and level of complexity*» (Douek, 2022:140-41). Crítica que bien puede hacerse extensiva al modelo europeo del RSD que actúa *mutatis mutandis* de la misma manera con algunas diferencias, que lejos de aligerar agravan el problema. La IA ayuda, aunque todavía no tiene «la sensibilidad» suficiente.

Natanel señala (2023:31) al «efecto Bruselas», en parte, como causa de esta evolución, aunque siguiendo la cronología y la doctrina (Douek, 2022), parece más bien que es la consecuencia lógica de la dinámica propia de las plataformas, como necesidad de dar fundamento racional (y no ideológico) a decisiones de moderación, como la que dio lugar a la «*deplatform*» por *Twitter* del presidente Trump (enero 2021). De todas formas, con algunas diferencias, encontramos este mismo formato en el RSD. Allí como aquí, sea por el efecto Bruselas o sea porque el legislador europeo ha optado por mantener lo que estos sujetos privados ya venían aplicando, todo depende, en gran parte, de esta labor «moderadora». Ahora bien, en la Unión Europea —por el RSD— el Estado impone normas y, junto a estos sujetos privados, ambos codirigen la esfera pública digital. Autores como Balkin (2021) lo han visto como una manera indirecta del Estado de «censurar» el discurso público. En el ámbito norteamericano, la desconfianza a cualquier acción estatal en «*free speech*» ha quedado patente en el reciente caso del Tribunal Supremo⁷⁷.

77 603 U.S. 2024. Supreme Court of United States, No. 23-411. Vivek H. Murthy, Surgeon General, Et Al., *Petitioners v. Missouri, Et Al* (June 26, 2024). Los antecedentes son: *Missouri v. Biden*, F. Supp. 3d 2023 WL 4335270 (WD La., July 4, 2023). *Missouri v. Biden*, F. 4th. 2023 WL 6425697, *27 (CA5, Oct.3, 2023).

En un escenario u otro, los modelos muestran sus contradicciones, como se observa más abajo. Contradicciones que pueden explicar algunas causas de esas amenazas de las redes y de la desigual lucha por el poder. Y que justificaría tanto una acción estatal de control, como una reacción desafiante de estas empresas, haciendo valer su capacidad tecnológica y social. Advirtiendo que lo que está en ciernes es otra posible forma de poder y de entender el ejercicio de los derechos.

1. «Market failure» del mercado de las ideas y la Primera Enmienda contra la Primera Enmienda

Se han observado en el ámbito norteamericano dos aspectos.

- a) «*Market failure*» del mercado de las ideas. La infraestructura informativa en la que se asientan los *social media* ha posibilitado una nueva forma de relaciones y comunicaciones humanas, así como una nueva manera de crear contenidos y distribuir la información (*botton-up*). Esto ha generado nuevas comunidades (González Casanova, 1968) y nuevas «norms» (Diresta, 2022)⁷⁸ informativas. Todo ello merced al diseño técnico de estas redes y sus algoritmos⁷⁹: capacidades técnicas (*affordances*) que permiten al usuario interactuar; *algoritmos* (que ejercen funciones autónomamente a partir de señales del usuario) y las acciones y decisiones que con todo ello puede realizar el usuario (*agency*). La tecnología de la comunicación se mueve por «opacas» fuerzas de algoritmos que sugieren, recomiendan, amplifican o viralizan, propiciando «*echo chambers*» de mensajes y personas, que acaparan atención y no propician un proceso de intercambio y deliberación racional de ideas que pueda conducir a la verdad o a los mejores argumentos. Siguiendo a Diresta (2022:123), «*the relationship between humans and algorithms as «hype loop» in which users provide signals to machines*

78 Según la autora Diresta (2022:125), la centralización de las plataformas ha hecho aflorar «new norms», que han emergido como resultado de las prestaciones ofrecidas al usuario y el incentivo de ciertos contenidos en las plataformas que se harán virales y capturarán la atención de otros usuarios.

79 (Diresta, 2022:126-127) «*Unlike their human counterparts— network newscasters, newspaper editors, librarians— who prioritize giving their audiences factually accurate information from reputable sources, the algorithmic curators and recommenders generally prioritize one key metric: engagement. As users click on, share, or «like» a piece of content, they signal to the algorithms that something is worth paying attention to. If many people click in masse, or a cluster of a particular type of content suddenly attracts attention from many users, that is a signal that platforms take into account for another type of algorithmic action: amplification, further boosting of the topic or piece of content to even more users. ...Algorithmic curation and amplification didn't just spotlight certain topics and stories— it also bred whole new communities around them. Recommendation engines steered people into online groups with niche focuses, independent of geography...In the case of an affordance— a Like or Share button, a livestreaming feature— the user is proactively and consciously choosing to click a button and take an action; in the case of «the algorithms,» such as curated search results, topics sorted by a trending algorithm, or groups suggested by a recommendation engine, the code is shaping the user's experience, determining what will hit their field of view, without any direct user input in that moment».*

via their action and content consumption, the algorithm make sense of it and reflect it back in their suggestion, and then the humans react to the new provocation. There is not one sole driving force at fault, but rather the interplay between algorithms, affordances and agency that has transformed speech and community».

