Plataformas digitales y control de contenidos en internet: una aproximación al nuevo marco regulatorio europeo a la luz de las libertades comunicativas

Autores:

Germán M. Teruel Lozano, Profesor titular de Derecho constitucional de la Universidad de Murcia y director adjunto de investigación de la Fundación Hay Derecho.

Teresa Kuchkovsky Jiménez, Vocal asesora, Asesoría Jurídica. CNMC.

Carmen Alonso Villaseñor, Subdirectora adjunta, Gabinete de presidencia. CNMC

Resumen:

El trabajo analiza la profunda transformación de la esfera pública digital y el papel creciente de las plataformas en la moderación del debate público. Examina cómo el optimismo inicial sobre un entorno abierto y descentralizado ha dado paso a nuevas amenazas para los derechos fundamentales, especialmente para la libertad de expresión, debido al poder estructural de las plataformas y a su intervención algorítmica. Frente a ello, se estudia el nuevo marco regulatorio europeo, especialmente la *Digital Services Act*, que introduce obligaciones de transparencia, debido proceso y evaluación de riesgos sistémicos. El artículo muestra que este régimen busca equilibrar libertades y responsabilidades para preservar un espacio comunicativo plural, abierto y seguro. Finalmente, se reflexiona sobre los desafíos que plantea su implementación y su relevancia para la constitucionalización de la esfera pública digital.

Palabras clave:

Libertades comunicativas, plataformas digitales, esfera pública digital

Códigos JEL:

L86, K23, K33, D83.

1. Introducción.

Transformaciones de la esfera pública, la vocación democratizadora de Internet y el primer paradigma regulatorio

La esfera pública ha sufrido una extraordinaria transformación como consecuencia de la revolución digital (Habermas, 2023) e Internet y las diferentes plataformas digitales constituyen hoy "vastos foros democráticos", como ha reconocido el Tribunal Supremo estadounidense en el célebre caso Packingham v. North Carolina (582 U.S., 98, 2017). El "viejo" modelo comunicativo forjado a partir del siglo XX dominado por los medios de comunicación de masas, caracterizado por responder a una lógica jerarquizada, unidireccional y concentrada parecería haber quedado superado en la esfera pública digital. Internet iba a permitir una comunicación multidireccional, totalmente horizontal, en el que cualquier ciudadano podía participar sin barreras de acceso; un modelo de comunicación disperso y descentralizado, en el que no existirían centros de control y en el que la comunicación iba a poder desarrollarse de forma interactiva. Los ciudadanos iban a poder ser emisores y receptores y el centro de la comunicación iba a pasar a ser público. Se afirmaba así el carácter indudablemente "democratizador" que iba a tener este nuevo medio (ACLU v. Reno, 521 U.S. 844, 1997) definido como "*a never-ending worldwide conversation*" [1].

Porque, aquello de lo que no cabe duda, es que, tal y como ha apreciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Internet es en la actualidad el principal medio de la gente para ejercer su derecho a la libertad de expresión y de información: se encuentran herramientas esenciales de participación en actividades y debates relativos a cuestiones políticas o de interés público" (STEDH (Sección 2ª) de 18 de diciembre de 2012, asunto Ahmet Yildirim c. Turquía, ***§*** 54). Se trata, en definitiva, de "una plataforma sin precedentes para el ejercicio de la libertad de expresión" (STEDH de 16 de junio de 2015, asunto Delfi AS c. Estonia, § 110).

Y fue ese carácter genéticamente abierto y plural, democratizador, el que justificó que la primera aproximación regulatoria a Internet, allá por los noventa, fuera estrictamente liberal. Internet, como resolvió el Tribunal Supremo norteamericano en el caso Reno v. American Civil Liberties Union, (521 U. S. 844, 1997), debía ser libre como la prensa, a diferencia del mundo audiovisual donde se había justificado una mayor regulación pública. El derecho de los oyentes a recibir información y razones de escasez de frecuencias, la penetración de los medios como la radio y la televisión, así como las concentraciones de los grupos de medios legitimaron en los EE.UU. medidas como la *fairness doctrine,* que limitaba la libertad editorial de los medios audiovisuales exigiendo un tratamiento de las controversias de relevancia pública de forma honesta y ponderada, con oportunidades razonables para contrastar los distintos puntos de vista. Sin embargo, como decíamos, la comunicación en la esfera pública digital se pensó que iba a superar estas limitaciones y se iba a poder disfrutar de esa esfera pública participativa y dinámica sin la necesidad de intervención pública. Quizá el mejor testimonio de esta ingenua euforia inicial quedó plasmado en la Declaración de

[1] Así definió Internet el Juez Stewart Dalzell en el año 1996 en la sentencia del Tribunal Federal del Distrito de Pensilvania de 11 de junio de 1996, caso ACLU v. Janet Reno, 96-963; posteriormente confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano caso ACLU v. J. Reno, 96-511, 26 June 1997.

independencia del ciberespacio, redactada por Perry Barlow en 1996, en la que se sostenía que se había creado un espacio global independiente y sin gobierno, al que no le iban a ser aplicables las leyes ni las jurisdicciones estatales.

