

LA OBSOLESCENCIA —PROBABLE— DE LA PRIMERA ENMIENDA EN EL ECOSISTEMA DIGITAL. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA (Y POLÍTICA) DE LAS REDES SOCIALES

VÍCTOR J. VÁZQUEZ ALONSO

*Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla*

TRC, nº 55, 2025, pp. 383-421
ISSN 1139-5583

SUMARIO

I. La libertad de expresión en la sociedad digital como cuestión metaconstitucional (introducción de urgencia) II. La Constitución material de internet es una ley III. *Moody v. NetChoice*. Las plataformas digitales como «speakers» IV. La responsabilidad de las plataformas *Gonzalez v. Google LLC* y *Twitter, Inc. v. Taamneh*, 598 US 471 (2023). V. Redes sociales y censura vicarial: *Murthy v. Missouri*. VI. Geopolítica de la Primera Enmienda. La libertad de expresión de TikTok, cuestión de Estado. VII. Sobre la obsolescencia —probable— de la doctrina de la Primera Enmienda

I. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA SOCIEDAD DIGITAL COMO CUESTIÓN METACONSTITUCIONAL (INTRODUCCIÓN DE URGENCIA)¹

El 28 de octubre de 2020, durante una Comisión de Comercio del Senado, a la que fueron convocados on line, como consecuencia de la pandemia, Sundar Pichai (Google), Mark Zuckerberg (Facebook) y Jack Dorsey (Twitter), el

1 Una primera versión de este trabajo fue leída y comentada por el profesor G. Teruel a quien quiero agradecer aquí muchas sugerencias que han servido para mejorar este estudio. Igualmente, estoy en deuda con A. Galdámez, a quien tuve la suerte de dirigir su tesis doctoral sobre esta materia y, en ese proceso, aprender mucho de ella. La influencia de sus ideas en este trabajo ha sido, sin duda, una ventaja para su elaboración.

Senador republicano Ted Cruz profirió una reprimenda viral al entonces propietario de Twitter, a quien en tono poco amistoso preguntó: «¿quién diablos te eligió y te puso a cargo de lo que los medios pueden informar y lo que el pueblo estadounidense puede escuchar?».

Recuerdo aquí la escena porque creo que explica muy bien la singularidad del conflicto político en torno al contenido y sentido de la Primera Enmienda en el mundo digital. Así, al contrario de lo que había sido común en el mundo analógico, eran los conservadores quienes en este momento reivindicaban el intervencionismo del Estado, cuestionando la idea de que las corporaciones digitales pudieran, como poderes privados, actuar con plena autonomía a la hora de gobernar sus foros. Tras este posicionamiento estaba la presunción de que el gobierno de las plataformas en línea estaba infectado por los prejuicios progresistas de sus propietarios, arquetípicos liberales de la Costa Este que condicionaban ideológicamente el mercado digital de las ideas.

Mientras que en el Partido Republicano ha existido estos años una pulsión reguladora dirigida a garantizar que las plataformas en línea no censuren ningún tipo de discurso lícito, por razón de su contenido, en el Partido Demócrata, y también en los sectores liberales de la doctrina, lo que ha existido es una defensa de que la propiedad de estos foros implica también el derecho a gobernarlos y, con ello, el de poder discriminar determinados discursos frente a otros². Tras esta postura lo que se escondía era el interés de que las plataformas en línea pudieran colaborar vicarialmente con el Estado para perseguir ciertos discursos que el Estado tiene que tolerar pero que se consideran nocivos socialmente, como el discurso del odio, la desinformación, o aquel que puede provocar graves daños en ámbitos como la salud o la seguridad pública.

La realidad es que, en el momento en que cierro este trabajo, el eje ideológico descrito se ha roto. De hecho, empezó a romperse en el instante en que Jack Dorsey aceptaba la oferta de Elon Musk para hacerse con Twitter, con la promesa, por parte de este último, de instaurar en este foro un régimen irrestricto para el ejercicio de la libertad de expresión. No obstante, no ha sido sino hasta la victoria de Donald Trump en las pasadas elecciones cuando se ha escenificado de forma explícita un pacto entre las principales corporaciones digitales y la nueva administración. Nosotros los de entonces ya no somos los mismos, podríamos decir. Buena prueba de ello fue la comparecencia de Mark Zuckerberg anunciando la restauración de la plena libertad de expresión en su foro, es decir, la derogación de las políticas de moderación que habían sido desarrolladas, en atención a los riesgos que puede generar cierto discurso lícito cuando este usa el canal de las redes sociales³. Todo ello, al mismo tiempo que solicitaba la ayuda al nuevo Presidente

2 Sitúa muy bien este esquema ideológico de la Primera Enmienda, antes de la compra de Twitter por Elon Musk, el trabajo de Douek y Lakier (2024).

3 Véase, Douek (2023: 2233).

de los Estados Unidos para que utilice su fuerza e influencia de cara a liberar a las corporaciones norteamericanas que operan de forma transnacional, de las obligaciones regulatorias impuestas por terceros países. El denominado efecto Bruselas, es decir, la influencia de la legislación europea en la regulación global de las grandes compañías digitales, se situaba aquí en el punto de mira.

La intervención del CEO de Meta delimita bien las dimensiones del teatro dentro en el que pensamos el régimen jurídico de la libertad de expresión en los foros digitales. Si bien, aparentemente, se trata de una discusión que gira sobre el eje público-privado, en muchas ocasiones resulta más fácil platear los problemas constitucionales que suscita la regulación del discurso en estos espacios desde la lógica propia de soberanía o de las relaciones entre ordenamientos. Fue el propio Zuckerberg el que afirmó que gobernar su red social era más parecido a gobernar un Estado que una empresa⁴. Días después de las elecciones presidenciales, David Allen captaba esta idea en el *Financial Times* con un artículo cuyo título, *The coming battle between social media and the State*, resume bien la naturaleza política del problema que plantea el hecho de que estas empresas transnacionales aspiren a disfrutar, en cualquier lugar donde operen, del marco de autonomía casi absoluta que el derecho norteamericano, como veremos, les confiere sobre sus foros. Es decir, el anhelo de que los países importadores de tecnología importen también, necesariamente, el mismo modelo de (des)regulación.

El interés por la regulación jurídica norteamericana, por lo tanto, no responde sólo al provecho comparativo que podamos obtener conociendo la técnica reguladora en este ordenamiento, sino a razones, digamos, metaconstitucionales que tendremos presentes a lo largo de este trabajo. No obstante, aquí nos vamos a centrar en el estudio de una muy reciente jurisprudencia en la que el Tribunal Supremo, por primera vez, se ha pronunciado sobre tres cuestiones esenciales relativas a la naturaleza jurídica de las redes sociales: Si su política de moderación puede considerarse discurso y está protegida por la Primera Enmienda; Si pueden ser responsables por el contenido que sus algoritmos procesan; Si se vulnera la libertad de expresión de los usuarios cuando las plataformas en línea asumen políticas de moderación restrictivas impulsadas por el Estado.

Del mismo modo, analizaremos una decisión que la Corte Suprema emitía cuando ya cerrábamos estas páginas, *TikTok, Inc. v. Garland*, y en la que se confirma la constitucionalidad de la ley federal que permite el cierre de la red social china TikTok en los Estados Unidos.

Sobre la base de esta jurisprudencia, platearemos en un epígrafe final —y usando el modelo europeo como contraste— la cuestión de hasta qué punto el significado de la Primera Enmienda ha perdido su sentido al proyectarse sobre

⁴ C. Caruso habla de una suerte de «némesis con el estado nación», en virtud de la cual «las plataformas en línea primero se convierten en legisladores de su ecosistema digital, aprobando sus normas, luego en jueces decidiendo los litigios que se plantean a en la aplicación de esas normas, y finalmente en poder ejecutivo dando efectividad a sus decisiones» (2024: 9)

las plataformas en línea, atendiendo únicamente a la titularidad privada de su propiedad y no a la naturaleza pública del foro que gobiernan. La tesis que aquí intentaremos defender es que la doctrina constitucional sobre la libertad editorial de los medios de comunicación, proyectada sobre las redes sociales, se basa en una confusión de su naturaleza jurídica que allana el camino para convertir a estas corporaciones en verdaderos poderes, no como contrapeso al Estado —a la manera clásica de los medios de comunicación— sino con funciones propias de éste.

II. LA CONSTITUCIÓN MATERIAL DE INTERNET ES UNA LEY

Para comprender el estatuto de las corporaciones digitales en los Estados Unidos es necesario recordar la dimensión que adquiere el punto de partida de la regulación jurídica de internet, que se encuentra, como es sabido, en la celebrísima Sección 230 con la que se modifica el Código Federal de las Comunicaciones. El eje de esta regulación fue negar a las empresas intermediarias de la comunicación digital su condición de medios⁵, al considerarlas meros agentes neutrales y no editores al uso, en el mercado de la información e ideas. Desde esa lógica, las corporaciones digitales, a diferencia de las empresas tradicionales de la comunicación, no serían responsables por lo que a través de ellas se transmita, ni tampoco, lo que resulta muy revelador, por las decisiones que ellas tomen respecto a qué contenido censurar⁶.

Vista con la perspectiva que dan los casi treinta años que han pasado desde su aprobación, esta norma nos ofrece varios datos reveladores. El primero, que se trata de una regulación aprobada bajo la influencia de una atmósfera cultural en la que internet era un escenario para la consecución de ciertas utopías. Por un lado, se suponía que la naturaleza constitutivamente abierta de la red iba a garantizar equilibrios liberales en el mercado de las ideas⁷, generando espacios ajenos a la polarización, caracterizados por el uso de la razón pública⁸. Del mismo modo, en el plano puramente económico, se asumía que, dadas las posibilidades de innovación que ofrecía internet, difícilmente iban a poder consolidarse aquí

5 «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». 47 U.S. Code § 230 - Protection for private blocking and screening of offensive material.

6 «No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of— (A) any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected; or (B) any action taken to enable or make available to information content providers or others the technical means to restrict access to material described in paragraph (1) ».

7 Puede leerse, con la perspectiva histórica adecuada el famoso manifiesto de Barlow.

8 Véase, en extenso, Sunstein (2018)

posiciones de dominio⁹. La realidad es que estos horizontes utópicos no se han cumplido: se trata de un mercado con clara tendencia a la concentración y, al mismo tiempo, la polarización o los patrones de irracionalidad discursiva, lejos de ser anecdóticos, son constitutivos dentro de la estructura de la comunicación en red.

En segundo lugar, la comunicación digital se ha articulado, no sólo, pero sí principalmente, en lo que se refiere a la construcción de la opinión pública, sobre la base de plataformas en línea, lo que llamamos comúnmente redes sociales, que disfrutan, desde un punto de vista puramente tecnológico, de un amplio margen para la regulación del discurso. La Sección 230, una norma estructurante de la comunicación digital, se aprobó cuando el concepto de red social, con el patrón tecnológico que hoy conocemos, no había surgido. Es por ese motivo que, desde hace años, ha sido objeto de discusión la cuestión de hasta qué punto el marco de (i)rresponsabilidad definido por esta ley federal es disfuncional, precisamente como sistema de gobierno de la opinión pública¹⁰. Como bien sabemos, el legislador de la Unión Europea ha admitido expresamente dicha disfuncionalidad, aprobando una regulación, la *Digital Service Act*, que intensifica las obligaciones de las plataformas en línea, especialmente de las más grandes, en la disciplina del discurso. La legislación federal norteamericana, sin embargo, se ha mantenido inalterada. Por este motivo, buena parte de la discusión jurídica en USA ha sido si dicha legislación es pura concreción de las exigencias de la Primera Enmienda, con lo cual no cabría una modificación, o si, por el contrario, es posible una regulación de las redes sociales que imponga determinadas obligaciones en la disciplina del discurso dentro de sus foros, y, al mismo tiempo, defina espacios de responsabilidad.

La Sección 230 fue, en todo caso, una decisión del legislador federal. Es importante subrayar esto porque, a diferencia de otros hitos en materia de derechos, no ha sido la Corte Suprema la que ha definido la imagen del sistema de la libertad de expresión en internet, sino que es una ley la que ha servido, podríamos decir, de fetiche jurídico, como pone de manifiesto el célebre lugar común de que la Sección 230 recoge «las 26 palabras que crearon internet» (Kosseff, 2019). La Sección 230 ha disfrutado de un estatus casi mitológico, en tanto objeto de culto, dentro de un sector muy concreto de la comunidad jurídica norteamericana: los grandes abogados de las corporaciones digitales (Ammori, 2014). Un gremio que coincide en señalar que no hubiera sido posible la creación de estas grandes corporaciones transnacionales como Meta, X o Google, si no hubieran disfrutado de un marco jurídico que garantice la casi inmunidad jurídica de los intermediarios. La Sección 230 habría jugado así, en la cultura

9 Es conocida la influencia que tuvo en el replanteamiento del derecho a de la competencia en este ámbito, el artículo de Kahn (2017).

10 En extenso, sobre los cambios radicales experimentados desde ese internet de 1996, cuando se aprueba la Sección 230, Graw Leary (2018:158-159)

jurídica Norteamérica de la libertad de expresión, un papel análogo al que desempeñó *New York Times v. Sullivan* (Ammori, 2014: 2260-2261). Sería un presupuesto jurídico del sistema de gobierno de la opinión pública.

Si consideramos la vis expansiva que tuvo internacionalmente, la trascendencia de la Sección 230 probablemente ha sido incluso mayor que la del propio precedente establecido por la Corte Suprema en *New York Times v. Sullivan*. La irresponsabilidad de los intermediarios, el principio del buen samaritano, ha desplegado una influencia determinante para la ordenación jurídica de internet en muchas experiencias nacionales, dentro de las cuáles ha de incluirse originariamente a la UE y su Directiva de Comercio Electrónico. La exportación de la tecnología, en definitiva, conlleva también la exportación una determinada comprensión jurídica del hábitat digital que, en la práctica, no se define por las autoridades estatales¹¹, sino por las grandes empresas digitales que perfilan los términos de uso y, con ello, los límites al ejercicio de la libertad de expresión e información en las redes.

No obstante, fuera de los Estados Unidos, este presupuesto maximalista de la irresponsabilidad de los intermediarios de internet se ha matizado con el tiempo¹². Como se insistirá al final, esta matización implica un cambio en la comprensión de la naturaleza jurídica de las grandes corporaciones digitales, pero también una toma de conciencia de la dimensión política que, como poderes privados, pueden tener estas empresas, así como de la necesidad de afirmar la soberanía de los Estados a la hora de establecer las reglas de gobierno de la opinión pública europea¹³. El proceso experimentado en la UE hasta la aprobación de la DSA es el mejor ejemplo de esta dinámica.