Y porque ha cambiado la «infraestructura» de las relaciones humanas, se ha dado lugar a nuevas comunidades (nichos o *chambers*) que representan una nueva estructura organizativa, con sus «*norms*» y donde el ejercicio de los derechos de expresión e información se sustancia a través del *code*, cuyo resultado no refleja la pluralidad de ideas, opiniones o hechos de los diferentes participantes, sino de aquellos mensajes que han merecido la atención del algoritmo. Es decir, aquellos que se han repetido, viralizado y han captado nuestra atención como parte de grupos o tribus organizados algorítmicamente. Y no responden a un discurso deliberativo racional basado en hechos contrastados. Y es que el funcionamiento de las redes sociales no propicia el «mercado libre de las ideas», que permite, por intermediarios de confianza, que las mejores atraigan el consenso final. Por el contrario, las diferentes agrupaciones (comunidades) de ideas se mantienen aisladas sin contacto con otras realidades (y en mutua desconfianza) lo que propicia el disenso. Además, el número y tamaño de plataformas operando en el mercado no es el deseable para una pluralidad real, y se imponen las que por su tamaño acaparan gran poder. La competencia es deficitaria y no contribuye al buen funcionamiento del *free market* ni al «mercado libre de las ideas» que falla⁸⁰. Durante siglos la información se ha distribuido de arriba a abajo, pero ahora se conduce de abajo arriba y se propician (Diresta, 2022:124-129) «*communities*» que no confían en las mismas fuentes. Agitadas por específicos problemas o cuestiones dentro de ellas, pero invisibles para otros que operan fuera de las mismas. Por lo que asistimos a la manipulación del disenso entre distintos grupos, y a un ambiente informativo de polarización y fragmentación.

Los *social media* no solo rehacen la forma en que se mueve la información en la sociedad, sino también la forma en que la sociedad se organiza, creando la topología de las conexiones humanas, y desactivando los mecanismos tradiciones de consenso social. Y donde unas normas, en proceso de desarrollo, persuaden desde la manipulación, en un mundo donde aquellos grupos que mejor saben utilizar las tácticas del marketing en las redes determinan la atención del público, dando lugar al círculo algorítmico en el que nos encerramos sin verdadera exposición. Y como afirma categóricamente Diresta (2022:128), «*Foundational processes of deliberation, of coming*

⁸⁰ Se encuentra paralelismo con lo que Varoufakis (2023) denomina en economía «feudalismo tecnológico», donde el mercado y las fuerzas del mercado han sido desplazadas en las plataformas por la vigilancia y explotación masiva de los datos personales de todos y en todas partes.

to consensus in democracies, no longer hold; the «marketplace of ideas» does not span the bespoke realities. (...) Can democracy function in this environment?» En definitiva, fallo del «mercado libre de las ideas» como consecuencia del funcionamiento del «monopolio algorítmico de las ideas», el cual no sirve al tradicional modelo *laissez-faire* de la Primera Enmienda.

- b) También se ha observado la Primera Enmienda contra la Primera Enmienda. La concepción predominante de la Primera Enmienda, asentada en el tradicional entendimiento del mercado libre de las ideas y en el optimismo de la innovación tecnológica como solución a todos los posibles desafíos o problemas de la democracia y del mercado, descansa en falsas asunciones (Strauss, 2022). Si se atiende con realismo al contexto presente del mercado digital y de las redes sociales, como se ha visto más arriba, su aplicación en las mismas no produce los beneficios que solía rendir en un espacio sin algoritmos. La primera axiomática asunción es que el mejor remedio contra la desinformación y los discursos dañinos en las redes es suministrar al «mercado» más información. Falsa asunción (atendiendo al estado actual de las cosas) que se une a la arraigada convicción de que la mejor regulación es la no regulación del Estado, dejando libres a los *social media*, con el fin de evitar la inherente amenaza que conlleva la regulación estatal para la formación del discurso público, al que mejor sirven los actores privados (Strauss, 2022:6)⁸¹, a pesar de los graves desórdenes informativos en sus plataformas. Pero, afirma Strauss (2022), no siempre el Estado es el mayor enemigo de la libertad de expresión ni las restricciones más agresivas provienen de la acción estatal, pues como sostiene Balkin (2021) estos actores privados pueden incluso superarlo. Además, advierte Haupt (2021:751), el actual entendimiento de la Primera Enmienda pone énfasis en la «*content-neutrality*», la cual no distingue entre contextos y contenidos democráticos y no democráticos. Obviamente, tal postura ha sido muy beneficiosa para las tecnológicas a la hora de exportar su modelo por el mundo, sin ninguna consideración democrática y celebrando el libre flujo informativo.

Actores privados, las compañías tecnológicas, que gozan, como titulares de la Primera Enmienda, de la protección de la misma, la ejercen conforme a su libre criterio (y casi con total inmunidad) en las plataformas que constituyen su negocio privado. Plataformas que, en este modelo, no se conciben como «foro público» (Volokh, 2021:417)⁸² (a diferencia de la visión europea), lo que podría entrar en

81 Strauss, afirma que la diferencia entre las decisiones gubernamentales y las decisiones de las empresas privadas de los social media no es tan grande como se presumía, y desmiente el axioma de que la principal amenaza para la libertad de expresión es la acción del Estado, no de los sujetos privados.