De hecho, desde la perspectiva normativa, se asumió el presupuesto de que los operadores de Internet eran intermediarios neutrales que no participaban en el proceso comunicativo y, sobre esta base, en 1996 la *Communications Decency Act* estadounidense consagró en su art. 230 la regla de oro para la construcción del Internet que conocemos: la inmunidad de los proveedores de servicios por los contenidos publicados por terceros. También se incorporó la regla del "Buen Samaritano", en virtud de la cual los proveedores de servicios digitales no perderían su inmunidad aunque aplicaran políticas de moderación de contenidos, siempre y cuando actuaran de buena fe, y no se les podría exigir responsabilidad por haber eliminado contenidos de terceros que a su juicio resultaran ofensivos u obscenos. Se configuraba así un doble sistema de irresponsabilidad para las plataformas digitales: irresponsabilidad por lo que publicaran terceros en ellas, pero también irresponsabilidad por la moderación de contenidos que realizaran. Este modelo en buena medida fue recibido en Europa a través de la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico, que en sus artículos 12 y siguientes contempló un régimen de exención de responsabilidades para los prestadores de servicios de Internet por los contenidos publicados por terceros. Además, el art. 15 prescribía la prohibición de imponer obligaciones generales de supervisión de los datos que transmitieran o almacenaran.

La actual esfera pública digital: oportunidades, amenazas y un nuevo paradigma regulatorio en Europa

Más de dos décadas después, por mucho que no se dude de que este diseño normativo favoreció un excepcional desarrollo tecnológico, también se plantean importantes amenazas y desafíos que exigen una intervención. En especial, como ha advertido Habermas (2023), la esfera pública digital está cada vez más atomizada y fragmentada. Hoy día, el carácter inclusivo de la esfera pública digital está en peligro y preocupan los procesos de privatización, de fragmentación y de contaminación (Caruso, 2023: 556). Además, hay nuevas amenazas para los derechos y libertades de las personas, y no solo posibilidades, en particular para los derechos de la personalidad (STEDH de 5 de mayo de 2011, asunto Consejo Editorial de Pravoye Delo y Shtekel c. Ucrania, § 63). En palabras del Tribunal Constitucional español, "la comunicación e interacción digital se caracteriza por venir apoyada, entre otras características, sobre la inmediatez y rapidez en la difusión de contenidos, la mayor dificultad de establecer controles previos a esa difusión, y la potencialmente amplia —y difícilmente controlable— multiplicación, reiteración y transmisión entre terceros de los contenidos alojados en la red. Tales características favorecen una capacidad para influir en la opinión pública exponencialmente superior a la de los medios de comunicación tradicionales que, por lo demás, también se sirven de las redes sociales para difundir sus contenidos, e incluso para manejar los tiempos y la capacidad de impacto de una determinada información. Las características apuntadas, como ya hemos destacado, suponen un mayor riesgo de vulneración de los derechos de la personalidad de terceros" (STC 83/2023, de 4 de julio, F. 5).

Seguramente, el elemento más distorsionador del carácter originalmente abierto y plural con el que se concibió Internet ha sido el desarrollo posterior de su arquitectura, la cual ha perfeccionado el control y permite regulaciones altamente eficaces, hasta convertir al ciberespacio en una "herramienta de control perfecta", como advirtió L. Lessig (2009: 35-36). En efecto, en el espacio digital, lejos de ser un ámbito exento de regulación, lo que encontramos es una dispersión compleja del poder regulatorio distribuido en "una plétora de organizaciones internacionales, gobiernos nacionales, parlamentos, empresas, ingenieros, medios de comunicación, tuiteros famosos y campañas masivas físicas y virtuales a través de las redes sociales compiten ahora en un juego multinivel y multidimensional. El resultado a menudo depende de intrincadas intersecciones entre los negocios, la política, la ley, la regulación y las tecnologías de comunicación en rápido desarrollo" (Garton Ash, 2016: 26). Una realidad para cuya explicación el profesor Garton Ash se vale de la analogía de los perros, gatos y ratones. "Los gobiernos son los perros, las empresas son los gatos y nosotros somos los ratones. Los gatos más grandes son más poderosos que todos los perros, excepto los más grandes" (Garton Ash, 2016: 26). De ahí que, como ha planteado Balkin (2018), habría aparecido una "nueva escuela" regulatoria que centra sus esfuerzos en incidir en la arquitectura de Internet, reconduciendo esa variedad de actores a una relación triangular en cuyos ángulos se encontrarían los poderes públicos (Estados, Unión Europea, organizaciones internacionales), aquellos poderes privados que controlan la arquitectura de Internet (desde los prestadores de infraestructuras a las plataformas digitales y redes sociales, motores de búsqueda, ISPs, alojamientos de webs…), y los usuarios finales (ciudadanos, organizaciones de sociedad-civil…).