Pero en los Estados Unidos este debate también ha estado muy presente. La pasividad del legislador federal a la hora de matizar los términos de Sección 230 y la propia generosidad de los tribunales a la hora de interpretarla, no significa que no haya habido litigiosidad ni que no se haya puesto en cuestión, desde presupuestos no sólo jurídicos¹⁴, sino también puramente democráticos, esta forma de gobierno de la opinión pública digital. Sin embargo, la realidad es que la

11 Así, por ejemplo, el NAFTA 2.0, en su artículo 19.17 exige a sus signatarios, Estados Unidos, Canadá y México, adoptar disposiciones de inmunidad en Internet similares a las de la Sección 230.

12 La enmienda a la totalidad al paradigma de la neutralidad más completa que he leído es la que construye Ignacio Villaverde en su ensayo sobre el ciberespacio y los poderes salvajes, en especial, en su capítulo IV (Villaverde, 2020)

13 A este respecto, puede verse Teruel Lozano (2023: 184 y ss) donde estudia como Internet ha pasado de ser un «espacio apasionado por la libertad a la necesidad de domesticar a los Señores de Internet», para, sobre esta premisa, valorar la naturaleza constitucional de las redes sociales. La conclusión que alcanza de reconocer las mismas como medios de comunicación no es compartida en este trabajo, pero las consecuencias esbozadas para su régimen jurídico parten de esa preocupación común por afirmar la soberanía de los Estados en el gobierno de la opinión pública europea.

14 Véase, entre otros, el extenso trabajo de la profesora Mary Graw Leary, que incide en la indolencia judicial a la hora de interpretar en sus justos términos la Sección 230 y en cómo el contenido efectivo de ésta difiere, en la práctica, de la voluntad original del legislador federal (2018: 572 y ss)

extraordinaria estabilidad de la Sección 230, en un ámbito tecnológico donde se produce un continuo cambio, se ha visto reforzada por una jurisprudencia muy reciente de la Corte Suprema que, a través del *Certiorary*, ha reclamado para sí la oportunidad de usar su autoridad de cara a delimitar el alcance de la protección de la Primera Enmienda a las plataformas en línea. Es decir, para determinar si la Sección 230 es una mera opción del legislador o si bien, en puridad, su contenido es simple concreción de las exigencias que derivan de la propia Constitución respecto a la protección del discurso, y que daría amparo a la sui generis política editorial de las redes¹⁵.

Como veremos ahora, la Corte Suprema ha declinado corregir de forma expresa el actual *status quo* y ha secundado una comprensión de la naturaleza jurídica de las plataformas en línea, que hace de éstas una suerte de foros bajo soberanía privada. Ha sugerido, aunque no de forma explícita, que parte del contenido de la Sección 230 no sólo conforma la Constitución material de internet en los Estados Unidos sino que, por lo menos en algún grado, es redundante con las exigencias de la propia Constitución escrita¹⁶. Todo esto tiene consecuencias trascendentales para el gobierno de la opinión pública y, en las circunstancias actuales, nos permite hablar, como se explicará al final del trabajo, de una suerte obsolescencia de la Primera Enmienda en el ámbito digital.

III. *MOODY V. NETCHOICE*. LAS PLATAFORMAS DIGITALES COMO «SPEAKERS»

Las políticas de moderación de un foro con decenas de millones de usuarios pueden, inequívocamente, tener una incidencia en la formación de la opinión pública democrática y ser determinantes a la hora de proteger la seguridad y la salud pública o determinados derechos y libertades. La realidad es que las principales plataformas en línea, fundamentalmente tras el asalto al Capitolio, incrementaron su control sobre discursos contruidos bajo premisas aparentemente falsas o que podrían considerarse odiosos o agresivos según sus parámetros. Este celo en la ejecución de las políticas de moderación fue, como ya señalamos, considerado por ciertos sectores del Partido Republicano, como una adulteración del equilibrio político de estos foros, articulada sobre la base de criterios puramente

¹⁵ Véase, una síntesis de la idea en (Note: 2027-48).

¹⁶ Así, Enric Goldman había llamado la atención sobre el hecho de que la Sección 230 al establecer dos reglas muy concretas y no estándares abiertos, como los que se deducen de la doctrina de la Primera Enmienda, garantizaba un nivel de predictibilidad a las grandes compañías digitales, respecto a su irresponsabilidad, que no hubiera podido deducirse de la proyección de la Primera Enmienda a este ámbito. En todo caso, como ahora veremos, la jurisprudencia de la Corte Suprema, al considerar como una «conducta expresiva» protegida, la actividad moderadora de las plataformas, termina por dar a las concretas reglas establecidas por el legislador federal una dimensión constitucional (2019: 33).

ideológicos¹⁷. Este planteamiento lo llegó a hacer suyo el juez Clarence Thomas, en un voto particular frente a la decisión de la Corte Suprema de no admitir al *Certiorary* una reclamación de responsabilidad frente a una compañía digital. Para Thomas, la Sección 230 ofrecía una inmunidad injustificada a las grandes corporaciones digitales, considerando que sus mecanismos de recomendación y normas de moderación distaban mucho de la neutralidad que el legislador de 1996 presupuso a los intermediarios de internet¹⁸.

En cualquier caso, la posibilidad de modificar la legislación federal, es decir, la Sección 203, no era materialmente factible, pues exigía un inalcanzable consenso bipartidista en ambas cámaras. Igualmente estéril fue el intento del presidente Trump de alterar, mediante una orden ejecutiva, dicho régimen de responsabilidad¹⁹. Sin embargo, en este contexto de reacción frente al control editorial de las grandes plataformas en línea por parte de los Republicanos, dos asambleas legislativas de estados gobernados por políticos de este signo, Florida y Texas, aprobaron sendas leyes que limitaban considerablemente la autonomía de las grandes corporaciones digitales en sus estados, imponiendo de forma expresa un principio de neutralidad en el tratamiento de las opiniones e informaciones compartidas por terceros.

Desde la perspectiva europea, lo cierto es que el esquema regulatorio de ambas normas es bastante próximo a alguno de los elementos característicos de la *Digital Service Act*²⁰. Así, tanto la ley de Florida como la de Texas imponen una obligación específica de neutralidad²¹ a aquellas plataformas en línea que

17 Así lo expresó, más de una vez, el propio Donald Trump, tras la cancelación de sus perfiles en redes. Estas plataformas, según él, ya no respondían a la imagen de meros intermediarios sino al de empresas editoras, de tal forma que su régimen de irresponsabilidad carecería de fundamento. «Trump Prepares Order to Limit Social Media Companies' Protections», disponible en *New York Times*, 28 de mayo de 2020, <https://www.nytimes.com/2020/05/28/us/politics/trump-executive-order-social-media.html?action=click&module=Top%20Stories&pgtype=Homepage>.

18 *Malwarebytes, Inc. v. Enigma Software Group USA, LLC*, 592 U. S. ____ 2020, (Thomas dissenting) Thomas cita expresamente el extenso voto particular del juez Katzman a la decisión de su Tribunal de Segundo Circuito, de rechazar la apelación frente a un recurso que instaba a no aplicar la Sección 230 para eximir a Facebook de su eventual responsabilidad civil por los actos terroristas que pudieran haberse alentado a través de su foro. Para Katzman, frente al presupuesto de la neutralidad, había que considerar que cómo «sus algoritmos han servido para conducir a los usuarios hacia contenido y personas con las que los usuarios estaban de acuerdo, y que lo han hecho demasiado bien, empujando a las almas susceptibles a transitar por caminos oscuros». *Force v. Facebook, Inc.*, 934 F.3d 53, 2nd Cir, 2019 (Katzman Dissenting). Como veremos luego, la Corte Suprema ha admitido a trámite con posterioridad sendos recursos, en los que parece admitir la posibilidad de que sea de aplicación la legislación antiterrorista para exigir responsabilidad a las redes sociales, si bien, en ambos casos, la Corte no consideró probado el nexo causal necesario para poder establecer dicha responsabilidad.

19 *Executive Order on Preventing Online Censorship*, May 28, 2020, disponible en: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-preventing-online-censorship/49>

20 De entre los muchos estudios comparativos, puede verse, entre nosotros, y por su profundidad, el muy reciente de García Sanz (2024).

21 *Tex.Bus.&Com.Code.Ann. §§120.001(1)*, Disponible en: <https://statutes.capitol.texas.gov/Docs/BC/htm/BC.120.htm>

disfruten de una especial posición en el mercado²². Del mismo modo, y también en la línea de la DSA²³, ambas normas preveían un procedimiento de notificación de las medidas de moderación y un sistema de recursos interno en favor de los usuarios. No obstante, las diferencias con la aproximación europea se hacen manifiestas cuando consideramos que se trata de una regulación de las redes que impone una ausencia de control dentro de éstas. Esto no sólo se distancia del espíritu de la DSA, donde es central la idea de control de los riesgos sistémicos²⁴, sino también de los distintos instrumentos normativos o de *soft law* aprobados previamente en este ámbito por las instituciones europeas²⁵.

Lo que aquí se prohíbe es que las grandes compañías digitales, sobre la base de su propio punto de vista, «eliminen», «alteren», «etiqueten» o «impidan la prioridad», de determinados mensajes en función de su contenido o fuente. Ambas leyes utilizaban el término «censura» para englobar cualquier acción de las grandes plataformas digitales consistente en «bloquear», «prohibir», «eliminar», «desmonetizar», «orillar», «denegar la igualdad de acceso o visibilidad» o «discriminar de otro modo» por el contenido del mensaje. Todos estos actos quedarían prohibidos, sobre la base del interés estatal por garantizar la máxima libertad de expresión. Por lo tanto, lejos de buscar esa cooperación con las grandes plataformas en línea para que éstas, sobre la base de directrices públicas, persigan en sus foros aquel discurso que, si bien siendo lícito, genera riesgos específicos en la red; las leyes de Florida y Texas imponen una neutralidad extrema que evite cualquier tipo de valoración sobre el discurso en redes. Por ello, como advierte la jueza Kagan, escribiendo la opinión de la Corte, en *Moody* también se dirimía si las grandes corporaciones digitales estaban obligadas a no desfavorecer publicaciones que, entre otras cosas, «apoyan la ideología nazi; abogan por el terrorismo; propugnan el racismo, la islamofobia o el antisemitismo; glorifican la violación u otros tipos de violencia de género; fomentan el suicidio y las autolesiones de los adolescentes; desalientan el uso de vacunas; aconsejan tratamientos falsos para enfermedades o presentan falsas afirmaciones de fraude electoral»²⁶.

Ambas legislaciones constituyen, en puridad, los únicos intentos legislativos ambiciosos de constreñir la autonomía de las redes sociales que no han fracasado

22 En el caso de la ley de Florida, a aquellas que o bien superen o bien los 100 millones de ingresos brutos anuales, o bien presten sus servicios a más de 10000 de usuarios mensualmente. El legislador de Texas, por su parte, situaba en la mitad, 50000 mil, el número de usuarios que determina la aplicación del régimen previsto en la norma.

23 Por ejemplo, en este caso de forma similar a la *European Freedom Media Act*, la ley de Florida prohibía a las plataformas actuar contra cualquier empresa periodística, en consideración a la orientación de sus publicaciones §501.2041(2)(j), o utilizar algoritmos destinados a ocultar el apoyo a determinados candidatos políticos §501.2041(2)(h).

24 Art. 26 DSA. Sobre el concepto y su desarrollo en el derecho de la UE, puede verse, en extenso, el reciente trabajo de (Cetina, 2024: 150-154).

25 De entre la infinidad de trabajos sobre la cuestión, una buena síntesis de la evolución del derecho europeo en este ámbito y de los propios antecedentes de la DSA, la encontramos en Schlag (2023: 168-177).

26 *Moody v. NetChoice, LLC y NetChoice, LLC v. Paxton*, 603 US 707, 2024, p. 23.

en su aprobación. Y ambas, implícitamente, impugnan una idea muy asumida en la cultura jurídica norteamericana que es la de que cualquier imposición estatal a las plataformas en línea, para que mantengan o cancelen el discurso de un tercero, habría de considerarse como un exponente del *forced speech*, o del *must carry speech*, y, por lo tanto, contraria a las exigencias de la Primera Enmienda. Si dicha impugnación era o no legítima en términos constitucionales es algo que dividió al circuito de apelaciones. Así, el Tribunal del Circuito número 11 paralizó la aplicación de la ley de Florida, mediante una orden preliminar, al considerar que afectaba a la libertad de expresión de las empresas digitales. Por el contrario, el Quinto Tribunal del Circuito de Apelaciones denegó en primer término dichas medidas²⁷, sobre la base de que la actividad moderadora de las plataformas en línea no podía considerarse amparada por la Primera Enmienda al no ser puramente una actividad expresiva. Un planteamiento que, como veremos a continuación, será expresamente corregido por la Corte Suprema, quien acumula y da respuesta a ambos recursos en *Moody v. NetChoice*²⁸, la decisión que examinamos a continuación.

1. Sobre la doctrina del must curry speech como fundamento de la autonomía editorial de las corporaciones digitales

La Corte Suprema norteamericana ha situado históricamente en el *derecho a no decir* uno de los ejes de su doctrina sobre la Primera Enmienda. El Estado no puede obligarnos a dar soporte o reconocimiento a un mensaje que no deseamos. Un buen precedente para mostrar con nitidez el sentido de esta doctrina es la famosa sentencia *Wooley v. Maynard*²⁹, en la que la Corte Suprema sostuvo que era contrario al derecho a la libertad de expresión que un ciudadano tuviera que portar obligatoriamente en la matrícula de su coche el lema estatal, *Vive libre o muere*. Para la Corte, se trataría de un supuesto no permitido de *forced speech* ya que, aunque el ciudadano no hablara por sí mismo, se le estaba obligando a dar soporte, ya sea simbólicamente, a un discurso ajeno. Esta doctrina del *forced speech* ha tenido también un importante desarrollo respecto a las personas jurídicas y, en concreto, respecto a los medios de comunicación. Es sobre esta jurisprudencia, precisamente, sobre la cual la entidad demandante, *NetChoice*, construirá su recurso, después de que el Quinto Circuito hubiera atendido a los argumentos del Estado de Texas. Para el juez de apelación, las políticas de moderación de las

27 La Corte Suprema, tras el recurso de *NetChoice*, ordenó cautelarmente la paralización de la aplicación de la ley.

28 *NetChoice* es una organización comercial que opera en la práctica como grupo de defensa de los intereses de la industria tecnológica. Forman parte de ella, como socios, las principales empresas del mercado digital, como X, Meta, Google o Amazon.