82 Volokh (2021:417), sin embargo, sostiene que los *social media* podrían ser tratados legalmente como *common carriers*, lo cual no obsta para que el Estado pueda imponerles algunas condiciones o restricciones,

conflicto con los derechos de estos propietarios. De este modo, a través de sus políticas de curación, moderación y recomendación establecen límites a la libertad de expresión e información de los usuarios, quienes, a diferencia de los titulares de la plataforma, no pueden ejercer su propia «*First Amendment*» de igual manera, sino aceptar los términos legales impuestos o si no migrar otras (si fuere posible). En el nombre de la libertad de expresión (de las plataformas) se «limita» la libertad de expresión de los usuarios, lo cual produce «violencia» sobre la misma *First Amendment*. Se podría afirmar, en términos no técnicamente jurídicos, que se ejerce «censura privada» por parte de estas empresas privadas y un poder sobre las personas que excede el propio poder del Estado en materia *First Amendment*). Strauss (2022) entiende al respecto que sería necesaria alguna acción legislativa o administrativa para prevenir tal interferencia, pero las dos posturas, la primera que mantienen las plataformas o la segunda de intervenir legalmente para impedir la acción censora a los usuarios, presentan un problema, porque ambas amenazan la libertad de expresión de personas privadas entre sí, y es contrario a la constitucional Primera Enmienda (las empresas como sujetos privados y los usuarios que son sujetos privados también)⁸³. Aún más, se entiende que el precio de impedir a las entidades privadas de abusar de este régimen jurídico de la libre expresión es crear un riesgo de abuso del Estado (Strauss, 2022), que es precisamente lo que se considera por algunos que ha sucedido en la Unión Europea (Balkin, 2021).

Es remarcable, por contradictorio, que mientras la regulación europea entra en conflicto frontal con los valores de la libertad de expresión de Estados Unidos (Haupt, 2021:768), sin embargo, se acepta la acción restrictiva de estas empresas sobre sus usuarios. En otras palabras, lo que no puede ser prohibido por el Estado en virtud de la Primera Enmienda, puede ser prohibido por plataformas privadas *online*. Pero aún más, la «regulación privada» de las plataformas está más alineada al modelo de regulación europea que al norteamericano, a pesar de su compromiso con los valores de la libertad de expresión e información de USA (Balkin,

como sucede con otros *carriers* (compañías de cable, p.e). Asimismo, ello no implica que algunos requisitos interfieran con su libertad de expresión e información, siempre que no sean imposiciones que comprometan su derecho a la *first amendment*, y por lo tanto inconstitucionales; al menos que una plataforma posea una posición de monopolio en un sector del mercado, lo cual podría legitimar la intervención estatal para asegurar dar voz a todos. De esta manera, se hace posible concebir estas plataformas como «*public forum*» o «plaza pública»: «*Requiring someone to host another person's speech is often a perfectly legitimate thing for the Government to do.*» *So wrote Justice Breyer, and the cases he cited (PruneYard and Rumsfeld), as well as Turner, support that view. PruneYard expressly rejected the claim «that a private property owner has a First Amendment right not to be forced by the State to use his property as a forum for the speech of others.» Turner and Rumsfeld rejected similar claims. (...) Likewise, I think, social media platforms may be made «a forum for the speech of others,» at least as to their hosting function, and at least so long as the platforms (like the shopping center in PruneYard) are generally «open to the public» rather than being «limited to the personal use» of the platforms».*

83 En Alemania, se encuentra la doctrina de «*mittelbare Drittwirkung*». Véase: *Bundesverfassungsgericht [BVerfGE] [Federal Constitutional Court] Jan. 15, 1958, 7 Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht [BVerfGE] 198 (F.R.G.)*. En ésta se argumenta la aplicación indirecta horizontal de los derechos fundamentales entre privados. Véase también, Haupt (2005). *Regulating Hate Speech*.

2019)⁸⁴ de los cuales disfrutaban privilegiadamente (Douek, 2022:762). El «efecto Bruselas», unido a los acontecimientos del ataque al Capitolio en 2021, que se asoció a ciertas actividades en las redes sociales, han provocado un dramático cambio de rumbo de las normas de «moderación-regulación privada» de las plataformas. Es por ello que las decisiones que penden⁸⁵ a la fecha del Tribunal Supremo norteamericano son de una trascendental importancia, pues pueden confirmar o rectificar este rumbo desafiante que han tomado las plataformas.

Mientras que algunos autores (Natanel, 2023) sugieren la revisión de la doctrina de la Primera Enmienda y su aplicación legal, entre tanto, son las plataformas tecnológicas —sujetos privados— las que deciden el proceso de comunicación pública y modelan la esfera pública digital, y con ello «modelan la democracia». Y es que para una amplia representación doctrinal es «la Primera Enmienda o nada» (Haupt, 2021:756). Sin embargo, se ha desenmascarado por la misma doctrina que los principios y valores que contiene la Primera Enmienda fallan en su aplicación en los *social media*, exacerbando los problemas. Se debería superar la objeción de «*First Amendment o bust*» (Haupt, 2021:781) y atender otros enfoques que están en la tradición jurídica americana. Quizá es el momento de abandonar la interpretación predominante de la Primera Enmienda como «libre mercado de las ideas» y «*content-neutrality*» y enfocarla más en los valores de la democracia, lo cual alinearía más a los europeos y americanos en el objetivo común de proteger a la democracia.

2. Sacrificando la libertad para salvaguardar las libertades informativas y las plataformas como instrumento del Estado: «jawboning»

En el ámbito de la UE se han percibido especialmente otros dos elementos.

- a) El sacrificio de la libertad para salvaguardar las libertades de expresión e información. Haupt (2021) advierte del riesgo de «*slippery slope*⁸⁶» al trasladar el modelo de regulación de libertad de expresión de la UE a países no democráticos, que pueden utilizarla para fines de control y restricción no democráticos, pero tal riesgo no es ajeno a la propia Unión Europea cuando, fácilmente, puede deslizarse de los legítimos límites previstos en la Carta de Derechos Fundamentales a la desnaturalización del contenido

⁸⁴ Prefieren colaborar con los Estados, porque es lo que conviene a su negocio.