Pero, sobre todo, en ese complejo contexto regulatorio multinivel, con una esfera pública digital tendencialmente global, las plataformas digitales han asumido un rol excepcional como moderadores del debate público, evitando que el mismo se convierta en una cacofonía[2]. Y, para ello, no solo bloquean contenidos, sino que acuden de forma necesaria a sistemas automatizados de tratamiento algorítmico, los cuales resultan imprescindibles, ya que por el espacio digital circulan una cantidad ingente de mensajes que tienen que ser revisados. Las cifras sobre decisiones de moderación de contenidos que reportan las propias plataformas digitales dan prueba evidente de la magnitud de esta actividad[3].

Una realidad que obliga a plantearnos si podemos seguir concibiendo a las plataformas digitales como operadores tecnológicos neutrales y si podemos confiar en que la metáfora del "libre mercado de las ideas" sigue siendo un paradigma válido para preservar una esfera pública digital donde pueda darse un debate "desinhibido, robusto y ampliamente abierto" (New York Times c. Sullivan, 376 U.S. 254, 1964).

La respuesta a ambas preguntas creemos que debe ser negativa, en sintonía con la nueva aproximación regulatoria sintetizada en el paquete legislativo sobre el espacio digital re-

[2] En la medida que este trabajo se ocupa del control de mensajes comunicativos en la esfera pública digital, debemos hacer notar que nos referiremos de forma genérica a las plataformas digitales para incluir todos aquellos operadores tecnológicos que prestan servicios centrados en la transmisión de mensajes comunicativos y que permiten interacciones, tablones de discusión o aquellas que facilitan la búsqueda o el acceso a la información, teniendo como referencia las redes sociales y a los propios motores de búsqueda.

[3] A este respecto puede verse la base de datos de transparencia de la DSA: https://transparency.dsa.ec.europa.eu/dashboard?lang=es

cientemente aprobado por la Unión Europea. En primer lugar, como se ha señalado, se hace necesario levantar el velo de neutralidad con el que venían cubriéndose las plataformas digitales en relación con los contenidos que publican terceros. Al final, las plataformas digitales ya no son meros intermediarios en el proceso de comunicación pública, sino que cada una de ellas "«comunica» esos contenidos ajenos y los ordena, organiza, y difunde con arreglo a sus criterios «editoriales», que ya no son los que fija un comité de redacción, sino un grupo de directivos, tecnólogos e informáticos que diseñan los algoritmos de comunicación y escriben su código" (Villaverde Menéndez, 2020: 28). En otras palabras, hoy resulta claro que las plataformas digitales modulan significativamente el proceso comunicativo y, aunque no lo hacen a través de una decisión editorial en el sentido clásico, sí que pueden encontrarse ciertas concomitancias (Koltay, 2019: 4 y 87 y ss.). Por ejemplo, cuando una plataforma digital decide que quiere moderar ciertos contenidos y establece una política que regula el discurso en ese espacio está tomando una suerte de decisión editorial. Pero también cuando programa los algoritmos para recomendar cierto tipo de mensajes o para silenciar otros, por mucho que se haga de una forma tecnológicamente oscura que, en la mayoría de los casos, buscará un puro interés mercantil.

Además, siguiendo a Lessig (2009: 35), debemos reconocer que "la libertad en el ciberespacio no emanará de la ausencia de Estado, sino que provendrá, como en cualquier otro sitio, de la existencia de un cierto tipo de Estado", por lo que la respuesta a los desafíos actuales no puede venir de la "visceral retórica antiestatal de un pasado liberal: los Estados son necesarios para proteger la libertad, pese a que también sean capaces de destruirla" (Lessig, 2009: 24).