29 *Wooley v. Maynard*, 430 US 705 (1977).

plataformas en línea no son *speech* y es un interés lícito al que pueden atender los Estados, el de proteger la libertad de expresión en las redes.

El precedente invocado por los demandantes, contra esta imposición de la neutralidad, era *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U. S. 241 (1974), una antigua sentencia en la que la Corte Suprema, en una votación unánime, desactiva, por inconstitucional, el derecho de rectificación que había garantizado una ley del Estado de Florida a favor de los candidatos políticos que considerasen que habían sido difamados³⁰. Para el Tribunal, se trataba de una *must-carry law*, contraria a la Primera Enmienda, en la medida en que, exigiendo la publicación de escritos de rectificación, se avalaba en la práctica la coerción sobre las decisiones editoriales de los medios de comunicación, obligándoles a ser soporte de opiniones ajenas e indeseadas. Las decisiones editoriales, en definitiva, son *speech*, y la Constitución protege, en este sentido, la total discrecionalidad de los medios para elegir qué dicen y qué no.

Esta línea jurisprudencial ha tenido continuidad en diversos fallos³¹, si bien, en ninguno de ellos se había abordado específicamente la derogación de un precedente —de una lógica contraria— que es al que se remitían los Estados como fundamento de su regulación. Se trata de la sentencia *Pruneyard Shopping Center v. Robins*³², en la que la Corte Suprema consideró que no viola la Primera Enmienda la protección de la libertad de expresión en foros privados que había garantizado la Constitución de California y que, en este caso, sirvió para canalizar con éxito la demanda de un grupo de estudiantes expulsados de un centro comercial en el que recababan firmas contra una resolución de Naciones Unidas. Para la mayoría del Tribunal, no se había vulnerado el derecho a la Primera Enmienda de los propietarios porque, en palabras de Renhquist, en este caso, «las opiniones expresadas por los miembros del público... no podían asociarse razonablemente con el dueño de la propiedad»³³.

La realidad es que el estatus de este precedente, invocado ya en otras ocasiones por dirigentes republicanos frente a las políticas de moderación de las redes³⁴, no es pacífico dentro de la jurisprudencia sobre la Primera Enmienda. En distintas aportaciones de los *amicus curiae* se había sugerido no sólo la improcedencia de

30 «Acosado por cualquier periódico respecto de su carácter personal o antecedentes oficiales, el candidato tenía derecho a exigir que el periódico imprimiera, sin costo alguno, cualquier respuesta que el candidato pudiera dar», y que la respuesta debía ser «lo más llamativa posible». y del mismo tipo» que el cargo inicial. 418 U.S. at 244.

31 Así, afirmando expresamente la dimensión constitucional, bajo la Primera Enmienda, de las tareas editoriales, véase: *Denver Area Ed. Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC*, 518 U. S. 727, 1996, p. 737; *Arkansas Ed. Television Comm'n v. Forbes*, 523 U. S. 666, 1998, p. 674. En extenso, y más allá de este ámbito editorial, es una referencia el trabajo de Volokh (2018).

32 *Pruneyard Shopping Center v. Robins*, 447 US 74 (1980).

33 *Pruneyard Shopping Center v. Robins*, p. 88.

34 El propio D. Trump citó a *Pruneyard* en la Orden Ejecutiva 13925, «Prevención de la censura en línea», firmada en mayo de 2020, que busca modificar la aplicación de la Sección 230.

su aplicación al supuesto juzgado en *Moody v. NetChoice*, sino incluso la necesidad de su derogación³⁵. En todo caso, con respecto a *Pruneyard*, aquí la Corte simplemente va a considerar que no es un precedente aplicable. Para el Tribunal, lo decidido en *Pruneyard* era singular desde una perspectiva constitucional, ya que simplemente se había avalado que una constitución estatal puede legítimamente ofrecer un contenido positivo adicional al derecho a la libertad de expresión, al margen del contenido que la propia Corte Suprema deduce de la Primera Enmienda de la Constitución federal. Las leyes que el Tribunal examinaba en este supuesto, lo que hacen, en puridad, no es eso, sino imponer unas obligaciones de neutralidad a ciertas corporaciones digitales, exigiéndolas, con ello, ser soporte de discursos que ellas no quieren.

Más allá de la jurisprudencia señalada, relativa a la libertad editorial de los medios de comunicación, existía otro precedente, posterior a *Pruneyard*, en el que la Corte Suprema había avalado de forma unánime una lectura muy favorable a la autonomía de los foros privados. Estamos hablando del conocido litigio, *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian, and Bisexual Group of Boston*, donde se considera constitucional que la comunidad irlandesa promotora de un desfile anual por las calles de Boston, abierto, en principio, a cualquiera que deseara sumarse, excluya únicamente a una asociación gay, todo ello sobre la base de que: «una manifestación importante del principio de la libertad de expresión es que quien elige hablar también puede decidir qué no decir»³⁶. Es decir, asumiendo que se desvirtuaba la libertad de expresión de los convocantes si se les exigía, como se pretendía en este supuesto, admitir la participación de una comunidad con la que ellos no deseaban compartir ese espacio de manifestación. Para la Corte, imponer dicha participación constituiría un supuesto de *forced speech* o de *must carry speech*, contrario a la Primera Enmienda.

Como habíamos adelantado, el Quinto Circuito rechazó expresamente que esta doctrina de la Primera Enmienda pudiera aplicarse a los poderes de

35 Brief of the Cato Institute as Amicus Curiae, disponible en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/22/22277/292747/20231207162801550_NetChoice_Merits_Final.pdf

36 *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian, and Bisexual Group of Boston*, 515 US 557 (1995). El Tribunal ya había insistido en esto en una sentencia anterior, donde también consideró que había sido vulnerada la libertad de expresión de una empresa privada que prestaba servicios públicos, por el hecho de que se le exigiera ser portadora de un discurso ajeno. Se trata del litigio *Pacific Gas & Electric v. Public Utilities Commission*, 475 US 1 (1986), y el origen de este se encuentra en la política de la empresa Pacific Gas and Electric Company (PG&E), de incluir un espacio adicional en sus facturas a los clientes para transmitir información relacionada con el servicio. Un grupo lobista, *Toward Utility Rate Normalization* (TURN) demandó a la empresa al considerar que el coste de esta política de autopromoción en último término lo pagaban los consumidores que contrataban el servicio, y solicitó además, con éxito, a la Comisión de Servicios Públicos de California, que la empresa *Pacific Gas*, le cediera un espacio en este boletín informativo para transmitir las razones de su disconformidad con la política de empresa a los contratantes. *Pacific Gas* contestó esta decisión y la Corte Suprema, que admitió en *Certiorary*, confirmó que se trataba de una vulneración del derecho a la libertad protegido por la Primera Enmienda, de la empresa contratista, al no habersele permitido decidir qué mensaje no quiere transmitir.

moderación de las plataformas en línea y es fundamentalmente frente a este planteamiento frente al que va a reaccionar la mayoría de la Corte Suprema, dando soporte a la tesis contraria: que las políticas de moderación de las redes sociales son discurso protegido.

Lo cierto es que la Corte Suprema tenía la opción procesal de haber escurrido el bulto, respecto a la cuestión central de si las plataformas en línea actúan o no, como los medios de comunicación, bajo el amparo de la libertad de expresión. Esto es así porque, en puridad, se trataba de sendos procedimientos en los que se juzgaban dichas leyes en abstracto, lo que en el léxico procesal norteamericano se conoce como *Facial Challenge*. Es decir, que no se estaba enjuiciando, como es habitual dentro de la lógica incidental de un sistema de control difuso de la constitucionalidad, aplicaciones concretas de estas normas, sino que el control se proyectaba en abstracto sobre las previsibles consecuencias de su aplicación, algo que, como señala el juez Thomas en su extenso voto particular³⁷, invitaría en principio a una mayor contención, digamos dogmática, que la que el Tribunal tuvo a la postre en este caso. Así, aunque lo que la Corte decide por unanimidad es devolver las actuaciones a los respectivos Tribunales de Circuito, y el propio Tribunal insiste en que es un órgano judicial de revisión y no de primera instancia³⁸, dicho reenvío se hace con un pronunciamiento inequívoco, el primero en la jurisprudencia del Tribunal, respecto a la «naturaleza expresiva» de la actividad de las plataformas.

A la luz de la jurisprudencia examinada más arriba, para la jueza Kagan, resultaba claro que la Primera Enmienda ofrece protección, en tanto actividad expresiva, a «la recopilación y curaduría del discurso de otros». «Decidir sobre el discurso de terceros que se incluirá o excluirá de una compilación, y luego organizar y presentar los elementos incluidos» es, para el Tribunal, una «actividad expresiva en sí misma», en tanto da como resultado «un producto distintivo». Por lo tanto, la libertad de estas corporaciones digitales a expresarse libremente se vería afectada cuando «reciben la orden de dar cabida a mensajes que preferirían excluir»³⁹.

En segundo lugar, y partir del precedente establecido en *Hurley*, el Tribunal va a considerar que la amplitud del foro digital no es motivo para cuestionar que la actividad de moderación de las empresas sea expresiva, ya que dicha naturaleza no cambia «porque un compilador incluya la mayoría de los elementos y excluya solo unos pocos»⁴⁰.

37 *Moody v. NetChoice, LLC y NetChoice, LLC v. Paxton*, 603 US 707 (2024) (Thomas *dissenting*, p. 3 y 4) Una opinión en la que aprovecha para teorizar sobre la incompatibilidad de este control abstracto de la obra del legislador en el sistema norteamericano. En su opinión: «adjudicating facial challenges also intrudes upon powers reserved to the Legislative and Executive Branches and the States. When a federal court decides an issue unnecessary for resolving a case or controversy, the Judiciary assumes authority beyond what the Constitution granted. That necessarily alters the balance of Powers». (Las cursivas son mías).

38 *Moody v. NetChoice*, pp. 15 y 16.

39 *Moody v. NetChoice*, pp. 23 y 24.

40 *Moody v. NetChoice*, p. 25.

Finalmente, respecto a la posibilidad de que el gobierno pueda esgrimir un interés legítimo para limitar esa libertad expresiva de las corporaciones, el Tribunal, a la luz de la motivación confesa que se encontraba tras ambas leyes, afirma que «el gobierno no puede salirse con la suya simplemente afirmando su interés en mejorar o equilibrar mejor el mercado de ideas». Recordemos que, según los propios promotores de la ley habían hecho público en diversas ocasiones, las leyes de neutralidad aprobadas obedecían al deseo de corregir las políticas de moderación de las grandes corporaciones que privilegiaban o favorecían ciertos puntos de vista frente a los conservadores⁴¹. La intención manifiesta de los Estados, como señala Kagan, era garantizar un nirvana en el sistema digital de la libertad de expresión, a costa de la autonomía en la regulación del discurso de las grandes redes sociales y esa finalidad es, inequívocamente, una finalidad que no puede ser admitida como legítima puesto que: «Por imperfecto que fuera el mercado privado de ideas, aquí hay una propuesta peor: el propio gobierno decide cuándo el discurso estaba desequilibrado, y luego coacciona a los oradores para que proporcionaran más de algunos puntos de vista o menos de otros»⁴².

2. Una falacia. Las redes sociales como editores

En *Moody* era la primera vez que la Corte Suprema se enfrentaba a la pregunta de si cabe establecer directrices públicas de obligado cumplimiento a las grandes redes sociales, respecto a las políticas internas de moderación del discurso que éstas ejecuten. En este caso, las directrices públicas que se han considerado contrarias a la Primera Enmienda, imponían una estricta neutralidad, pero bien podría haberse tratado, por ejemplo de normas que exigieran a las grandes plataformas garantizar ciertas condiciones de integridad en las campañas electorales, la lucha contra la desinformación, o la protección de los menores en la red. Cualquier regulación de este tipo sería igualmente sometida a un estricto escrutinio bajo la lógica de *Moody*. En todo caso, la Corte Suprema ha considerado que la Constitución prohíbe imponer a las redes sociales la particular idea que las instituciones públicas puedan tener del equilibrio democráticamente adecuado en estos foros digitales. Unos foros que, en tanto privados, han de beneficiarse de una autonomía equivalente a la que el derecho norteamericano ha garantizado, a través de la Primera Enmienda, a las empresas editoriales. Por eso mismo, como hemos visto, la Corte en *Moody* proyecta su jurisprudencia sobre coerción editorial, construida sobre la base del derecho a la libertad de expresión e información corporativa de los medios tradicionales, a las plataformas en línea.

41 Concretamente, el gobernador de Texas, anunció la ley como una contestación frente «a los oligarcas de las Costa este que dirigen sus redes sociales para silenciar los puntos de vista conservadores». *Moody v. NetChoice* p. 27.

42 *Moody v. NetChoice*, p. 29.

La cuestión, con respecto a lo anterior, es que las redes sociales están muy lejos de operar en el mercado de la comunicación de la forma en que lo hacen los medios de comunicación clásicos. La fundamental, de entre las muchas diferencias entre medios y redes, es que no cualquiera puede expresarse a través del *Washington Post*, por poner un ejemplo, pero, por el contrario, una red como Facebook sí está abierta por definición a un número potencialmente ilimitado de usuarios. Esto, desde luego, significa que la identidad que podemos trazar en un medio institucional, entre lo que se dice a través de él y la ideología del propio medio, no puede trazarse en el ámbito de las redes sociales⁴³.

Que hay algo forzado, en este sentido, en la traslación rígida de la teoría del *must curry speech*, de los medios de comunicación clásicos al ámbito de las grandes plataformas, es algo que no pasa desapercibido al juez Alito, quien sólo comparte el fallo del Tribunal, en lo que respecta al reenvío del litigio al Tribunal de Circuito, pero que disiente respecto a lo que es el verdadero fondo del litigio, la naturaleza jurídica de las redes sociales en el sistema de comunicación. Para Alito, asumir que nos encontramos ante una «actividad expresiva» es algo que requiere un análisis más empírico de cuál es la práctica de estas empresas, que, en primer lugar, tendrían que demostrar si verdaderamente ejercen «discreción editorial en la selección y presentación del contenido que alojan» y si usan esta actividad de compilación del discurso «para expresar alguna clase de punto de vista, aunque solo sea a un nivel bastante abstracto»⁴⁴. Solo cuando esto pudiera demostrarse cabría llevar a cabo un juicio en el que, en todo caso, la empresa que realiza una función compiladora ha de poner de manifiesto en qué medida se ve afectada su libertad expresiva —su propio mensaje, digamos— por tener que acomodar obligatoriamente un determinado discurso. En la insistencia del juez en la «autoría» de la curación por parte de las redes está muy presente una circunstancia que la jueza Kagan —quien reconoce con humor en la sentencia la ignorancia tecnológica del Tribunal— esquiva en su análisis, y es el papel de los algoritmos en los procesos de moderación digital. Para Alito, estos procesos automatizados de toma de decisión, imprevisibles en buena medida, y, en todo caso, oscuros, difícilmente pueden equipararse a los procesos de edición y curación propios del mundo periodístico.