⁸⁵ *NetChoice, LLC v. Attorney General, State of Florida*, 34 F.4th 1196, 1210-14 (11th Cir. 2022). *NetChoice, LLC v. Paxton*, 27 F.4th 1119 (5th Cir. 2022). El Alto Tribunal ya se ha pronunciado en: *Missouri v. Biden*, —F. Supp. 3d—, 2023 WL 4441131 (WD La. 2023). Véase nota a pie p. n.º 90.

⁸⁶ Haupt (2021:757) «*The second is a version of the "slippery slope"-objection, suggesting that while European-style speech regulation might be acceptable, nondemocratic regimes are using similar types of regulation to further curtail free speech to nondemocratic ends. These objections are mutually reinforcing because the tenet of content-neutrality as a key doctrinal feature of the First Amendment and the normative emphasis on the marketplace theory lead to a situation in which speech is rendered largely irregulable regardless of context*».

esencial del derecho, cuando tales límites se aplican a estas tecnologías ajenas a la lógica no digital (de consecuencias impredecibles). Si, a diferencia de USA, se defiende un régimen de libertad de expresión contextualizado en los valores colectivos democráticos, superando la concepción individualista americana, se deberían ponderar muy bien los límites impuestos en las redes (la experiencia de la ley alemana⁸⁷ puede ser útil), con el fin de mantener un discurso público participativo, sin ignorar que la persona es finalmente la titular de los derechos.

Europa no debería legislar para recortar las libertades ni controlar a los ciudadanos, con el referente del modelo chino de control de la sociedad por la tecnología y todo en interés colectivo, que a diferencia del modelo europeo y en similitud con el de USA se ha caracterizado por una regulación muy laxa de la misma, que les ha permitido incentivar la innovación tecnológica con mucho éxito y con ello potenciar su «soberanía tecnológica⁸⁸» sin depender de empresas extranjeras, que en el caso de Europa copan su mercado (Bradford, 2023:74). Parece que Europa se ha lanzado a una «regulación de todo» con el fin de proteger el supremo valor de la libertad en UE, mientras que sacrifica la libertad de expresión e información en las redes sociales para la consecución del sagrado fin. Pero legisla sobre tecnología extranjera de empresas extranjeras que se han expandido globalmente y que, por lo tanto, aunque cumplan con la regulación, van a preservar su «soberanía», es decir, su propiedad intelectual. El RSD contiene disposiciones que podrían interpretarse de interferencia en esa propiedad intelectual, lo cual parece poco realista y de aplicación improbable⁸⁹.

- b) Las plataformas como instrumento del Estado: «jawboning». En los Reglamentos europeos citados se contienen normas de aplicación directa, pero también llamadas a la corregulación, autorregulación y códigos de conducta que conllevan «ecos» de amenaza e intimidación a las empresas

87 *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in den sozialen Netzwerken*

{*Netzwerkdurchsetzungsgesetz-NetzDG*} *Act to Improve Enforcement of Law in the Social*

Networks, Sept. 1, 2017, BUNDESGESETZBLATT, Teil I [BGBl I] at BGBl I at 3352 (Ger.)

Disponible traducción: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/NetzDG_engl.pdf?__blob=publicationFile&v=4

Las plataformas reaccionaron ante la Corte Federal Alemana denunciando que la ley provocaba «*chilling effect*» y disuadían tanto a las plataformas como a los ciudadanos de ejercer el derecho. Unas por evitar sanciones y los otros por evitar complicados procedimientos para restablecer sus mensajes cuando son eliminados o bloqueados. Además, el tiempo fuera de difusión en las redes, donde todo es instantáneo, es una forma de limitación o de dejar sin sentido el derecho. Incluso más, las plataformas para evitar controversias, restringen la difusión ante posibles mensajes problemáticos y estrechan la permisibilidad de la libertad de expresión, lo cual significa una forma de suprimir parte del derecho.

88 Llamar la atención sobre *TikTok* que en USA es muy popular pero disruptivo, una empresa extranjera con tecnología extranjera china. Ver *New York Times*, 24-3-2024. Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2024/04/24/espanol/tiktok-venta-usa.html> El proceso judicial por el recurso de la empresa a la ley americana está en curso.

89 Cfr. Considerandos 96 y 97; ó el art.51 del RSD.

tecnológicas si no actúan en la dirección indicada por el Estado. *Jawboning* (coacción o coerción) que es, en realidad, consecuencia de las técnicas de la *new school speech regulation*, es decir, técnicas y normas para regular a las empresas tecnológicas por los Estados, que durante décadas han sido tan indiferentes como permisivos para después pasar a la colaboración con éstas, convirtiéndolas casi en un instrumento estatal. Colaboración que se ha dado tanto por lo que se ha llamado «*collateral censorship*» (el Estado censurando indirectamente a través de las intermediarias privadas), como por una indisimulada regulación en la que comparten obligaciones y responsabilidades (y privilegios y beneficios). Colaboración y cooptación que puede ser necesaria, en alguna medida. Y en una u otra, el Estado puede ejercer «*jawboning*», es decir, la intimidación o coerción para que estos *social media* actúen con el fin de «reconducir» el ejercicio de la libertad de expresión (Balkin, 2018:1177). *Jawboning* (Lakier, 2021) supuestamente no ajeno a las practicas del Gobierno norteamericano (Bambauer, 2015)⁹⁰, se hace expreso en los Reglamentos europeos, sin duda en el de Servicios Digitales. En éste se insta constantemente a las plataformas a seguir directrices y códigos de conducta con la amenaza de imponerlas «duras sanciones». Resulta ilustrador citar, a modo de ejemplo, el considerando 104 del RSD: «La negativa de un prestador de una plataforma en línea o de un motor de búsqueda a participar en la aplicación de un código de conducta de esta índole a invitación de la Comisión, sin explicaciones adecuadas, podría tenerse en cuenta, cuando sea pertinente, a la hora de determinar si la plataforma ha incumplido las obligaciones establecidas». Esta «presión» se detecta a lo largo de todo el texto de la ley repetidas veces.