Una intervención estatal que, lejos de la retórica del libre mercado de las ideas, ha de estar dirigida a estimular una deliberación robusta, lo cual presupone reconocer que en la libertad de expresión hay una dimensión objetiva que la vincula con el ideal de que debe preservarse una esfera pública que sea auténticamente "pública", "abierta", "libre", "plural" y "pacífica" (Villaverde Menéndez, 2020: 27). Sabiendo que estos son elementos que pueden estar en tensión y que es necesario equilibrar: porque un espacio público totalmente abierto, libre y plural, difícilmente resultará pacífico ni permitirá una deliberación robusta. El mejor ejemplo de ello se encuentra en la actualidad en los desórdenes producidos por los fenómenos de desinformación o en los problemas que plantea el silenciamiento de cierto tipo de discursos o la amplificación de otros como consecuencia del tratamiento algorítmico de las principales plataformas digitales, los cuales pueden provocar importantes riesgos sistémicos para la integridad de la esfera pública digital, según tendremos ocasión de analizar.

En consecuencia, atendiendo a la realidad de la esfera pública digital y partiendo de los postulados de un Estado social y democrático, las exigencias de protección de la libertad de expresión, proyectada singularmente sobre la libertad de medios de comunicación, reclaman un Estado regulador, no tanto desde la perspectiva censora o limitativa, sino para establecer deberes y responsabilidades a los actores relevantes en el proceso comunicativo, sean públicos o privados, con el objetivo de armonizar y de preservar la robustez y el carácter abierto y plural de la opinión pública. Y, llegado el caso, un Estado providente, con capacidad de intervenir directamente en el proceso comunicativo a través de medios públicos, subvenciones, etc. Todo ello sin abandonar la perspectiva garantista, puramente liberal, que reclama prever

salvaguardas para las libertades comunicativas, especialmente frente a la acción pública, pero sin excluir su proyección sobre los poderes privados ante las nuevas formas de censura privada.

Una aproximación que, como señalábamos, ha justificado la intervención europea en el espacio público digital que será objeto de estudio en el presente trabajo. Se trata de un cambio de paradigma de extraordinaria importancia y con importantes consecuencias geopolíticas, como se está observando en las relaciones euro-atlánticas durante el mandato del segundo gobierno del presidente Trump. Pero que también está sirviendo de modelo para otras democracias, especialmente en el contexto latinoamericano, hacia las que se proyecta ese "efecto Bruselas", como prueba la reciente sentencia de la Corte Constitucional de Colombia (T-256/2025, de 12 de junio), en la que ésta, siguiendo los precedentes europeos, ha destacado que las redes sociales deben respetar unos límites en la moderación de contenidos para garantizar la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad. Estudiemos por ello los principales rasgos del marco regulatorio europeo.

2. Una aproximación al nuevo marco regulatorio europeo: obligaciones de transparencia y debido proceso, responsabilidad de las plataformas digitales y riesgos sistémicos

El paquete regulatorio europeo y el régimen jurídico de las plataformas digitales en perspectiva constitucional

La Unión Europea en los últimos años ha asumido la compleja tarea de disciplinar la arquitectura y la actividad de las plataformas digitales a través de una intervención regulatoria que contempla importantes obligaciones y mecanismos de supervisión posteriores, partiendo de la garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos, muy en especial la preservación de un proceso comunicativo plural y abierto, pero también en el que sea posible mantener un debate público robusto y pacífico, según dijimos. Especialmente, este paquete normativo para la regulación del espacio digital incluye un gran texto, la *Digital Service Act* (en adelante, DSA)[4], que será el objeto de atención preferente en este trabajo. Aunque al mismo se suman una costelación de regulaciones, entre las cuales destaca la *Digital Markets Act*[5], junto con otras que se han ido aprobando en los últimos años con intervenciones sectoriales en el mundo digital[6]. Lo revolucionario ahora es que por fin se da un régimen jurídico específico

[4] Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales.

[5] Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital.

[6] Entre otras, Reglamento 2016/679, General de Protección de Datos; Directiva 2010/13/CE, en su versión modificada por la Directiva (UE) 2018/1808, sobre los prestadores de plataformas de intercambio de vídeos (Directiva de servicios de comunicación audiovisual); Reglamento 2019/1150, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea; la Directiva 2019/790, de 17 de abril, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital; y, por supuesto, el Reglamento 2021/784, de 29 de abril de 2021, sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas en línea; el Regla-

para las plataformas digitales que pretende ordenar la selva en la que éstas habían venido creciendo, el cual nace con el doble objetivo de favorecer su actividad económica, pero considerando también que están en juego las libertades comunicativas. En concreto, con respecto a estas últimas, esta normativa se proyecta sobre estas libertades en un doble sentido, como estudiaremos a continuación: por un lado, contemplando obligaciones normativas que vienen a tutelar el ejercicio de la libertad de expresión por parte de los usuarios de las plataformas digitales, especialmente frente a las decisiones de moderación de contenidos; y, por otro, también se preocupa por paliar los riesgos que para la opinión pública y para los derechos de las personas puedan derivarse de la actividad de las plataformas digitales y se establecen mecanismos para luchar contra contenidos ilícitos.