El razonamiento grueso de la Corte en *Moody*, que no distingue entre tipos de actividad moderadora, proyectando de forma general la protección de la Primera Enmienda a cualquier política interna de las corporaciones digitales,

43 Como señala el Juez Alito en su voto particular, «los editores de periódicos son seres humanos reales, y cuando la Corte decidió el caso *Tornillo*... los editores asignaron artículos a reporteros en particular, y los correctores revisaron el texto mecanografiado con un lápiz azul. Las plataformas, por el contrario, no desempeñan ningún papel en la selección de los miles de millones de textos y videos que los usuarios intentan transmitir entre sí». *Moody v. NetChoice, LLC y NetChoice, LLC v. Paxton*, 603 US 707, 2024. (Alito *dissenting*, p. 24).

44 *Moody v. NetChoice*, (Alito *dissenting*, p. 29).

contribuye así también a la propia inmunidad del algoritmo⁴⁵. Como ha señalado Balkin, tras *Moody*, queda abierta una pregunta crucial para el futuro: de qué forma garantizar la necesaria rendición de cuentas de la inteligencia artificial sin dejar de proteger las libertades de la Primera Enmienda (Balkin, 2025: 40).

Es evidente que tras los muy razonables argumentos del juez Alito, señalando la singularidad de las plataformas en línea respecto a los medios de comunicación clásicos, se encuentra un interés en dejar abierta la posibilidad de que los poderes públicos puedan disciplinar o corregir un gobierno parcial de las redes sociales imponiendo normas de neutralidad o no discriminación ideológica, tal y como, por otro lado, ocurre en otro tipo de canales de comunicación, donde la Corte Suprema sí ha considerado que puede exigirse la estricta imparcialidad en el servicio⁴⁶.

El problema es que, si bien las plataformas en línea no son medios editoriales, como lo es un periódico o una cadena de televisión, tampoco ofrecen un servicio de comunicación de la misma forma que las compañías telefónicas a través de sus canales. La naturaleza jurídica de las plataformas en línea, como se explicará al final de este trabajo, se comprende mejor superando el formalismo del eje privado/público, al que se somete la corte, y asumiendo las implicaciones que dentro del funcionamiento de estas empresas se derivan de la idea jurídica de foro público, bien construida, por otro lado, en la doctrina y jurisprudencia norteamericana, pero a la cual la Corte Suprema evita recurrir.

En cualquier caso, como se advierte durante el propio procedimiento en *Moody*⁴⁷, al considerar que la actividad moderadora de las redes es «discurso expresivo», protegido por la Primera Enmienda, no sólo se niega al Estado la posibilidad de imponer unas obligaciones de neutralidad, sino también, como insisten Douek y Lakier, cualquier otra regulación destinada a hacer frente a los posibles riesgos que puedan producirse en el ámbito de las redes sociales (2024: 46). Es decir, la competencia del poder público, en un contexto tecnológico no exento de riesgos, para proteger, por ejemplo, la salud pública, la seguridad, el libre desarrollo de la infancia o la propia integridad de los procesos electorales. Con la doctrina establecida en *Moody*, la Corte Suprema reduce mucho el ámbito competencial de los poderes democráticos para actuar en aspectos íntimamente vinculados al interés general⁴⁸.

⁴⁵ Lo explica bien Xu, T., en: *AI Makes Decisions We Don't Understand. That's a Problem.*, disponible <https://builtin.com/artificial-intelligence/ai-right-explanation>

⁴⁶ Así, la Corte Suprema consideró que no era contrario a la Primera Enmienda exigir a una operadora de cables que concediera licencias a radios locales. *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 520 U. S. 180, 1997.

⁴⁷ Valen mucho la pena, en este sentido, los argumentos que ofrecieron al tribunal de los *amici curiae*, *Brief Of Law And History Scholars As Amici Curiae In Support Of Respondents In No. 22-555*.

⁴⁸ Aunque no surgiera su efecto, vale la pena citar aquí, por lo expresivo, el consejo que ofrecía a la Corte este grupo de *Amici Curiae*, en el que destacaba la presencia de un jurista como Tim Wu, asesor del Presidente Biden y conocido por construir tempranamente la voz *Network Neutrality*: «La Corte debe reafirmar

IV. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS *GONZALEZ V. GOOGLE LLC Y TWITTER, INC. V. TAAMNEH*, 598 US 471 (2023)

Como insistíamos al principio, esa «constitución material de internet» que representa la Sección 230, descansa tanto sobre la discrecionalidad de los intermediarios digitales a la hora de filtrar contenidos, como en su propia irresponsabilidad por el uso que terceros hagan de sus canales. En el anterior epígrafe acabamos de ver cómo la Corte Suprema ha secundado la naturaleza constitucional del «derecho a elegir» de las redes, asimilando el estatus de su libertad editorial al de los medios de comunicación. En buena lógica, esta asimilación pondría en entredicho ese principio fundacional de la irresponsabilidad por los contenidos, ya que este precisamente se fundamentaba en la ausencia de un control editorial: en la denominada neutralidad de la red⁴⁹. Superado el mito de la neutralidad, y aceptado el control de las plataformas sobre su «actividad expresiva», parece más fácil que se abra paso una interpretación restrictiva de la Sección 230 que permita establecer la responsabilidad de estas plataformas por su falta de diligencia respecto al uso ilícito que un tercero haga de su estructura de comunicación.

La realidad es que, con anterioridad a *Moody*, el Tribunal del Noveno Circuito puso en cuestión, a través de dos sentencias, *Gonzalez v. Google LLC*⁵⁰ y *Twitter, Inc. v. Taamneh*⁵¹, la interpretación maximalista de la irresponsabilidad de los intermediarios establecida en la Sección 230. En ambos supuestos, consideró que las plataformas digitales —Google, a través de YouTube, en el caso de *Gonzalez* y Twitter, Google (YouTube) y Facebook, en el caso de *Taamneh*⁵²— eran

el poder de los órganos democráticos para hacer lo que han hecho durante mucho tiempo, independientemente de si lo están haciendo en las nuevas industrias y tecnologías de la comunicación. Sostener lo contrario correría el riesgo de otorgar una inmunidad amplia e injustificada a las plataformas de redes sociales frente a casi cualquier regulación de interés público, redirigiendo así un enorme poder de formulación de políticas lejos de los organismos democráticos en favor de los propios tribunales y plataformas» (p.9) Brief of law and history scholars as amici curiae in support of respondents in n.º. 22-555.

49 Sintetiza muy bien esta objeción Rosa María García, cuando a propósito de la regulación norteamericana sostiene que «...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*)» (2024: 319).

50 *Gonzalez v. Google LLC*, 598 U.S. 617 (2023).

51 *Twitter, Inc. v. Taamneh*, 598 U.S. 471 (2023).

52 Los hechos en *Taamneh*, de forma resumida, serían los siguientes. En 2017 se produjo en Estambul, en una discoteca llamada Reina, un ataque terrorista, perpetrado por A.M., y reivindicado por el Estado Islámico, en el que se produjeron cuarenta muertos, entre los que se encontraba N.A., cuya familia demandó, sobre la base de la ya mencionada 18 U.S.C. §2333, de la Ley Antiterrorista (ATA) a Twitter, Facebook y Youtube, solicitando una indemnización por daños y perjuicios, al considerar que estas plataformas habían «ayudado» e «instigado» las acciones del ISIS. Por su parte, en el caso de *Gonzalez*, el hecho que da origen a la demanda es un atentado del ISIS en París, en el que es asesinada, entre otras muchas víctimas, N.G., una estudiante estadounidense. También en este caso, la familia de Nohemi demanda a Google LLC, como propietaria de YouTube, sobre la base de que este canal había ayudado a promover esta acción terrorista.

responsables civiles de ciertos atentados terroristas, por haber alojado contenidos que incitaban a acciones de esta naturaleza. Los demandantes habían insistido en que, a través de los sistemas internos de recomendaciones de estas plataformas, basados en afinidades deducidas por el software, estos mensajes disfrutaban de una propagación viral que no hubieran tenido al margen de los espacios virtuales.

Cuando la Corte Suprema aceptó el *Certiorary* en estos casos, se estaba otorgando a sí misma una oportunidad de interpretar el alcance de la Sección 230, a propósito de una de esas acciones automatizadas por los *softwares* de recomendación, que alejaban a las corporaciones digitales del ideal de estricta neutralidad que originalmente justificó su régimen de irresponsabilidad como intermediarios. El activismo de los *Amici Curiae*, instando a la Corte Suprema a secundar la senda abierta por el Noveno Circuito, da buena cuenta de la trascendencia que en un momento se otorgó a este litigio⁵³. Lo que estaba en juego, en definitiva, era la propia noción, hasta ahora vigente, de estas corporaciones como meros intermediarios, y su eventual responsabilidad allí donde se pudiera demostrar que su diseño tecnológico había favorecido la consecución de ciertos actos ilícitos.

La Corte Suprema, por unanimidad, corrige ambas sentencias, y exige de responsabilidad a las grandes corporaciones digitales por haber «ayudado» o «incitado» a una organización terrorista extranjera. En todo caso, *Inc. v. Taamneh*, que es la resolución donde el Tribunal se extiende en la argumentación —resolviendo *per curiam* en *Gonzalez*— no va a ser un litigio que gire sobre el alcance de la Sección 230. El Tribunal, sobre la base de sus precedentes sobre responsabilidad civil y derecho de daños, va a concluir que los hechos imputados a las corporaciones digitales no eran subsumibles en la norma aplicable; es decir, que la recomendación automatizada de las plataformas no puede ser sinónimo de «ayudar» e «incitar», tal y como estos términos son consignados por la legislación antiterrorista.

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal toma como referencia el litigio *Halberstam v. Welch*⁵⁴, en el cual, el Tribunal de Apelaciones del Circuito de Columbia llevó a cabo una aproximación, a través del *common law*, al significado jurídico de los términos «ayudar» o «instigar» en el ámbito de la responsabilidad civil por complicidad. A partir de este precedente, el Circuito de Columbia había deducido que por «ayudar» o «instigar» hay que entender una participación «consciente, voluntaria y culpable en la mala acción de otra persona que cause un daño». Además, la ayuda prestada tendría que haber servido «sustancialmente» a la comisión de la acción ilegal. Tomando en consideración estos criterios, la Corte determina unánimemente que si bien es inequívoco que se cometieron actos delictivos y que las plataformas habían sido utilizadas por una organización

53 Entre otros, son significativos, argumentando que el algoritmo de recomendación no podría estar protegido bajo el amparo de la Sección 230, los de *Brief amici curiae of The Cyber Civil Rights Initiative and Legal Scholars filed*; *Brief amici curiae of Former National Security Officials in support of neither party filed*.

54 *Halberstam v. Welch*, 705 F. 2d 472.

como el Estado Islámico para sus propósitos, no ha podido demostrarse, como asumía el tribunal de apelación, que estas empresas tuvieran un conocimiento real y que, de esta forma, participaran de forma ilícita en la perpetración de esos actos. Para el Corte, al contrario de lo que había determinado el Tribunal de Distrito, hay que considerar que los algoritmos de recomendación son una infraestructura de filtro para cualquier contenido que se comparta a través de estas plataformas en línea. Las plataformas no tendrían así una responsabilidad diferente respecto a la que pudieran tener las empresas de correo electrónico o de telefonía móvil por hacer creado estos canales que también pueden ser utilizados, y de hecho lo son, para acciones delictivas. En definitiva, la forma en la que el Noveno Circuito había interpretado los conceptos de «ayudar» o «instigar», para deducir la responsabilidad civil de las plataformas digitales, en tanto canales para la difusión de grupos terroristas, desbordaría, según el Tribunal, los límites de la responsabilidad extracontractual, al desvincular la idea de complicidad del conocimiento efectivo y la culpabilidad.

Sobre la base de los argumentos que acabamos de ver, el alcance de la irresponsabilidad consignada por la Sección 230 no fue cuestionado. No obstante, cabe señalar aquí que la inequívoca afirmación que hace la Corte en *Moody*, respecto a la «actividad expresiva» o editorial de las redes sociales, ha tenido efectos posteriores en la jurisdicción de circuito. Como señalábamos más arriba, al afirmar que las corporaciones digitales ejercen su libertad de expresión cuando moderan, se rompe el binomio lógico neutralidad-irresponsabilidad, sobre el que descansaba la Primera Enmienda. Así lo ha entendido el Tercer Circuito de Apelaciones al considerar responsable civil a TikTok de la muerte de una niña de diez años, como consecuencia de haber practicado un reto de estrangulamiento recomendado en su timeline de esta red social. Para el Tribunal de Circuito, que corrige la interpretación de la Corte de Distrito, la sentencia *Moody* exige comprender las recomendaciones algorítmicas de las redes sociales como un discurso propio y, por lo tanto, no como un contenido ajeno respecto al cual son meros intermediarios. Sobre esta base, no sería de aplicación la inmunidad prevista por la Sección 230⁵⁵. Es prácticamente seguro que *Anderson v. TikTok* será objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Suprema, ahí será el verdadero momento de considerar si esa Constitución material de internet de la que hablábamos, quiebra o no en uno de sus fundamentos legales. En todo caso, resultará difícil justificar, para la mayoría del Tribunal, que los algoritmos de recomendación son una manifestación de la libertad de expresión y al mismo tiempo neutrales y, por lo tanto, están eximidos de cualquier responsabilidad bajo la Sección 230⁵⁶.

55 *Anderson v. TikTok*, 2:22-cv-01849, (E.D. Pa.), 2024. Un comentario tempranísimo y crítico a esta sentencia, precisamente cuestionando que de *Moody* se pueda deducir un principio de responsabilidad por el algoritmo, lo encontramos en Calo (2024).

56 Sobre la necesidad de exigir responsabilidad a las redes ante su dimensión editorial en la moderación, y a la luz de la última jurisprudencia, véase, Sells (2024).