La supuesta «intimidación», o para otros «persuasión», se manifiesta en la gobernanza privada de las plataformas sociales sobre los usuarios (restricciones y limitaciones *ex ante* y *ex post*). En el caso de USA se ha denunciado como parte de una estrategia para incidir sobre estas empresas sobre las que el Gobierno tiene poco control (obligándolas a colaborar). Pero mientras que la persuasión es legal, no lo es la coacción, y se ha denunciado a la Administración Biden (*Missouri v. Biden*) por vulnerar los derechos de *free speech* de los usuarios en las redes sociales (y de los ciudadanos), al coaccionar a las plataformas que cedieron a la presión colaborando. En la primera sentencia de la *District Court* (*Missouri v. Biden*, —*F. Supp. 3d*—, 2023 WL 4441131 (WD La. 2023)), se entiende que hay fundamentos fácticos y legales

90 Tal acusación a la Administración Biden se ha examinado ante el Tribunal Supremo Norteamericano: 603 US. 2024 *Supreme Court of United States, Vivek H. Murthy, Surgeon General, Et Al., Petitioners v. Missouri, Et Al.* (June 26, 2024). El alto tribunal ha revisado tanto la primera sentencia de la *District Court*, *Missouri v. Biden*, —*F. Supp. 3d*—, 2023 WL 4441131 (WD La. 2023), con una «*preliminary injunction*» que la sentencia de apelación del *Fifth Circuit* (*Missouri vs. Biden*, 83 F. 4th 350 (2023)), modificó (afirmaba en parte y corregía en parte) la primera sentencia, para después ser revisada por el Tribunal Supremo.

para aceptar la demanda⁹¹, y considera probada la relación entre la acción coercitiva del Gobierno (funcionarios y agencias gubernamentales) y la respuesta de las plataformas en su acción de moderación, que censura los *posts* de estos usuarios. También considera suficientes las evidencias que muestran el daño censor tanto en las conductas pasadas de las plataformas como el posible riesgo inminente de amenazas futuras del Gobierno que resulten en censura en las redes. Los demandantes obtienen una *injunction* por la cual se prohíbe al Gobierno la comunicación que decididamente anime o coaccione a las *plataformas señaladas* a censurar ciertos mensajes de los demandantes. La sentencia de apelación ante el *Fifth Circuit*, (*Missouri vs. Biden*, 83 F. 4th 350 (2023)), considera y rechaza en parte la anterior, y modifica la medida extendiendo a *todas* las plataformas la prohibición al Gobierno de comunicarse para coaccionar o intimidar a las mismas. Revisado y visto el caso ante el Tribunal Supremo (603 U.S. *Supreme Court of United States, Vivek H. Murthy, Surgeon General, Et Al., Petitioners v. Missouri, Et Al.* (June 26, 2024)), finalmente el Alto Tribunal ha dispuesto que no puede identificarse un *link* entre la comunicación del Gobierno y las decisiones de moderación de las plataformas (que libremente deciden sus políticas de moderación). Y no sólo no se demuestra tal conexión de causa-efecto, sino tampoco se prueba la posibilidad de continuadas presiones del Gobierno que puedan resultar en una inminente respuesta censora de las plataformas. Por lo tanto, deja sin efecto tal prohibición por falta de prueba y demostración, lo que no quiere decir que el Gobierno (el Estado) tenga derecho alguno en ese sentido. Esta opinión de la mayoría del Tribunal Supremo no es compartida por tres magistrados, que disienten y han manifestado en su voto particular el daño que esta decisión causa a la libertad de expresión e información y a la democracia misma por inconstitucional.

No es difícil de percibir, una vez más, la especial relación entre el Estado y estas empresas privadas: a modo de ejemplo, recordar que el presidente Trump, tras perder las elecciones y el suceso del Capitolio en 2021, acusó a las redes sociales de vulnerar su libertad de expresión, cuando se suspendió su cuenta ; y, tiempo después, usuarios y dos Estados denuncian a la Administración del presidente Biden por lo mismo, vulnerar su libertad de expresión e información en los *social media* (coaccionando a las plataformas). La opinión del T.S. americano, a diferencia de la opinión disidente, no expresa si tal práctica vulnera la Constitución (y tampoco en UE los altos Tribunales han tenido ocasión) pero, como los jueces disidentes manifiestan en la citada sentencia, estaríamos ante flagrantes violaciones de los derechos fundamentales por parte de los Estados⁹².

91 Demanda de tres usuarios doctores, un propietario de una web de noticias y una activista de la salud, además de dos Estados Los Estados Missouri y Louisiana reclaman su «derecho de escuchar a sus ciudadanos» que han sido privados de la libertad de expresión, al eliminar o invisibilizar sus mensajes; asimismo, se erigen en representantes y defensores de sus ciudadanos para exigir el respeto a su *First Amendment*.