Europa se aleja así de la narrativa americana que en buena medida sigue anclada en la regla de oro de la exención de responsabilidad por los contenidos publicados por terceros y en la regla del buen samaritano, asumiendo que las plataformas digitales son foros privados, lo que deja fuera del marco de enjuiciamiento constitucional las decisiones de moderación de contenidos de las plataformas digitales y cualquier intento de que los poderes públicos impongan unas reglas de moderación constituiría una suerte de *compelled speech* contrario a la I Enmienda. Precisamente, esta es la lógica que subyace a la reciente sentencia del Tribunal Supremo estadounidense en el caso Moody v. Netchoice (603 US 2024) donde ha enjuiciado la constitucionalidad de sendas leyes estatales que habían impuesto unas obligaciones de neutralidad en el tratamiento de los contenidos. Para el Tribunal Supremo la actividad de gestión de contenidos que realizan las plataformas digitales ha de ser considerada una "actividad expresiva en sí misma" y concluía 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".

Por el contrario, el nuevo régimen jurídico europeo de las plataformas digitales rompe con esta aproximación estadounidense para adoptar otra perspectiva constitucional, que propugna la relevancia de la actividad de las plataformas digitales para la esfera pública y justifica un régimen jurídico que imponga obligaciones y límites a la libertad de las plataformas digitales[7]. Ahora bien, la aproximación europea no es radical y no pretende que las platafor-

mento 2024/900, de 13 de marzo, sobre transparencia y segmentación en la publicidad política; el Reglamento 2024/1689, de 13 de junio, de inteligencia artificial; o el Reglamento 2024/1083, de 11 de abril, sobre la libertad de los medios de comunicación.

[7] A este respecto, en nuestra doctrina han surgido distintas aproximaciones para justificar la imposición de obligaciones y cargas a las plataformas digitales en aras de preservar las libertades comunicativas como marco constitucional para legitimar el régimen jurídico que se les ha dado. Por ejemplo, el profesor Víctor Vázquez (2022) (2025) ha propuesto trasladar la lógica de la teoría del foro estadounidense para apostar por considerar a las redes sociales como una suerte de foros públicos institucionales o con naturaleza híbrida, público-privada, y, en consecuencia, aunque entiende que las redes sociales mantienen un margen para adoptar sus propias políticas de moderación de contenidos, también sugiere que las mismas pueden quedar sujetas a límites, en particular cuando ocupen una posición hegemónica. O el profesor Teruel Lozano (2023), coautor en este trabajo, ha planteado definir el estatus de las plataformas proyectando en cierto modo el de los medios de comunicación, que parte del reconocimiento de una libertad "editorial" en relación con la libertad de empresa, pero en el que se justifican imponer cargas y deberes para preservar ciertos valores para la salvaguarda de la opinión pública. Una analogía que debe entenderse sin perjuicio de que el concreto régimen jurídico de las plataformas digitales

mas digitales sean foros públicos. Se reconoce que las mismas disfrutan de una suerte de derecho, al que podríamos reconocer relevancia constitucional, que les faculta a mantener su propia política de admisión de usuarios, de moderación de contenidos, de recomendaciones y de tratamiento algorítmico, como proyección de su libertad de empresa. Un derecho que, además, hay autores que postulan se podría conectar con la libertad de creación de medios de comunicación y, en relación con la misma, con una suerte de libertad editorial. Por tanto, también en Europa (y aunque esto ha sido objeto de controversia), al menos para la normativa europea las plataformas digitales *a priori* son libres para establecer criterios para la moderación de contenidos y para su selección y recomendación, respetando siempre que los contenidos ilícitos deben ser retirados. En otras palabras, las plataformas digitales, de acuerdo con sus políticas internas, en principio pueden decidir libremente sus usuarios y cómo seleccionar, moderar, privilegiar o silenciar contenidos lícitos.

Así, la diferencia con la perspectiva estadounidense radica principalmente en que este derecho editorial, por así llamarlo, no sería ilimitado y, en consecuencia, la actividad de las plataformas digitales puede quedar sujeta a "deberes y responsabilidades" (art. 10 CEDH) en atención a esa dimensión objetiva de las libertades comunicativas y al resto de derechos que están en juego. Resulta claro, como ha destacado Villaverde Menéndez (2020: 21), que "la función de la libertad de expresión no es proteger el ciberespacio, sino la comunicación pública en el ciberespacio".