V. REDES SOCIALES Y CENSURA VICARIAL: *MURTHY V. MISSOURI*

Como se ha visto, el estatuto jurídico de las grandes plataformas en línea se ha construido desde la premisa de que el gobierno no puede obligar a éstas a decir lo que no quieran, ya sea por sí mismas o por terceras personas que hacen uso de su canal. Asumido que las redes sociales diseñan y ejecutan sus políticas de moderación y recomendación amparadas por la Primera Enmienda, el concepto de «coerción» despliega sobre éstas sus plenos efectos, de tal forma que sería contrario a la Constitución cualquier acto estatal que imponga un discurso en contra de su voluntad.

Lo cierto es que, más allá de la libertad de expresión, la idea de coerción constituye un eje central en otros muchos ámbitos del derecho público norteamericano. Por ejemplo, en el federalismo fiscal la distinción entre cooperación o coerción es a menudo determinante para dirimir la constitucionalidad de las políticas de *grant in aid* diseñadas por el gobierno federal⁵⁷. Del mismo modo, la teoría de las *unconstitutional conditions* gira también sobre el cotejo de la naturaleza coercitiva de la regulación estatal de derechos como la libertad religiosa o la participación política. Establecer la frontera entre aquella política que es materialmente coercitiva y aquella que puede calificarse de un mero estímulo requiere, en la práctica, de un juicio empírico. Se trata, dicho de otro modo, de una cuestión de prueba.

En el litigio *Murthy, Et Al. v. Missouri Et Al.*⁵⁸ la idea de coerción se va a situar nuevamente en el centro de la discusión acerca de si el Gobierno federal, a través de diferentes departamentos, había vulnerado la Primera Enmienda al dirigirse de forma reiterada a las redes sociales como Facebook o Twitter para que tomaran medidas contra determinadas informaciones transmitidas a través de sus canales, tanto con relación a la COVID 16, como al proceso electoral del que Biden salió como Presidente.

Hay que señalar que, en este caso, la demanda no se interpone por las propias plataformas en línea, sino por dos estados y por cinco usuarios de estas redes sociales que se consideraban perjudicados por las políticas de moderación que éstas habían aplicado, en su opinión, como consecuencia directa de la coerción del Gobierno Federal. El hecho inequívoco es que, efectivamente, en el año 2020 las redes sociales fueron activas a la hora de suprimir o de catalogar como información falsa o engañosa, entradas que ponían en cuestión la realidad de la COVID, la eficacia o bondad de las vacunas o, en su caso, la verosimilitud de los resultados oficiales en las elecciones presidenciales de 2020. Pues bien, otro hecho también incontrovertible era que, tanto a través de declaraciones públicas, como de

57 Me he ocupado de esto en (Vázquez, 2014).

58 *Murthy v. Missouri*, 601 U.S. ___, 2023.

conversaciones privadas, el Gobierno federal, por medio de diferentes departamentos, había instado a que las redes sociales tomaran medidas contra la desinformación en este concreto ámbito⁵⁹. Se trababa, por lo tanto, no de órdenes expresas con un determinado soporte jurídico sino de declaraciones o conversaciones que, desde el prestigio y la autoridad de las instituciones federales, buscaban informar la política interna de las grandes corporaciones digitales, en un sentido que, en la práctica, se produjo. Es igualmente cierto, como pudo ponerse de manifiesto en el juicio ante el Tribunal de Distrito, que algunas de las conversaciones mantenidas entre las instituciones federales y las redes sociales alcanzaron un tono especialmente intenso e incluso, como la propia Corte Suprema reconoce, agresivo⁶⁰.

La realidad es que, primero el Tribunal de Distrito y, posteriormente, el Tribunal del Quinto Circuito, consideraron que la forma en la que distintos departamentos de gobierno habían «alertado significativamente» a las redes sociales, respondía, en la práctica, a un acto de naturaleza estatal. Además, dadas las prerrogativas de las que dispone el Gobierno federal para actuar en diferentes ámbitos contra las redes sociales, se podía llegar a la conclusión de que, a pesar de no tener un soporte jurídico que exigiera su eficacia, estas «alertas» gubernamentales eran de carácter coercitivo y, por lo tanto, contrarias a la Primera Enmienda⁶¹. Sobre esta base, el Gobierno, o cualquier otro poder con capacidad normativa directa sobre las plataformas en línea, tendría que abstenerse de recomendar políticas de moderación a las empresas digitales, ya que sólo así se garantizaría su autonomía a la hora de definir su discurso.

La singularidad de *Murthy*, en todo caso, descansa en que, por primera vez, la Corte Suprema aborda una cuestión que, como es sabido, se encuentra en el centro de la discusión europea sobre la regulación de las redes: la de la censura colateral o vicarial del Estado, a través de las plataformas⁶². En un principio, asumiendo que el Estado no puede exigir, al contrario que en la UE, que las redes sociales excluyan un discurso que está amparado por la libertad de expresión o de información, por los riesgos que éste genera, esta censura colateral no sería ni siquiera un hipotético problema jurídico en derecho norteamericano, ya que la respuesta estaría siempre clara. Cualquier orden de este tipo es, no sólo contraria a la ley sino, como ha dejado bastante claro la Corte en *Moody*, a la propia Primera Enmienda. Sin embargo, lo que en *Murthy* se plantea es que, aun no existiendo

59 *Murthy v. Missouri*, pp. 3-5.

60 *Murthy v. Missouri*, p. 5.

61 «It enjoined those agencies, along with scores of named and unnamed officials and employees, from taking actions «for the purpose of urging, encouraging, pressuring, or inducing in any manner the removal, deletion, suppression, or reduction of content containing protected free speech posted on social-medial platforms.» *Missouri v. Biden*, 2023 WL 5841935, 1-2 (WD La., July 4, 2023).

62 Le debemos a Balkin la construcción de toda una teoría sobre la «nueva escuela» de la censura interpuesta o colateral. Entre otros, cabe destacar, por este carácter pionero, sus trabajos «Free Speech and Hostile Environments» (1999: 2298 y ss) y «Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation», (2018: 1187 y ss).

una orden jurídica directa, pueda considerarse que, en la práctica, los poderes públicos han censurado colateralmente de facto, al apereibir de una forma coercitiva y exitosa a las redes sociales para eliminar ciertos contenidos.

Como puede suponerse, uno de los principales problemas que planteaba *Murthy* era de legitimación. Quienes interponen la demanda contra el Gobierno Federal no son las propias corporaciones digitales, sino dos Estados y un grupo de particulares, tres médicos, el propietario de un sitio web de noticias y un activista de la salud, a los que se les había eliminado o etiquetado contenido relacionado con el COVID o las elecciones presidenciales. Por su parte, los estados, Missouri y Luisiana, basaban su demanda en el hecho de que estas plataformas habían suprimido tanto el discurso de algunas instituciones y funcionarios estatales, como el de algunos de sus ciudadanos. Lo que los demandantes buscaban, en todo caso, era que se les garantizara una reparación prospectiva. Es decir, que una vez demostrado que las autoridades federales habían compelido a las redes sociales para que éstas censuraran sus expresiones, los jueces, sobre la base de la Primera Enmienda, eliminaran la posibilidad, de cara al futuro, de que las autoridades públicas puedan hacer uso de instrumentos de comunicación de naturaleza supuestamente coercitiva, para imponer en la práctica políticas de control de contenidos a las plataformas digitales, en perjuicio del derecho a la libertad de expresión de los ciudadanos en las redes. Dicho de otra forma, dado que no eran directamente las redes sociales las que interponían la demanda sobre la base de su derecho a la Primera Enmienda, sino los usuarios de estas plataformas, era necesario demostrar que se había producido una censura estatal interpuesta; y esto no sólo para admitir la legitimación de los recurrentes, sino también para, sobre la base su derecho a la libertad de expresión, eliminar espacios de relación entre las plataformas en línea y los gobiernos, donde los segundos pueden hacer uso de su poder para «coaccionar o alentar significativamente a las empresas de redes sociales a eliminar, suprimir o reducir, incluso mediante la alteración de sus algoritmos, contenido publicado en las redes sociales que contenga libertad de expresión protegida»⁶³.

La Corte Suprema, sin embargo, se aparta de la Decisión tomada por el Tribunal de Circuito, al considerar que las medidas decretadas por esta jurisdicción carecían de justificación, al no estar los demandantes legitimados para solicitarlas⁶⁴. La razón de ello es que, en puridad, para los jueces del Supremo, no se había demostrado que el Gobierno federal había censurado, en la práctica, la libertad de expresión de los usuarios. A este respecto, la corrección que hace el Tribunal Supremo a las instancias previas tiene una base empírica más que puramente constitucional. Lo que el Tribunal niega, en definitiva, es que haya podido demostrarse que las plataformas en línea fueran coaccionadas por el Gobierno Federal para censurar a determinados usuarios.

63 *Murthy v. Missouri*, 603 U. S. ____ 2024.

64 El Tribunal acude aquí a su precedente, *Clapper v. Amnesty Int'l USA*, 568 U. S. 398.

Como la propia Corte Suprema había establecido en una jurisprudencia anterior, para constatar la existencia de una censura indirecta o colateral del Estado ha de existir una trazabilidad fehaciente y no de meras conjeturas. Sin embargo, las pruebas practicadas ponían de manifiesto que, pese a haber existido contactos continuos entre las autoridades federales y las redes sociales, éstas seguían disfrutando de autonomía y de incentivos independientes para llevar a cabo, sobre la base de su propio juicio, la moderación de sus contenidos. Así lo demostraría el hecho de que las plataformas hubieran aplicado políticas de moderación y de restricción de contenidos relacionados con el COVID o las elecciones antes de que se produjeran los contactos entre las instituciones y funcionarios federales y las plataformas digitales, sino también el que estas habían continuado con dichas políticas con posterioridad a los contactos.

Del tríptico de resoluciones sobre el estatuto jurídico de las redes sociales que, en el espacio de apenas dos años, ha pronunciado la Corte Suprema, esta es en la que se producido una mayor disparidad en el seno del Tribunal. En este caso, los argumentos de la mayoría no convencen a los jueces Thomas, Gorsuch y Alito, que suscriben un voto particular redactado por este último. El punto de partida de esta opinión es llamativo: para estos jueces, a pesar de la posición de dominio de la que disfrutaban estas empresas en el mercado y de la propia naturaleza de sus servicios, determinante para la formación de la opinión pública, se trataría de corporaciones especialmente vulnerables respecto del poder político, más de lo que lo son los medios tradicionales⁶⁵.

La razón de ello es que el marco normativo que permite a las plataformas en línea ser lo que son, en definitiva, aquel que viene definido por la Sección 230, es un marco que se encuentra en entredicho, y sobre el que existe una reflexión, también dentro de las instituciones federales, sobre la necesidad de modificarlo de cara a transitar a un régimen de mayor responsabilidad por parte de las corporaciones respecto al contenido que a través de ellas se transmite. Del mismo modo, existe, o por lo menos existía, una reflexión sobre la necesidad de intervenir el mercado de la comunicación digital para corregir la actual concentración empresarial, sobre la base de nuevos criterios de derecho de la competencia. De hecho, la administración Biden había, a través de distintos actos, hecho bandera de la lucha contra los monopolios digitales, dando órdenes de actuar contras ellos. Entienden también, los jueces, que la propia *Digital Service Act* europea es un buen indicador de hasta qué punto estas corporaciones norteamericanas se encuentran en una situación de vulnerabilidad. Así, el hecho de que el Gobierno Federal sea el que tenga una mejor posición para promover estos cambios, sería determinante para considerar que sus «sugerencias» a las corporaciones digitales, sobre control de contenidos, son en realidad mandatos coercitivos.

65 *Murthy v. Missouri*, 603 U. S. ____ 2024, (Alito, dissenting), p. 6.

Para estos jueces, quienes consideran que *Murthy* es uno de los más importantes litigios sobre la Primera Enmienda, los hechos inequívocamente apuntaban a que se había producido una meditada operación de censura interpuesta por parte de los funcionarios e instituciones federales⁶⁶. En definitiva, el gobierno había vulnerado la libertad de expresión de aquellos usuarios cuyos contenidos habían sido borrados como consecuencia de la coacción de las instituciones federales a las redes. Se trataría, en puridad, de un supuesto de censura vicarial contrario a la Primera Enmienda.

La cierto es que, tras los argumentos del voto particular, lo que se está realmente demandando no es tanto una mejor comprensión de la libertad de expresión de los usuarios en las redes, sino una interpretación aún más intensa de la inmunidad de las redes frente a los poderes públicos. Más que una discrepancia de calado constitucional respecto al alcance la Primera Enmienda, lo que el voto particular plantea es una discrepancia respecto a una cuestión puramente empírica. A diferencia de la mayoría del Tribunal, y a través una interpretación menos formalista, los jueces consideran que sí que pudo probarse que las redes sociales fueron coaccionadas para censurar a sus usuarios.

VI. GEOPOLÍTICA DE LA PRIMERA ENMIENDA. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE TIKTOK, CUESTIÓN DE ESTADO.

La aplicación *Tiktok* es una de las más populares en los Estados Unidos. Se trata de un foro con más de 170 millones de usuarios en el país. El servicio de comunicación que esta empresa presta no es cualitativamente muy diferente al de empresas como Facebook, X o Instagram, aunque la sociología y las pautas de comportamiento de los usuarios varíen. Se trata de una red social que permite crear y distribuir contenido audiovisual, en la que rige un sistema de recomendación automatizado, a través de algoritmos que, a partir del comportamiento del usuario, da prioridad a determinado contenido. En Tiktok rigen también unas normas de la comunidad que filtran o eliminan determinados contenidos. La diferencia sustancial entre Tiktok y las plataformas en línea arriba mencionadas es que, en este caso, se trata de una empresa cuya matriz, *ByteDance Ltd.*, es una corporación china, un país en el cual los propietarios de los algoritmos están obligados a poner en conocimiento de su gobierno cualquier dato que éste solicite. Esta circunstancia ha hecho que, ya desde el primer mandato de Donald Trump, se haya considerado que la fuerte radicación de Tiktok en los Estados Unidos constituye un problema para la seguridad nacional. El propio Trump intentó infructuosamente, a través de un decreto presidencial⁶⁷, actuar contra la empresa china

⁶⁶ *Murthy v. Missouri*, (Alito, dissenting), p. 13 y ss.