92 Y, sin obviar, que estas prácticas sobre todo perjudican a las pequeñas empresas, sin recursos para las políticas de moderación, y sobre las que el Gobierno puede imponerse y hacerlas desaparecer (reduciendo la competencia y pluralidad).

VI. A MODO DE CONCLUSION: LA NECESIDAD DE EXPLORAR NUEVAS PERSPECTIVAS

En el contexto del mundo democrático, los dos modelos de los *social media* UE/USA muestran sus diferencias, pero también sus contradicciones. Una desigual lucha por el poder (Estado-tecnológicas-ciudadanos), unido a tales contradicciones, se manifiestan como la causa de las amenazas a la democracia, común problema de ambos modelos. Un modelo ha creado, con una legislación laxa, unos «gigantes tecnológicos» de difícil control que amenazan su sistema político; el otro, legislándolo todo en defensa de la democracia, parece no aceptar haber llegado tarde y que la infraestructura informativa de los «gigantes tecnológicos», que está muy radicada, solo obedece a leyes algorítmicas. El funcionamiento de las empresas norteamericanas y sus aspiraciones (total decisión editorial como «publishers» y total inmunidad como «carriers») se vuelve en contra de la «First Amendment», que se ejerce por las tecnológicas para restringir la propia *First Amendment* de los ciudadanos usuarios, con efectos dañinos en el sistema democrático y ante la impotencia del Estado. En Europa el RSD, en aras de proteger las libertades informativas, establece multiplicidad de mecanismos que limitan hasta la asfixia y desnaturalizan estos derechos fundamentales.

En ambos modelos hay un resultado «censor», lo que, en uno, de una forma impropia, podríamos llamar «censura privada» (moderación contenidos) y, en el otro, censura propiamente, resultante de la acción del Estado en las plataformas (regulación). Ambos modelos fallan a la hora de proteger el discurso público de la esfera digital, lo que daña a la democracia por la desinformación y todas sus derivadas. La tensión Estado-Empresa tecnológica privada es constante, a pesar de la asumida colaboración (voluntaria o no) entre ambas partes (de manera explícita o implícita). Los ciudadanos, manipulados y limitados por la explotación de sus datos en las redes, reclaman su poder al ser conscientes del valor de los datos en las plataformas y en la IA. Un nuevo modelo integrador es necesario, que supere la confrontación y trascienda una colaboración que utiliza la vigilancia de datos para beneficio económico y político. Si la IA nos conduce a un nuevo modelo, dependerá de una nueva comprensión y transformación de las instituciones democráticas que no todavía no alcanzamos a visualizar propiamente y en el que las libertades de expresión e información jugarán un nuevo rol. Lo que sí parece, a la luz de lo observado, es que una nueva forma de ejercicio del derecho a la información se va perfilando y que la forma de expresar los mensajes pasa por nuestra interacción con los algoritmos y mecanismos técnicos.

Las objeciones a ambos modelos llaman a favor de explorar nuevas bases normativas para entender y proteger los derechos y libertades informativas (Haupt, 2021:757-777)⁹³. Su incapacidad para hacer valer la democracia deliberativa y

93 Objeciones que se resumen, siguiendo a Haupt, en: «*First Amendment o bust*» (Libertad de expresión o fracaso) y la «*slippery slope*» (el fácil deslizamiento hacia la censura).

sus valores esenciales en la esfera digital se puede ver agravada por el progresivo uso de la inteligencia artificial generativa y la neurotecnología. Los valores que sostienen estos derechos y libertades públicas muestran una perdurabilidad que parecen no tener estos nuevos sistemas cuyo cambio constante desafía la eficacia de las normas. La batalla por imponer un modelo se ha hecho patente tanto por las empresas tecnológicas norteamericanas (gobernanza privada por los términos legales y algoritmos gobernantes en todos los mercados posibles), como por la UE a través del «efecto Bruselas» (imponiendo su regulación al resto del mundo) (Bradford, 2023:69)⁹⁴. A resultas de todo ello, podría ser recomendable aprender de los aciertos y errores de cada uno para adoptar un nuevo modelo, pluralista, que tenga en cuenta la nueva estructura de poder generada por estas infraestructuras informativas para superarla. La generada estructura de poder triangular (Estados, tecnológicas privadas y usuarios) o incluso octogonal ((Balkin, 2019)⁹⁵, debe ser tenida en cuenta a la hora de legislar (superando el enfoque de la *old and new school regulation*)⁹⁶ y conscientes de las consecuencias constitucionales diferentes en cada país y en sus ordenamientos jurídicos, dado que «la relación entre el Estado-los actores privados y la Constitución no es la misma en cada sistema» (Haupt, 2021: 773). Asumiendo que ya ninguno de los actores tiene una completa soberanía que le permita imponerse sobre los demás sin confrontación⁹⁷. La realidad de las cosas apunta a trascender esa relación pública-privada (Estado-tecnológicas privadas) que se lucra de los datos personales (de los usuarios) y se excusa en la desinformación (utilizándola como acicate). Y aconseja enfocarse en medidas estructurales (telecomunicaciones, ciberseguridad, IA, datos, *net neutrality*, competencia, etc.). La nueva arquitectura de poder parece requerir un «nuevo contrato social global» entre todos estos sujetos, que facilite un nuevo proceso constitucional multifacético (Celeste, 2021), es decir, que considere las aportaciones y aspiraciones de cada uno de ellos⁹⁸.