Unos "deberes y responsabilidades" que, como estudiaremos a continuación, se han concretado en el marco de la DSA a través del establecimiento de toda una serie de obligaciones donde resultan fundamentales la transparencia, el debido proceso, pero también deberes específicos para mitigar riesgos sistémicos. De hecho, como se verá con más detalle, en el caso de que una plataforma de muy gran tamaño tuviera unas políticas de usuarios muy restrictivas o realizara tratamientos algorítmicos con evidentes sesgos ideológicos, por ejemplo, podríamos plantearnos si podría suponer un riesgo sistémico al comprometer el pluralismo y, por esa vía, que pudiera rescatarse una *fairness doctrine 2.0* que obligara a estas plataformas a realizar un tratamiento algorítmico neutral, al menos en determinados momentos sensibles como los electorales.

Además, aunque la DSA mantiene la prohibición general de que las plataformas digitales no tienen el deber de establecer mecanismos de filtrado o de supervisión general de lo que se difunde a través de las mismas, por lo que en principio no van a ser responsables por los contenidos publicados por terceros, lo cierto es que luego esta cláusula de irresponsabilidad se ve matizada a través de diferentes instrumentos o supuestos, como se señalará a continuación.

Se observa, por tanto, como esta regulación europea al final trata de equilibrar la posición de las plataformas digitales, su libertad y su responsabilidad, con la preservación de unos bienes y valores colectivos y de derechos individuales. Lo cual resulta necesario para conjurar que las plataformas digitales se conviertan en "verdaderos poderes, no como contrapeso al

sea diferente del de los medios impresos y audiovisuales tradicionales, habida cuenta de las diferencias en el tipo de actividad prestada.

Estado -a la manera clásica de los medios de comunicación- sino con funciones propias de éste" (Vazquez Alonso, 2025: 386).

Procedamos ahora a descender de forma algo más concreta para conocer el régimen jurídico ofrecido por la DSA.

La DSA: obligaciones de diligencia debida como defensa de los derechos fundamentales y la libertad de expresión en particular

Según hemos visto, la DSA marca como objeto (artículo 1) crear un entorno en línea seguro, predecible y fiable, en el que se protejan los derechos fundamentales.

Por tanto, esta norma trata de encauzar la actividad que se produce online a través de unos prestadores de servicios intermediarios (entre otros, las plataformas en línea), de forma que estos prestadores guíen su actividad según unas obligaciones de diligencia debida, siempre bajo el principio ya expuesto de exención de responsabilidad. Y estas obligaciones de diligencia debida se justifican en base a unos objetivos de interés público, entre los que se halla la protección de los derechos fundamentales, como recoge el considerando 41 de la norma.

La DSA recoge repetidas veces la libertad de expresión como uno de los derechos fundamentales a proteger. Sin embargo, es precisamente la defensa a esta libertad la que se plantea como uno de los ejes de debate en torno a la DSA. Y es que, como hemos visto, la DSA busca tutelar espacios abiertos a la libre comunicación, pero también contempla intervenciones que pueden condicionar la misma. De ahí que surja la pregunta acerca de si esta esta norma está de verdad llamada a proteger la libertad de expresión o es más bien una herramienta de censura de los Estados en un entorno hasta el momento libre. Así, desde algunos sectores se viene acusando a la DSA como una herramienta de censura, que se promueve desde las instituciones europeas con la excusa de la lucha contra el discurso de odio y la desinformación[8]. Sin ir tan lejos, ciertos autores han apuntado a la necesaria cautela a adoptar con respecto a algunos instrumentos recogidos en la norma, que podrían traducirse en formas de *censura vicarial*. Se trata de supuestos en los que, como ha advertido Barata Mir (2022: 101), "las plataformas son forzadas a convertirse en un instrumento de aplicación de normas jurídicas", de forma que "no estarán ya actuando como meros sujetos privados, sino como intérpretes y ejecutores, *ex lege*, de la delimitación nada más y nada menos que del legítimo ejercicio de un derecho fundamental". Es lo que puede ocurrir cuando la legislación contempla mecanismos que apoderan a los poderes públicos (en particular, autoridades administrativas y policiales) para señalar contenidos concretos *invitando* a las redes sociales a que los bloqueen.

De ahí que para poder afrontar estas cuestiones en torno a la interrelación entre DSA y libertad de expresión sea conveniente tener presente las dos dimensiones antes destacadas: por una parte, una de las metas de la DSA es generar herramientas para facilitar la lucha contra el contenido ilícito online (que lo que esté prohibido offline no pueda circular libremente online). A nivel mediático, existe cierta tendencia a criticar este tipo de herramientas en la medida en que pueden dar lugar a censura o fricciones con la libertad de expresión de los propios

[8] Exclusive: Rubio orders US diplomats to launch lobbying blitz against Europe's tech law | Reuters

usuarios. No es algo que ignore el legislador: en varios de los considerandos de la DSA (por ejemplo, considerandos 22 o 51) se pone de manifiesto que la acción contra el contenido ilícito ha de respetar los derechos fundamentales de los destinatarios del servicio, incluido el derecho a la libertad de expresión e información.