⁶⁷ Executive Order 13942 of August 6, 2020.

y su propio fracaso, al carecer de base legal, determinó la aprobación, ya bajo el mandato de Joe Biden y con respaldo de los dos grandes partidos, del *Protecting Americans from Foreign Adversary Controlled Applications Act* (PAFACA)⁶⁸. Una ley que podríamos considerar singular, en tanto su principal finalidad es, precisamente, exigir el cese de la actividad de TikTok en los USA, al incurrir esta corporación dentro del concepto «aplicación contralada por un adversario extranjero» tipificado en el artículo dos de la ley.

La PAFACA establecía un plazo de 270 días, ya expirado el pasado 16 de enero, dentro del cual se daba la opción de llevar a cabo una desinversión para que por lo menos el 80% de capital de la corporación se sustrajera de sus actuales propietarios chinos, algo que no se produjo dando lugar al cese de la actividad de TikTok, si bien, en virtud de lo previsto por la propia PAFACA, que concede la posibilidad de una prórroga de 90 días, previa autorización presidencial, Donald Trump ha permitido, que la compañía china siga operando, a la espera de que se produzca o no dicha desinversión.

En todo caso, lo que sí se ha producido es un pronunciamiento de la Corte Suprema⁶⁹ norteamericana acerca de la adecuación a la Primera Enmienda de una norma que, como se señalaba, tiene como finalidad clausurar una plataforma digital en la que interactúan más de 160 millones de estadounidenses. No obstante, como ya hemos podido ver en *Moody*, el eje de este litigio, pese a que la Corte reconoce el impacto que pueda tener sobre la actividad de los usuarios, no está en la libertad de expresión de éstos y en hasta qué punto ésta puede verse afectada, al clausurarse un foro de estas características. La Corte centra su atención en el derecho a la libertad de expresión de la propia plataforma ya que en su actividad «editorial», como ya conocemos, estaría involucrada una actividad «del habla», de tal manera que la PAFACA tenía que ser sometida al escrutinio de la Primera Enmienda.

La Corte Suprema ha establecido históricamente dos estándares de control respecto a los límites sobre la libertad de expresión, distinguiendo aquellos supuestos en los que es necesario imponer un juicio estricto, de tal forma que se presumiría la inconstitucionalidad de cualquier límite salvo que pudiera argumentarse la existencia de una necesidad apremiante para el Estado; de aquellos otros casos en los que el juicio se proyectaría a través de un escrutinio medio, debiéndose de justificar, por lo tanto, la restricción concreta a la libertad de expresión, sobre la base de un interés estatal razonable. El escrutinio estricto, como es sabido, se impone cuando se trate de restricciones a la libertad de expresión que se lleven a cabo considerando el contenido de dichas expresiones. Se trataría, en estos casos, de una censura ideológica que repugnaría el sentido esencial de la Primera Enmienda. Sin embargo, cuando se trate de restricciones

68 Pub. L. 118-50, div. H, 138 Stat. 955.

69 *TikTok, Inc. v. Garland*, 604 U.S. ____ (2025).

formalmente neutrales, es decir, que afectan a la libertad de expresión pero que han sido diseñadas por el legislador sin atender al contenido del mensaje, lo procedente es efectuar un escrutinio de intensidad media.

Para la Corte Suprema, que se pronuncia *per curiam*, la ley aprobada por el Congreso puede considerarse una ley formalmente neutral respecto a la libertad de expresión, es decir que no determina ningún límite a esta libertad considerando el sentido o el contenido del discurso. No obstante, le resulta igualmente inequívoco, al Tribunal, que se trata de una norma que afecta al ejercicio de la libertad de expresión, dado que su aplicación puede conllevar el cierre de una plataforma de comunicación como TikTok. El principal obstáculo argumental para llegar a esta conclusión, como puede intuirse, se encuentra en la propia singularidad de la ley. Es decir, que aunque se trate de una ley que no discrimina por el contenido, si discrimina tomando en consideración, digamos, al orador, que es, en puridad, el singular destinatario de la norma. No obstante, entiende el Tribunal que dicha singularidad, al responder a razones ajenas a la política «editorial» de esta corporación, no es razón suficiente para someter la ley a ese estricto escrutinio que señalábamos. Los debates parlamentarios, pero también los antecedentes al proyecto de ley, evidenciarían que la medida acordada por el legislador federal responde a una preocupación por el acceso que tiene la empresa *ByteDance Ltd.* a los datos que los usuarios norteamericanos de TikTok comparten al usar esta aplicación. Datos que, en último término, podrían ser puestos a disposición del gobierno chino, lo que implicaría la vulnerabilidad de la Nación en muchos ámbitos frente a un adversario extranjero.

En *TikTok, Inc. v. Garland* la Corte no menciona la palabra soberanía, si bien esta está de alguna forma implícita en su razonamiento, como lo está en la propia PAFACA, cuyo objetivo específico es proteger la seguridad nacional frente a la potencial injerencia de una potencia extranjera no a través de una corporación cualquiera, sino a través de una empresa que rige un foro en el que participan casi uno de cada dos norteamericanos. En el momento en el que escribo estas líneas, aún no podemos conocer si finalmente se producirá la desinversión exigida por la PAFACA como condición a la operatividad de TikTok en territorio estadounidense, o si finalmente la clausura de este foro, ahora suspendida, será definitiva. En todo caso, tanto esta ley como sus antecedentes, y el propio autocontrol de un Tribunal que, como vimos, un año antes afirmó la condición casi soberana de las corporaciones digitales en sus propios foros, sirven para evidenciar hasta qué punto este ámbito del derecho —como a continuación insistiremos— está ahora mismo condicionado por razones de naturaleza metajurídica⁷⁰. El concepto de soberanía digital, en definitiva, determina la aproximación jurídica a este espacio

⁷⁰ Barret, en *Moody v. NetChoice*, ya advierte del peligro de extender la protección de la Primera Enmienda a «corporaciones extranjeras» que toman decisiones «bajo la dirección de ejecutivos extranjeros». *Moody v. NetChoice*, (Barret dissenting, p.3)

y los Estados Unidos no son una excepción. No obstante, esta reacción *ad extra* frente al poder de las plataformas, como hemos visto en *TikTok, Inc. v. Garland*, convive con la inacción *ad intra*, es decir, con una comprensión jurídica del espacio digital que permite a las grandes plataformas norteamericanas ser, dentro del país, soberanas en sus propios foros.

VII. SOBRE LA OBSOLESCENCIA —PROBABLE— DE LA DOCTRINA DE LA PRIMERA ENMIENDA

1. Las redes sociales no son contrapoder sino poder

En *Abrams v. United States*, y a propósito de la libertad de expresión, el juez Holmes dejó uno de esos axiomas que, como argumento de autoridad, son una baza casi inderrotable en cualquier discusión. En este caso, dicho axioma rezaba de la forma siguiente: «incluso a medida que los tiempos y las tecnologías cambian, el principio del derecho a la libertad de expresión es siempre el mismo»⁷¹. Es a esa infalibilidad de la doctrina de la Primera Enmienda a la que, como acabamos de ver, ha recurrido la Corte Suprema en *Mobby* para fundamentar su tesis de que las políticas de gobierno de las redes sociales son «discurso expresivo». No es posible saber, desde luego, si Holmes, considerando la arquitectura de la comunicación digital, mantendría la inalterabilidad del contenido de la libertad expresión, como tampoco podemos conocer, por remontarnos a sus fundamentos, si Stuart Mill sostendría en las circunstancias actuales los presupuestos optimistas sobre los que se construye su defensa del libre mercado de las ideas en *On Liberty*. En cualquier caso, de una forma más modesta y puramente descriptiva, creo que sí es posible valorar la naturaleza disruptiva del cambio que introduce internet en la lógica jurídica de la comunicación. Probablemente ha sido el profesor Balkin quien haya descrito de una forma más brillante el alcance de estos cambios, a través de su ya célebre metáfora del «triángulo del sistema de la libertad de expresión»⁷². Para Balkin, si el sistema de la libertad de expresión en el Siglo XX se caracterizó por ser un modelo «diádico» o «dualista», en donde, por un lado, estaba el Estado como regulador, y, por el otro, editores y oradores; el modelo surgido tras la tecnológica digital, el propio del siglo XXI, es de cuño «pluralista», y en él van a convivir dos reguladores. Los reguladores públicos, de cualquier nivel de gobierno, y los reguladores privados, integrados por una amalgama de empresas de internet que tienen bajo su propiedad y su cargo infraestructuras primordiales para la comunicación de los ciudadanos y de las propias instituciones. El tercer vértice de este triángulo lo integrarían los medios de

71 *Abrams v. United States*, 250 U. S. 616, 628 (1919) (Holmes, J., dissenting).

72 (Balkin, 2011: 2056).

comunicación tradicionales, los ciudadanos y una mezcla variopinta de nuevos actores surgidos en la era digital, desde *influencers* hasta *trolls* o hackers, que son regulados simultáneamente, por los Estados, a través de lo que Balkin llama regulación vieja escuela; y por las propias empresas de internet, la nueva escuela que proyecta su gobierno privado sobre la opinión pública.

Dada la dimensión del cambio, lo cierto es que más fácil que abrazar el optimismo del juez Holmes es suscribir el escepticismo de Alito, cuando afirma, en su ya glosado voto particular a *Moody*, que «no es del todo obvio cómo nuestros precedentes existentes, que son anteriores a la era de Internet, deberían aplicarse a las grandes empresas de redes sociales».

La cuestión previa fundamental, en este contexto, no es tanto la de hasta qué punto los principios de la libertad de expresión mantienen su vigencia, sino la de cuál es la naturaleza jurídica de estas empresas de la comunicación digital, en las que no pueden reconocerse los elementos que definen la actividad editorial clásica de los medios de comunicación. Como pudimos ver, el Tribunal ha concluido que, pese a las diferencias sustanciales entre la labor editorial clásica y las tareas de moderación que desempeñan las corporaciones digitales, en último término nos encontramos ante una «actividad expresiva» y que dicha actividad sería lo que definiría la naturaleza jurídica de las plataformas en línea, a la luz de la Primera Enmienda.

Como es bien sabido, la libertad de expresión e información de las empresas editoriales, su posición preferente en el sistema de derechos, se ha fundamentado sobre la base de su importancia objetiva para el normal funcionamiento del modelo democrático.

La manida metáfora del cuarto poder, conformado por la prensa, alude no a un poder asimilable al de las funciones estatales, sino a un poder social que permite, precisamente, a través del ejercicio de la libertad, controlar o equilibrar la actividad del poder político. La capacidad de los medios, o de determinados medios, para incidir sobre la opinión pública y marcar políticas pudo ser extraordinaria en ciertas circunstancias, de ahí que la idea de cuarto poder fuera apropiada. Sin embargo, los medios de comunicación clásicos en ningún caso actuaban, como decíamos, en ámbitos que consideramos propios de las funciones del Estado. Pues bien, es aquí donde encontramos la diferencia determinante entre las plataformas en línea y las empresas editoriales. Si la labor editorial de estas segundas estaba al servicio de la construcción de su producto periodístico, o de su propio discurso, las políticas de moderación de contenidos de las grandes plataformas en línea constituyen verdaderas políticas de gobierno de la opinión pública⁷³. Regulan, por lo tanto, como lo han hecho los estados, qué se puede decir y cómo en un foro no restringido o de dimensión privada, sino materialmente público.

⁷³ Para una construcción, digamos canónica, de esta tesis, puede verse en extenso, el trabajo (Klonick, 2022: 1598-1669).

Sobre la base de lo anterior, la realidad es que las plataformas no se distinguen por sus «actividades expresivas» sino por sus «actividades de gobierno»; no son productoras editoriales de un discurso, sino reguladoras del discurso ajeno, y, por estos motivos, constituyen un poder desregulado, o desconstitucionalizado⁷⁴, antes que el contrapoder propio que ha representado la prensa.

Comenzábamos este epígrafe con el axioma de Holmes sobre la inalterabilidad de los principios de la libertad de expresión y su funcionalidad en cualquier ámbito tecnológico. Y la realidad es que, en el sistema digital de la comunicación, tal y como éste se ha desarrollado, estos principios pueden tener vigencia siempre que su aplicación sea coherente con la propia razón de ser democrática que subyace tras ellos. La extensión que hace la Corte Suprema a las plataformas en línea de la protección de la Primera Enmienda destruye esta coherencia, y es que la libertad de expresión sirve aquí, en la práctica, no como una garantía del discurso frente al poder, sino como garantía constitucional del extraordinario poder regulador que estas redes ejercen de facto sobre el discurso ajeno. Un tránsito en el que —proyectado sobre estas empresas digitales— el sentido democrático de la libertad de expresión se desdibuja. Al asumir que la regulación de las plataformas es aquí expresiva, desembocamos en un escenario lógico absurdo en el que se legitima la arbitrariedad reguladora del discurso público por parte de empresas privadas, de tal forma que la Primera Enmienda es a la postre el rival fatal de la Primera Enmienda, por usar la lúcida expresión de Rosa María García (García Sanz, 2024: 337).

La *Digital Service Act* certifica el alejamiento que desde años atrás se ha producido en Europa, respecto a los Estados Unidos, en la comprensión de la naturaleza jurídica de las redes sociales. Para el legislador de la UE las grandes redes sociales no pueden considerarse, sobre la base de la libertad de expresión, ámbitos sometidos a la soberanía privada de las plataformas digitales, a la hora de regular el discurso de terceros. Tras la norma europea late, desde luego, una comprensión pragmática de los poderes que ejercen estas empresas en ámbitos estrechamente vinculados al interés general, de ahí que se imponga a estas corporaciones asumir principios de derecho público en su actividad. Se trata, en definitiva, de una política de soberanía digital que nace también condicionada, no nos engañemos, por la proverbial pobreza innovadora de la UE en la revolución digital, es decir, por el hecho de tener que afirmar su soberanía sobre una tecnología siempre extranjera.