Lessig (1999:3) lo afirmó, «*the code is law*» y, entre nosotros, Balaguer (2023) defiende la «constitucionalización del algoritmo». La IA debería apuntar en esta

94 O incluso silenciosamente por el modelo chino: «*Foreign governments seeking a viable alternative regulatory path to the American market-driven approach are now increasingly turning to the Chinese state-driven approach for guidance on how to effectively manage their digital economies and control their digital societies*».

95 Pues se pueden identificar más actores dentro de cada categoría (*backers*, medios tradicionales, etc)

96 No toda la regulación de la «*Old or New School Speech Regulation*» es negativa, solo aquella que propicia los problemas ya mencionados, censura colateral, censura privada previa, vigilancia masiva y manipulación_ que son las características propias de la gobernanza privada de las plataformas, de la regulación «*New School*» y de la colaboración y cooptación público-privada. (Balkin, 2019:98)

97 Así, el voto disidente de la citada sentencia del TS americano (2024), resalta el poder que el Estado puede ejercer sobre las plataformas: medidas antitrust y de competencia, modificar la Secc. 230 o la acción diplomática de los Estados en el ámbito internacional.

98 Es remarkable observar como la gobernanza privada de los *social media* en USA está cambiando la regulación de la *First Amendment* al margen de la Constitución, entre otras razones, al adherirse a las directrices europeas en la moderación, pues estas empresas prefieren actuar con sus usuarios como si ellas mismas fueran Estados de la UE.

dirección en su *code*. Las plataformas han ido mostrando cómo ejercemos el derecho a la información en esta nueva organización política y social en el ciberespacio. El diálogo con la máquina y entre máquinas, su inteligencia y sus mecanismos, que «dice» lo que «en realidad» queremos decir (aunque no lo digamos con nuestras palabras). Es otra consecuencia de la invasión de nuestra privacidad (Balkin, 2018), que hemos cedido por los datos personales. Y que posiblemente aumentará por las aplicaciones de la neurociencia y la inteligencia artificial generativa. La descontextualización (García Sanz, 2019:100) de lo privado y/o íntimo desplazado a lo público en las plataformas sociales está teniendo consecuencias nefastas para la democracia.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- Balaguer, F. (2023). *La Constitución del Algoritmo*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad.
- Balkin, J.M. (2021). How to Regulate (and Not Regulate) Social Media. *Journal of Free Speech Law*, 1, 71-96.
- Balkin, J.M. (2019). Free Speech is a Triangle. *Columbia Law Review*, 118 (7), 2011-2056.
- Balkin, J.M. (2018). Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation. *University of California Davis*, 51, 1149-1209.
- Balkin, J. M. (2014). Old-School/New-School Speech Regulation. *Harvard Law Review*, 127 (8).
- Bambauer, D.E. (2015). Against Jawboning. *Minn. L. Rev.*, 100, 51-125.
- Benkler, Y. (2019). Cautionary Notes on Disinformation and the Origins of Distrust. *Media Well: Expert Reflections*.
- Bradford, Anu. (2023). *Digital Empires: The Global Battle to Regulate Technology*. N.Y: Oxford University Press.
- Bradford, A. (2020 a). *The Brussels Effect: How The European Union Rules the World*. N.Y: Oxford University Press
- Bradford, A. (2020 b). Hey US Tech: Here Comes the Brussels Effect. *Colum. Bus. Sch., Ideas & Insights*. Dec. 17.
- Bloch-Wehba, H. (2019). Global Platform Governance: Private Power in the Shadow of the State. *SMU L. Rev.*, 72, 27-79.
- Castellanos Claramunt, J. (2023). La influencia de la Inteligencia Artificial en la concepción tradicional de los derechos fundamentales: un nuevo paradigma tecnológico y jurídico. En Arellano Toledo (dir). *Derecho, Ética e Inteligencia Artificial* (139-173). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Celeste, E. (2021). Constitucionalismo Digital: Mapeando A Resposta Constitucional Aos Desafios Da Tecnologia Digital. *Direitos Fundamentais & Justiça*, 15 (45), 63-91.
- Diresta, R. (2022). Algorithms, Affordances and Agency. En Lee C. Bollinger & Geoffrey R. Stone (eds.) *Social Media, Freedom of Speech, and The Future of our Democracy* (121-138). N.Y: Oxford Univ. Press.
- Douek, E. (2022). The Siren Call of Content Moderation Formalism. En Lee C. Bollinger & Geoffrey R. Stone (eds.) *Social Media, Freedom of Speech, and The Future of our Democracy* (139-156). N.Y: Oxford Univ. Press.