Por otra parte, la DSA establece una serie de normas de diligencia debida en relación con la moderación de contenidos que, precisamente, tratan, entre otras cuestiones, de proteger esa libertad de expresión e información de los usuarios. En particular, el considerando 45 recoge la necesidad de establecer estas normas por motivos de transparencia y protección de los destinatarios del servicio y para evitar resultados injustos o arbitrarios, aunque preservando la libertad contractual de los prestadores de servicios intermediarios.

En cuanto a la lucha contra el contenido ilícito, en varios de los considerandos de la DSA se recoge la necesidad de establecer normas armonizadas que aborden la difusión de contenidos ilícitos en línea (por ejemplo, considerandos 2 y 9). Se trata de garantizar un entorno en línea seguro, predecible y digno de confianza – entendiendo que la difusión de estos contenidos puede generar riesgos para la sociedad.

A este respecto, las principales herramientas que plantea la DSA para luchar contra el contenido ilícito son las siguientes:

El artículo 9 establece, en relación con las órdenes de retirada de contenido ilícito que emiten autoridades judiciales o administrativas nacionales competentes, una serie de requisitos de dichas órdenes y obligaciones de información a las plataformas, para garantizar que esas órdenes puedan cumplirse de manera efectiva y eficiente, de modo que las autoridades públicas afectadas puedan desempeñar su cometido y los prestadores no se vean sometidos a cargas desproporcionadas, sin afectar indebidamente a los derechos e intereses legítimos de terceros.

El artículo 16 recoge la obligación de establecer un mecanismo de notificación y acción, que permita a personas físicas o entidades notificarles de la presencia de contenido ilícito en su servicio. De esta forma, se da relevancia a la función que los usuarios pueden cumplir en la lucha contra el contenido ilícito.

En esta misma línea, en el artículo 22 se reconoce el papel que los alertadores fiables han de jugar como aliados importantes en la detección del contenido ilícito. Las notificaciones de contenido ilícito de estos alertadores, previamente certificados por los Coordinadores de servicios digitales, han de ser tratadas de forma prioritaria por las plataformas en línea.

Más allá de las posibles sanciones que se pudieran derivar del incumplimiento por las plataformas de estas obligaciones específicas, estos mecanismos pueden conllevar el levantamiento de la exención de responsabilidad para las plataformas por los contenidos alojados en las mismas, eje central sobre el que pivota la DSA, como ya se ha mencionado anteriormente.

Ahora bien, una vez identificados los mecanismos – algunos novedosos, otros simplemente sistematización o respaldo a instrumentos jurídicos ya existentes – el siguiente paso es analizar la posible erosión de la libertad de expresión como consecuencia de la aplicación de estos.

Sin duda, el empleo de estas herramientas va a conllevar el eliminar contenido de las plataformas. Eso sí, como se dijo, es evidente que este contenido ha de tener las mismas restricciones que en el mundo "real": lo que no está permitido "offline" no ha de poder circular libremente online. El problema es que en muchos casos existen supuestos límites, zonas grises en las que no está del todo claro cuándo un contenido es ilícito. Casos como la eliminación de contenido de pornografía infantil o infracción de derechos de propiedad intelectual suelen ser fáciles de evaluar, pero hay otros supuestos complejos como serían las notificaciones referidas a discurso de odio o desinformación, pero también contenidos que podrían, por ejemplo, ser constitutivos de delito de calumnias, cuyo análisis es más complejo y sobre los que es necesario realizar una serie de apuntes ante los efectos que puede llegar a tener el nuevo régimen jurídico.

Por un lado, hay que recordar que la DSA no establece qué contenido es ilícito; el contenido es ilícito en la medida en que una norma de un estado miembro o la UE así lo determine[9]. Y todas las leyes de la UE (tanto nacionales como comunitarias) que determinen qué contenido es ilícito no pueden restringir indebidamente la libertad de expresión, sino que han de cumplir con la Carta de Derechos Fundamentales de la UE que consagra el derecho a la libertad de expresión, de información y de opinión para todos los ciudadanos de la UE, el cual está igualmente preservado en las constitucionales nacionales. En consecuencia, la determinación de los contenidos ilícitos puede estar sujeta a control jurisdiccional si se limitara excesivamente o de forma desproporcionada las libertades comunicativas.

Por otra parte, siguiendo a Presno (2020: 69), "las "reglas" de Internet y de las redes sociales no son, a priori, diferentes a las que operan cuando se ejerce la libertad de expresión por otras vías". En particular, expone que es suficiente acudir a las previsiones de la Constitución Española (artículo 20.4), donde se dispone que las libertades de expresión y comunicación tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en ese mismo título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, "en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia".