No obstante, más allá de esto, un elemento esencial de diferenciación entre la aproximación europea y la comprensión que podemos leer en la jurisprudencia norteamericana de la autonomía de las redes sociales, es el hecho de que en nuestra cultura jurídica, a diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos, exista un consenso básico acerca de la eficacia constitucional de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Lo que sitúa a la Primera Enmienda a una

74 Sobre el uso de la Primera Enmienda como subterfugio para la desvinculación de las empresas de comunicación respecto a las exigencias constitucionales, véase, Post y Shanor (2015: 167).

suerte de obsolescencia conceptual, en este ámbito, no es sólo la extensión de la protección de la libertad editorial a actividades dudosamente expresivas, como la moderación algorítmica de las plataformas en línea, sino la propia rigidez que impone la doctrina de la *State Action*, al negar la eficacia de los derechos en las relaciones entre particulares (Caruso, 2024:10). Y es que el esquema lógico de la *State Action* impide considerar en términos realistas el impacto que puede tener para la libertad de expresión de los usuarios en los foros digitales, el poder de moderación del que disponen las plataformas en línea. De este modo, si bien los jueces pueden someter al escrutinio de la Primera Enmienda los intentos de censura interpuesta o colateral que lleven a cabo los poderes públicos a través de las plataformas, en ningún caso, no ya sobre la base de la Sección 230, sino de la propia Primera Enmienda, estos pueden garantizar las libertades expresivas de los usuarios frente las políticas de las plataformas en línea.

La idea de obsolescencia nos remite a lo anticuado, a la inadecuación a las circunstancias actuales. La reconocibilidad de ciertos valores constitucionales en el ecosistema digital, impondría, en nuestra opinión, un giro teórico que pasa, como ha explicado bien Caruso, por «el reconocimiento de que la gobernanza de la esfera pública digital, plagada de plataformas digitales que controlan, dirigen y reorganizan los contenidos expresivos, no puede basarse en el abstencionismo del poder público». Sobre la dimensión pública de estos foros y el papel de los poderes del Estado nos ocuparemos ahora.

2. La opinión pública como ideal institucional. Las grandes plataformas en línea son foros de dimensión pública

La comprensión de la naturaleza jurídica de las plataformas en línea que esboza la Corte Suprema en *Moody* implica en la práctica erigir a estas corporaciones en soberanos a la hora de regular la libertad de expresión dentro de sus foros. Foros que, a los efectos de la Primera Enmienda, habría que considerar privados. Como es sabido, es la propia Corte Suprema la que desarrolló la muy influyente doctrina sobre el foro público, en virtud de la cual, y resumiendo mucho, en aquellos espacios de dominio público que por su naturaleza estén abiertos al libre intercambio de ideas por parte de los ciudadanos, como plazas, calles o avenidas, los poderes públicos no pueden llevar a cabo ninguna regulación o imponer límite alguno a la libertad de expresión por razón del contenido del discurso⁷⁵. El

⁷⁵ La primera formulación jurisprudencial de la idea de Foro Público es del juez Roberts, quien en su opinión a *Hague* sostuvo que «...dondequiera que repose el título de las calles y parques, inmemorialmente se han mantenido en fideicomiso para el uso del público y, desde tiempos inmemoriales, se han utilizado para fines de reunión... y la discusión de la cuestión pública. Tal uso de las calles y lugares públicos ha sido, desde la antigüedad, parte de los privilegios, inmunidades, derechos y libertades de los ciudadanos. El privilegio de un ciudadano de los Estados Unidos de usar las calles y parques para comunicar opiniones sobre cuestiones

Tribunal, del mismo modo, ha extendido la consideración de foro público a espacios que, sin serlo por su naturaleza, son resignificados como tales por parte del Estado, y también a espacios no necesariamente físicos⁷⁶. Es decir, que ha existido, en ocasiones, un cierto pragmatismo a la hora de considerar o no un ámbito determinado como tal foro público⁷⁷. Como es conocido, la Corte Suprema, a través de la muy conocida opinión del juez Stevens, recurre a la idea de «foro» en su primera sentencia sobre internet, un espacio que es calificado como «vasto foro democrático»⁷⁸. Fue el propio juez Stevens quien, en *Packingham v. North Carolina*, sostuvo que la condena impuesta a un delincuente sexual, de no poder interactuar en redes sociales, vulneraba la Primera Enmienda, ya que un principio fundamental de ésta es «que todas las personas tienen acceso a lugares donde pueden hablar y escuchar, y luego, después de reflexionar, hablar y escuchar una vez más», siendo la redes sociales «las principales fuentes para conocer los acontecimientos actuales, consultar anuncios de empleo, hablar y escuchar en la plaza pública moderna y, de otro modo, explorar los vastos reinos del pensamiento y el conocimiento humanos»⁷⁹. Es decir, cumpliendo éstas la función que históricamente habían cumplido los foros públicos.

Del mismo modo, en derecho norteamericano se han reconocido como foros materialmente públicos los perfiles que los representantes o las instituciones políticas abran en las redes sociales cuando a través de ellos se lleven a cabo tareas de comunicación institucional⁸⁰, todo ello tomado en consideración la naturaleza interactiva e ilimitadamente inclusiva del diseño tecnológico de ciertas redes sociales. Sobre esta base, como es sabido, el circuito de apelaciones había ratificado la decisión de un juzgado de Manhattan de exigir al presidente Trump readmitir a un grupo de usuarios que habían sido bloqueados como consecuencia de sus críticas políticas (Vázquez, 2020: 478 y ss). No obstante, la Corte Suprema, en un litigio muy reciente, *Lindke v. Freed*⁸¹, ha neutralizado por unanimidad el alcance de esta jurisprudencia, imponiendo, desde una aproximación «formalista y lochneriana» (Douek & Lakier, 2024: 150) requisitos muy estrictos, para considerar que el perfil de un determinado funcionario en las redes es un foro público⁸². Algo que se encuentra en consonancia con esa ortodoxia privatista en

nacionales puede ser regulado en interés de todos. pero no debe, bajo el disfraz de la regulación, ser abreviado o negado», *Hague v. C.I.O.*, 307 U.S. 496, 1939, p. 515.

76 *Rosenberger v. Rector and Visitors of the University of Virginia*, 515 US 819 (1995)

77 Me he ocupado de esto en (2017: 27 y ss)

78 *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).

79 *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. 98, 2017, p. 106.

80 Así, la germinal, *Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ. v. Trump*, 302 F. Supp. 3d 54, y en el Circuito de Apelaciones, la más reciente, sosteniendo que vulnera la Primera Enmienda el bloqueo de usuarios en redes por funcionarios públicos, al ser su perfil un foro público *Garnier v. O'Connor-Ratcliff* (9th Cir. July 27, 2022, Nos. 21-55118, 21-55157) __ F.3d.

81 *Lindke v. Freed*, 601 U. S. ____ 2024.

82 Para el Tribunal, el perfil de un funcionario público puede ser considerado un foro público, únicamente si se constata que a través de él solo participa en la acción del Estado. Para ello, según el Tribunal, hay que

la aproximación a la naturaleza jurídica de los foros digitales que aquí señalamos, y cuya principal consecuencia es que, a efectos de la Primera Enmienda, estas serían únicamente *speakers* y no reguladoras del discurso de ajeno.

El repudio de la de la Corte Suprema a proyectar el concepto de foro público sobre las grandes corporaciones digitales tiene algo de patológico⁸³. Fue la propia Corte, como hemos visto, la que, antes de que las estas plataformas en línea irrumpieran, insistió en que el espacio digital estaba llamado a suplir o completar el lugar que hasta entonces habían jugado, no los medios de comunicación, sino los foros públicos. En las grandes redes sociales participamos en un debate no acotado material ni espacialmente, ilimitado en tanto al potencial número de participantes y caracterizado por su publicidad. Se trata, en definitiva, de un espacio en el que, desde el momento en que hacemos abstracción del dominio privado de las redes y atendemos a la materialidad de su función en una sociedad democrática, es imposible no considerar la dimensión pública de los intereses en juego. Hablamos, en este sentido, de un foro donde libertad de empresa ha de amparar decisiones sobre cómo se define la infraestructura tecnológica, si bien, al mismo tiempo, al ser un ecosistema básico para la formación de la opinión pública, se han de garantizar ciertas premisas de derecho público en su funcionamiento.

Como ha explicado Ana Galdámez (2025), las grandes redes sociales son materialmente canales de naturaleza híbrida en los que, a menos que el Estado Constitucional claudique en su comprensión del discurso público, necesariamente van a existir espacios de entrelazamiento entre la regulación pública y la regulación privada. Douek y Lakier, en su extenso e imprescindible comentario a esta trilogía de sentencias del Tribunal Supremo sobre el ecosistema digital de la comunicación, insisten también en este aspecto (2024:164). El formalismo del Tribunal y su lectura estrictamente privatista de la naturaleza jurídica de las redes sociales y su relación con los usuarios, conduce a un callejón sin salida a la doctrina de la Primera Enmienda. Una circunstancia que hundiría sus raíces en un cambio de orientación jurisprudencial que no se produce ahora sino en los primeros años de la Corte Burger, en los que se abandona una interpretación de la Primera Enmienda, la construida durante la presidencia Warren, en la que estuvo muy presente la dimensión institucional o democrática de este derecho a la hora

probar que (1) tiene autoridad real para hablar en nombre del Estado sobre un asunto en particular y (2) pretende ejercer esa autoridad. Sólo en estos supuestos en que el contenido de la cuenta es nítidamente oficial podría considerarse que la Primera Enmienda protege el derecho de los ciudadanos a acceder o hablar en la cuenta de ese funcionario. Igualmente, para hacer valer ese derecho el ciudadano recurrente tendrá que demostrar que existe una «ley escrita o costumbre de larga data» que faculte al funcionario público para hablar en nombre del Estado, y debe probar además que el funcionario «ejerció esa autoridad» a través de su perfil en la red social. Insiste el Tribunal, igualmente, en se trata de una prueba exigente y en que hay que interpretar de forma restrictiva la naturaleza pública de estos foros que no se presumen públicos, sino privados, dado que «los funcionarios estatales pueden elegir la cualidad en la que eligen hablar». *Lindke v. Freed*, 601 U. S. ___, 2024, p. 8-15.

83 En esta línea, con una gran síntesis bibliográfica, véase, (Telegem, 2018; 235)

de delimitar las exigencias normativas, digamos constitucionales, en la regulación del libre mercado de las ideas (2024: 111-117).

La *Digital Service Act*, como ya hemos sugerido, es una norma que, en cierta medida, aspira a una constitucionalización de los grandes foros digitales (Balaquer, 2023), es decir, a que las compañías de internet asuman principios de derecho público en sus políticas de moderación actuando vicarialmente para los estados, es decir, haciendo las veces de éstos en su dominio para garantizar así el interés público.

Hay quien ha hablado, creo que con cierta exageración, de que nos encontramos, en la DSA, ante una concreción de la idea de democracia militante (Netanel, 2023). En cualquier caso, como decíamos, sí es plasmación de una cultura acerca de la eficacia de los derechos en las relaciones entre particulares y también de un concepto institucional de la libertad de expresión en democracia, muy vinculado al ideal de opinión pública.

La opinión pública es una ficción de origen liberal, inescindible de la imagen inicial del parlamentarismo, como un marco político racional y reflexivo donde uno decide y se deja, llegado el caso, convencer por los buenos argumentos. Es a François Guizot a quien se le imputa la primera definición de la idea, en su *Historia de los orígenes del gobierno representativo*. La opinión pública sería lo que en una sociedad «obliga a todos los ciudadanos a buscar sin descanso, y en cualquier ocasión, la verdad, la razón, la justicia, que deben regular el poder». Esta institución se sostendría sobre tres pilares. La discusión racional, que compromete a los poderes a buscar en común la verdad. La publicidad, que sitúa a estos poderes bajo los ojos de los ciudadanos. Y, por último, la libertad de prensa, que convoca a los propios ciudadanos a indagar también en la verdad y comunicarla al poder. La síntesis clásica de Guizot se construye sobre la simplicidad del mundo político del sufragio censitario y no puede atender muchas de las transformaciones que, sobre todo en el siglo XX, afectarán a la vida pública. Ya no será posible, desde luego, entender la opinión pública al margen de la sentimentalidad política que será propia de la democracia de masas; de la centralidad que van a adquirir los partidos en la construcción de publicidad; o sin tomar en consideración el cambio radical que implica el tránsito desde la publicidad de la prensa literaria al negocio de la comunicación, o a la concurrencia del propio Estado en la creación de opinión, como titular de medios de comunicación⁸⁴.

En todo caso, el ideal comunicativo de la opinión pública es resistente en la cultura europea, se trata de un concepto que permanece inscrito en nuestro orden constitucional como sede de legitimidad para el poder político. Es, digamos, una ficción imprescindible para nuestras democracias, ocupando un lugar análogo al que ocupa la propia ficción del libre mercado de las ideas en los Estados Unidos, y de ahí, probablemente, las diferencias sobre cómo se configura el sistema de la

84 La referencia, sobre este proceso es el trabajo clásico de Habermas (2015).

libertad de expresión a uno y otro lado del Atlántico. La esencia de dicha ficción es la idea de que existe una esfera pública que sirve como lugar discursivo y crítico, donde los ciudadanos pueden deliberar para sembrar acuerdos o juicios comunes. La democracia, por lo tanto, requiere una mínima credibilidad en que es posible una conversación pública mínimamente ordenada. Depende así de presupuestos —la racionalidad y escepticismo de sus actores, el equilibrio entre razón y sentimentalidad— de los que no puede desentenderse, pero que tampoco puede garantizar normativamente de forma total. Y presupone también, digamos, un tipo de hombre y un tipo de sociedad con ciertos hábitos públicos que son frágiles. Es esta lectura institucional de la libertad de expresión en los sistemas democráticos, que hunde sus raíces en el ideal de la opinión pública, la que determina la opción del legislador europeo a abandonar el abstencionismo del estado —de la UE, en este caso— en favor de un intervencionismo, asumiendo que sólo en un contexto de soberanía —quitémosle el adjetivo digital, mejor— pueden garantizarse los derechos frente a los poderes privados transnacionales (Caruso, 2024: 9-10).

En todo caso, e incluso asumiendo que sólo desde esta comprensión de la naturaleza híbrida, publico/privada, de estos foros es posible una regulación que satisfaga las exigencias de una opinión pública democrática, no podemos dejar de señalar aquí que también la opción europea ha de asumir sus riesgos y estar atenta, en concreto, a la principal patología que puede presentar su modelo regulatorio, la de que los gobiernos busquen «suprimir un discurso cuando crean que, plausiblemente, dicho discurso pueda, en algún momento y de alguna manera, persuadir a la gente a hacer cosas que el gobierno desaprueba»⁸⁵.