- Douek, E. (2020). *What kind of Oversight Board Have You Given US?* May 20.
- Fox, G.H.& Nolte, G. (1995). Intolerant Democracies, *Harvard Int'l L. J.*, 36 (1), 1-70.
- García Sanz, R. (2019). La difícil Relación del Instituto de la Opinión Pública y los Procesos de Comunicación Pública en Internet. *Revista de Derecho Político*, 106, 79-104.
- Goldman, E. (2022). The Constitutionality of Mandating Editorial Transparency, *Hastings L.J.*, 73 (5), 1203-1231.
- Goldman, E. (2020). An Overview of the United States' Section 230 Internet Immunity. En Giancarlo Frosio (ed.) *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability* (155).
- Gómez Fernández, I. (2024). El Tribunal Constitucional como Artífice (o No) de la Ideas de Integración Constitucional., *Teoría y Realidad Constitucional*, 53, 472-477.
- González Casanova, J.A. (1968). *Comunicación Humana y Comunidad Política*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Gutiérrez Fons, J.A. (2023). El Tribunal de Justicia y la Unión Europea como una Unión de Valores., *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 76, 11-28.
- Hampson, N. (2011). The Internet is Not a Lawless Prairie: Data Protection and Privacy in Italy. *Boston College INT'L & COMP. L. Review*, 34, 477-489.
- Harvey, D. (2005) *A Brief History of Neoliberalism*. N.Y: Oxford University Press.
- Hasen, R.L. (2022). *Cheap Speech: How Disinformation Poisons Our Politics — And How to Cure It*. New Haven: Yale Univ. Press.
- Haupt, C. E. (2021). Regulating Speech Online: Free Speech Values in Constitutional Frames. *Washington University Law Review*, 99, 751-786.
- Haupt, H.C. (2005). Regulating Hate Speech. *Boston University International Law Journal*, 23, 299-333.
- Herzog A. (2021). The Attack on Sovereignty: Liberalism and Democracy in Hayek, Foucault, and Lefort. *Political Theory*, 49 (4), 662-685
- Keller, D. (2023). Platform Transparency and the First Amendment, *Stanford Cyber Policy Center*. 1-52.
- Keller, D. (2021). Amplification and Its Discontents: Why Regulating the Reach of Online Content is Hard. 1 *J. Free Speech L.*, 1, 227-270.
- Klonick, K. (2022). The New Governors: The People, Rules, And Processes Governing Online Speech. *Harvard Law Review*, 131, 1598-1669.
- Lakier, G. (2021). Informal Government Coercion and The Problem of «Jawboning». *Lawfare*. Monday, 26-7-2021
- Lessig, L. (1999). *Code and other Laws of Cyberspace.*, N.Y.: Published by Basic Books.
- Loewenstein, K. (1937). Militant Democracy and Fundamental Rights. *AM. POL. SCI. REV.*, 31 (3), 417-432.
- Netanel, N. (2023). Applying Militant Democracy to Defend Against Social Media Harms. *Cardozo Law Review*, 48, 102-189.
- Park, C.S. (2022). Reading a Snippet on a News Aggregator vs. Clicking through the Full Story: Roles of Perceived News Importance, News Efficacy, and News-Finds-Me Perception. *Journalism Studies*, 23 (11), 1350-1376.
- Peguera. M. (2009). The DMCA Safe Harbors and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems. *Columbia Journal of Law & Arts*, 32, 481-513.

- Pildes, R.H. (2019). The Law of Democracy and the European Court of Human Rights. En Christine Landfried (ed.) *Judicial Power: How Constitutional Courts Affect Political Transformations* (pp. 115-22). U.K: Cambridge University Press.
- Rubio, R., Alvin, F. F., Andrade, V. (2024). *Inteligencia Artificial y Campañas Electorales. Disfunciones informativas y amenazas sistémicas de la nueva Comunicación política*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Starr, S. (2019). How Neoliberal Policy Shaped the Internet — and What to do About it Now. Am. Prospect, Oct. 2, 2019. Disponible: <https://prospect.org/power/how-neoliberal-policy-shaped-internet-surveillance-monopoly/>
- Strauss, D.A. (2022). Social Media and First Amendment Fault Lines. En Lee C. Bollinger & Geoffrey R. Stone (eds.) *Social Media, Freedom of Speech, and The Future of our Democracy* (3-16). N.Y: Oxford Univ. Press.
- US Department of Justice. (2020). Section 30-Nurturing Innovation or Fostering Unaccountability? *United States Department of Justice's Review of Section 230 of The Communications Decency Act of 1996*. 1-25.
- Varofakis, Yanis. (2023). *Tecnofeudalismo: What killed Capitalism?* London: Bodley Head.
- Volokh, E., (2021). Treating Social Media Like Common Carriers? *Journal of Free Speech Law*, 1, 377-460.
- Zuboff, S. (2019). *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for A Human Future at The New Frontier of Power*. NY: Public Affairs.

TITLE: *The social media in USA and the UE: two different legal models and the same problem for democracy*

ABSTRACT: *This paper is focused on the two different legal approaches to social media in USA/UE in the context of democracy. Taking into account the similar problems—social media harms—each model responded in a different way but both failed addressing these issues. Legal flaws were raised by these models because of the nature of digital information infrastructure that affects the digital public discourse, which impacts on Democracy. New perspectives should be explored.*

RESUMEN: *El trabajo se centra en la descripción de dos modelos legales (USA/UE) que regulan las redes sociales y su diferente concepción jurídica en el contexto democrático. Ante los mismos problemas surgidos en la nueva infraestructura digital de la información, cada uno ha respondido de manera distinta aunque ninguna respuesta se muestra eficaz para reparar los daños en el discurso digital público y sus consecuencias democráticas. Se han de explorar nuevas perspectivas.*

KEY WORDS: *Social media, digital platforms, misinformation, digital intermediaries, freedom of speech, democracy, Artificial Intelligence.*

PALABRAS CLAVE: *Redes sociales, desinformación, intermediarios digitales, plataformas digitales, libertad de expresión e información, democracia, Inteligencia Artificial.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 28.06.2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 19.09.2024

CÓMO CITAR / CITATION: García Sanz, R. M^a (2024). Los «social media» en USA y en la UE: dos modelos legales distintos y un mismo problema para la democracia. *Teoría y Realidad Constitucional*, 54, 309-349.