3. Obsolescencia «probable». La incertidumbre de los poderes

Escribía Carl Schmitt en *El concepto de lo político* que «en apariencia no hay nada más neutral que la técnica» (Schmitt, 2009). El primer ejemplo que el jurista alemán puso al respecto no pudo ser más visionario. El correo o la radio, nos dice Schmitt, serían neutrales —en apariencia— porque simplemente transmiten con independencia de su contenido. Los problemas técnicos, en principio, serían «problemas refrescantes», ya que a diferencia de los filosóficos, los religiosos o los políticos, podrían dirimirse no desde un concepto de lo bueno o lo justo, sino desde la pura neutralidad. No obstante, frente al adanismo de esta interpretación, Schmitt nos advierte rápidamente de la «la técnica es siempre instrumento y arma y, porque sirve a alguien, no es neutral» (Schmitt, 2009:117). La técnica, por lo tanto entra en conflicto con lo político, y aquí, Carl Schmitt, que

⁸⁵ Quien ve con esta claridad el riesgo de la censura vicarial, antes de la irrupción de internet, es Strauss, (1991: 337 y ss). En nuestra doctrina, sobre el riesgo de la censura bilateral, véase, (Saénz Royo: 2024) y (Teruel Lozano: 2023, pp. 193 y ss).

no era un determinista y que, a contracorriente del marxismo, tampoco creía que las estructuras técnicas o económicas se pudieran imponer a las políticas, mantenía su fe en que, incluso frente a la técnica, se impondría la decisión, es decir, la expresión última de lo político.

Si una frase va a quedar del discurso de despedida de Joe Biden, probablemente sea la de que «hoy en día, está tomando forma en Estados Unidos una oligarquía de extrema riqueza, poder e influencia que literalmente amenaza toda nuestra democracia, nuestros derechos y libertades básicos y la oportunidad justa para que todos salgan adelante». Una advertencia que nos devuelve a la tesis central que aquí hemos sostenido y es la de que la proyección de la Primera Enmienda a las grandes plataformas digitales, ofrece cobertura jurídica no a contrapoderes del Estado, como los medios, sino a verdaderos poderes soberanos en sus esferas.

La pregunta aquí es si el precedente establecido en *Moody* es lo suficientemente sólido o si cabe especular matices por parte del Tribunal. Una cuestión que no puede responderse sin considerar la nueva presidencia de Trump y el vínculo explícito entre ésta y esa oligarquía a la que Biden hace mención. La imagen de Elon Musk recibiendo con su hijo en el despacho oval nos da, a este respecto, una muy buena medida del cambio que se ha producido en los últimos cuatro años.

Como sabemos, durante el asalto al Congreso de los Estados Unidos, Twitter y el resto de las principales plataformas digitales decidieron «deplataform» a Donald Trump. El *Ciberlevitan* quiso voluntariamente posicionarse con el Estado de Derecho (Lassalle, 2019) y, ya desde antes, pero especialmente a partir del 6 de enero de 2021, las grandes plataformas asumieron políticas de moderación que fueron consideradas ideológicas desde sectores conservadores. Así, han sido los conservadores, históricamente defensores de extender a las empresas las libertades de la Primera Enmienda⁸⁶, los que ha pugnado aquí, paradójicamente, por una interpretación de la Clausula, alejada del *laissez faire*, y que permita la intervención del Estado en este ámbito de la actividad empresarial. Por su parte, han sido los liberales, normalmente predispuestos a aceptar la intervención reguladora del Estado, los que han batallado por una interpretación a favor de la total autonomía de las grandes corporaciones digitales en este ámbito. De alguna forma, estos últimos, en su afán por dar un marco jurídico que favoreciera el uso de las grandes corporaciones como poderes vicarios del Estado, han contribuido a poner las bases para que éstas actúen como poderes incontrolados.

86 Más allá del ejemplo claro de *Citizens United v. Federal Election Comm'n*, 558 U. S. 310, 2010, respecto a los límites a las donaciones a campañas electorales; piénsese, por ejemplo, en *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U. S. 682, 2014 y la extensión del derecho a la libertad de conciencia a las empresas en las relaciones laborales, a la hora de no cubrir ciertos tratamientos médicos anticonceptivos a las mujeres trabajadoras; o del derecho a discriminar en la prestación de servicios, también por motivos de conciencia. Este sería el caso, muy conocido, del pastelero Phillip, a quien el Tribunal Supremo acabó eximiendo de responsabilidad por negarse a realizar una tarta de matrimonio para una pareja homosexual *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. 617 (2018).

Pues bien, la realidad es, decíamos, que nosotros los de entonces ya no somos los mismos y que, muy probablemente, los esfuerzos regulatorios provengan en el futuro de Estados demócratas que quieran imponer ciertas políticas en los foros digitales, con el objetivo de mantener, a través del derecho, algunos de los compromisos que, voluntariamente, habían asumido las plataformas respecto, por ejemplo, a la protección de las minorías o la lucha contra la desinformación, pero que ahora, en la era de la restauración libertaria de la libertad expresión en los foros digitales, a la que ha hecho alusión Zuckerberg, están siendo progresivamente derogados.

El precedente de *Moody*, por lo tanto, que en otro contexto sería un precedente molesto para los conservadores, dado que reafirma la libertad corporativa, adquiere, una vez rota esa imagen progresista de la oligarquía digital, un significado muy diferente, ya que es muy probable que las oportunidades futuras de confirmar o no esta doctrina sobre la libertad «editorial» de las grandes redes, provengan de leyes promovidas en estados con mayoría demócrata. Y la paradoja aquí, de nuevo, es que en *Moody*, pero también históricamente, han sido jueces en principio bajo el San Benito conservador los que se han mostrado más escépticos sobre el *laissez faire* digital y la proyección a las grandes plataformas de la protección de Primera Enmienda; es decir, más abiertos a permitir algún tipo de regulación. Este sería el caso, como vimos, de los jueces Alito y Thomas y Jackson, especialmente, pero también de Gorsuch y Barret.

Como ha insistido el profesor Volokh, las dudas de estos jueces, sumadas a una eventual caída del caballo de quienes en el Tribunal han abrazado la nítida división público-privado, para proteger la total autonomía de las corporaciones digitales, y también al propio hecho de que en *Moody* se dejó alguna puerta abierta a considerar la legitimidad de otro tipo de regulaciones a las plataformas, podría hacernos pensar que es factible el cambio de doctrina judicial y que no nos encontramos ante un punto de inflexión radical en la Primera Enmienda que convierta a las plataformas en línea en soberanas de la opinión pública.

Cabe la posibilidad, por lo tanto, de que sea premeditado certificar la obsolescencia de la Primera Enmienda en el ecosistema digital y de ahí que hayamos añadido incertidumbre al título de este trabajo con ese «probable» que, en todo caso, denota que, en nuestra opinión, el viento histórico no sopla demasiado a favor para control del feudalismo tecnológico. Habrá que esperar, no obstante, para comprobar si sigue plenamente vigente dentro de unos años, aquel diagnóstico de Carl Schmitt, según el cual: «la esperanza de que los inventores técnicos acabarán gestando un estamento político diferente no se ha cumplido» (2009: 117).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Allen (2025). The Coming Battle Between social media And The State, *Financial Times*, 10.01.2025.

- Ammori, M. (2014). «The New New York Times: Free Speech Lawyering In The Age Of Google And Twitter», 127 *Harvard Law Review*, 2259.
- Balaguer, F. (2023). *La constitución del algoritmo*, Fundación Giménez Abad.
- Balkin, J.M. (2025). «*Moody v. NetChoice* - The Supreme Court Meets the Free Speech Triangle», 19.
- Balkin J.M. (1999) «Free Speech and Hostile Environments», 99 *Columbia Law Review*, 2295.
- Balkin, J.M. (2018). «Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation», 51 *UC Davis Law Review*, 1149.
- Balkin, J. M. (2018),. «Free Speech is a Triangle.» *Columbia Law Review* 118, 7.
- Barlow, J.P. (1996). *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, Elec. Frontier Found. (8.2.1996), <https://www.eff.org/cyberspace-independence> [<https://perma.cc/YA6J-U3YH>].
- Calo, R. (2024). «Courts Should Hold Social Media Accountable – But Not By Ignoring Federal Law», *Harvard Law Review, Blog Essay*.
- Caruso, C. (2024). «Towards the Institutions of Freedom: The European Public Discourse in the Digital Era», *German Law Journal*.
- Cetina, R. (2024). La gestión de riesgos sistémicos en la DSA. Medidas específicas contra la desinformación. El Reglamento de Servicios Digitales de la UE Nuevo enfoque regulatorio y garantías frente a los desórdenes informativos, Moretón Toquero, M.A. Cetina Presuel, R. (dir.).
- Douek E. y Lakier G., «First Amendment Politics Gets Weird: Public and Private Platform Reform and the Breakdown of the Laissez-Faire Speech Consensus», *University of Chicago Law Review*, on line, disponible en: <https://law.stanford.edu/publications/first-amendment-politics-gets-weird-public-and-private-platform-reform-and-the-breakdown-of-the-laissez-faire-free-speech-consensus/>
- Douek, E. (2023) «The Meta Oversight Board's Human Rights Future», 44 *Cardozo Law Review*, 2233.
- De Gregorio, G. (2019). «De las libertades constitucionales al poder de las plataformas: proteger los derechos fundamentales en línea en la sociedad algorítmica» 11 *European Journal of Legal Studies*.
- Douek E. & Lakier G. (2024). «The Supreme Court, 2023 Term – Comment: Lochner. com?», 138 *Harvard Law Review* 100.
- Galdámez, A. (2025). *De las tecnologías disruptivas y su ordenación jurídica: proceso, naturaleza y sistema constitucional de la comunicación digital*, En prensa.
- García Sanz, R. M. (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.
- Goldman, E. (2019). «Why 230 is better than First Amendment», 95 *Notre Dame Law Review*, 33.
- Graw Leary, M. (2018). The Indecency and Injustice of Section 230 of the Communications Decency Act, 41 *Harvard Law Journal of Law and Public Policy*, 553.
- Habermas, J. (2005). *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona.
- Kahn, L. (2017). «Amazon's Antitrust Paradox», 126, 3, *The Yale Law Journal*.
- Klonick, K. (2022),. «The New Governors: The People, Rules, And Processes Governing Online Speech», *Harvard Law Review*, 131, 1598-1669.

- Kosseff, J. (2019). «The Twenty-Six Words That Created the Internet», *Cornell University Press*.
- Lassalle, J.M. (2019). *Ciberleviatán: El colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital*, Madrid.
- Netanel, N. (2023). «Applying Militant Democracy to Defend Against Social Media Harms», *Cardozo Law Review*, 48.
- Note (2018). «Section 230 As First Amendment Rule», *Harvard Law Review* 131, 7.
- Post, R., Shanor A. (2015). «Adam Smith's First Amendment», 128 *Harvard Law Review* 165, 2015.
- Sáenz Royo, E. (2024). «Libertad de expresión, odio y redes sociales: las opciones del legislador democrático español», *Revista española de derecho constitucional*, 132.
- Sells, J. (2024). «Hands Off My Post: Rethinking Section 230 And Private Online Platform Liability», *Boston College Intellectual Property & Technology Forum*.
- Schlag G. (2023). «European Union's Regulating of Social Media: A Discourse Analysis of the Digital Services Act», *Politics and Governance*, 11, 3.
- Strauss, D. A. (1991). *Persuasion, Autonomy, and Freedom of Expression*, 91 *Columbia Law Review*, 334.
- Sunstein, C. (2018). *Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton University Press.
- Telegen M. (2018). «You Can't Say That!: Public Forum Doctrine and Viewpoint Discrimination in the Social Media Era», 52 *University of Michigan Journal of Law*, 235.
- Teruel Lozano, G. M. (2022). «Libertad de expresión, censura y pluralism en las redes sociales: algoritmos y el nuevo paradigma regulatorio», en Balaguer Callejón, F. y Cotino Hueso, L. (coord.), *Derecho público de la inteligencia artificial*, Fundación Manuel Giménez Abad, 181-222
- Vázquez, V.J. (2014), «*Welfare state and judicial review*. Aproximación a una teoría «posible» del estado social en el federalismo», *Teoría y Realidad Constitucional*, 34.
- Vázquez, V. J. (2017), «La neutralidad del Estado y el problema del government speech», *Revista de Estudios Políticos*, 177.
- Vázquez, V.J. (2020). «Twitter no es un foro público pero el perfil de Trump sí lo es. Sobre la censura privada de y en las plataformas digitales en los EEUU», *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, 68, 1, 2020 (Ejemplar dedicado a: Five Centuries Sailing The Legal World (II)).
- Villaverde, I. (2020). *Los poderes salvajes ciberespacio y responsabilidad por contenidos difamatorios*, Madrid.
- Volokh, E. (2025). «Free Speech and Private Power», 138 *Harvard Law Review* 43.
- Volokh E. (2018). *The Law of Compelled Speech*, 97 *Texas Law Review* 355.

TITLE: *The (Probable) Obsolescence of the First Amendment in the Digital Ecosystem: On the Legal (and Political) Nature of Social Networks*.

ABSTRACT: *In this paper, a study is conducted on the legal nature of major digital corporations under North American law, in light of the latest Supreme Court jurisprudence. In contrast to the thesis that online platforms are media outlets and, as such, enjoy full editorial freedom, this paper will defend the public dimension of their moderation duties and the necessary state intervention to guarantee the general interest and freedom*

of expression within these forums, which, although privately owned, are inherently public in nature. It will also emphasize how the application of editorial freedom to these corporations transforms them not into a counterbalance or instrument of control over public powers, but rather into sovereign powers within their own forum.

RESUMEN: En este trabajo se lleva a cabo un estudio sobre naturaleza jurídica de las grandes corporaciones digitales en el derecho norteamericano, a la luz de la última jurisprudencia de la Corte Suprema. Frente a la tesis de que las plataformas en línea son medios de comunicación y tienen, como estos, plena libertad editorial, aquí se defenderá la dimensión pública de sus tareas de moderación y la requerida intervención del Estado para garantizar el interés general y la propia libertad de expresión dentro de estos foros, de titularidad privada pero de naturaleza pública. Se va a insistir, igualmente, en cómo la proyección del contenido de la libertad editorial sobre estas corporaciones, convierte a éstas no en un contrapoder o instrumento de control de los poderes públicos, sino poderes soberanos en su propio foro

KEYWORDS: *Social Media, First Amendment, Censure, Digital Service Act*

PALABRAS CLAVE: *Redes Sociales, Primera Enmienda, Censura, Digital Service Act*

FECHA DE RECEPCIÓN: 17.12.2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 20.02.2025

CÓMO CITAR / CITATION: Vázquez Alonso, V. J. (2025). La obsolescencia -probable- de la Primera Enmienda en el ecosistema digital. Sobre la naturaleza jurídica (y política) de las redes sociales en Estados Unidos. *Teoría y Realidad Constitucional* 55, 383-421.