Y también desde una perspectiva procedimental debemos entender que la calificación de un contenido expresivo como ilícito por violar otros derechos o bienes constitucionales entonces deberá ser una autoridad judicial la que la decida[10].

Cuestión distinta es cuando sin esta intervención judicial previa sean las plataformas digitales las que decidan moderar un contenido por considerarlo aparente o potencialmente ilícito o, incluso, cuando sean moderados en aplicación de las políticas internas de la propia plataforma. De hecho, respecto a las previsiones de la DSA relacionadas con la moderación de contenidos de las plataformas, el primer Informe de la Junta Europea de Servicios Digitales sobre el artículo 35.2[11], al que nos referiremos posteriormente, ya recoge la idea de que,

[9] Ver considerando 12 de la DSA.

[10] Tal y como se contempla en los art. 8 y 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, y se ha manifestado el Tribunal Supremo en su sentencia 3405/2022 (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 3 de octubre de 2022 (recurso 6147/2021) ECLI:ES:TS:2022:3405

[11] https://ec.europa.eu/newsroom/dae/redirection/document/121707

más allá del marco de mitigación de riesgos, la DSA incluye una serie de salvaguardias para proteger el derecho a la libertad de expresión e información online.

Se trata tanto de mecanismos que pretenden arrojar transparencia sobre las decisiones de moderación de contenidos de las plataformas: obligaciones de información sobre sus políticas y sus actividades de moderación de contenidos, como de mecanismos para permitir a los destinatarios del servicio reclamar frente a dichas actividades – tanto internamente, frente a la plataforma, como externamente, frente a órganos extrajudiciales de resolución de litigios.

Aunque se reconoce que la moderación de contenidos es legítima – como un ejercicio de su libertad contractual[12], se establecen mecanismos para garantizar los derechos de usuarios – que efectivamente protegen su libertad de expresión.

Por último, para valorar la afectación de esta normativa a las libertades comunicativas hay que considerar también que un elemento fundamental de la regulación son las obligaciones específicas establecidas a las plataformas y motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño (VLOPSEs, por sus siglas en inglés) en relación con los riesgos sistémicos.

En efecto, la DSA recoge una herramienta, que, a diferencia de las anteriores, es un instrumento *ex ante*, y solo aplicable a las mencionadas VLOPSEs. El alcance que este tipo de prestadores tiene para facilitar el debate público, las transacciones económicas y la difusión al público de información, opiniones e ideas y para influir en la forma en que los destinatarios obtienen y comunican información en línea, justifica la imposición de obligaciones específicas. Desde esta perspectiva, la DSA ha adoptado un sistema basado en riesgos estableciendo en sus artículos 34 y 35 obligaciones de evaluación y reducción de riesgos sistémicos.

Las plataformas han de detectar, analizar y evaluar los riesgos sistémicos derivados del diseño o funcionamiento de su servicio y de los sistemas relacionados (como los sistemas algorítmicos), o del uso de sus servicios. Entre las cuatro categorías de riesgos que las plataformas han de evaluar se encuentra, por un lado, el relativo a la difusión de contenido ilícito y, por otro, el que se refiere a los efectos reales o previsibles de sus servicios para el ejercicio de los derechos fundamentales, citando expresamente, la libertad de expresión e información, entre ellos.

A la luz de dicha evaluación, las plataformas han desplegar los medios necesarios para reducir diligentemente los riesgos sistémicos detectados (como adaptación de sus condiciones generales o de sus sistemas de moderación de contenidos, entre otras medidas), respetando los derechos fundamentales, con especial atención al impacto que dichas medidas puedan tener en la libertad de expresión.

Como se ha señalado anteriormente, en cumplimiento del artículo 35.2, el 18 de noviembre de 2025, la Junta Europea de Servicios Digitales en cooperación con la Comisión Europea, aprobó el primer Informe sobre riesgos sistémicos y medidas de mitigación que incluye la evaluación de los riesgos sistémicos más destacados y recurrentes notificados por los VLOPSE y las buenas prácticas para reducir los mismos.

[12] Ver considerando 45 de la DSA.

Como se indica al comienzo del informe, el marco de gestión de riesgos es una piedra angular del DSA y, como tal, constituye una herramienta para apoyar la protección de los derechos fundamentales en línea.

Dentro de la categoría de riesgos relacionados con los derechos fundamentales, el Informe analiza, en primer lugar, el relativo a la libertad de expresión e información. Este tipo de riego ha sido identificado tanto por las VLOPSE como por organizaciones de la sociedad civil que han colaborado en el Informe y se refieren a los sistemas utilizados para difundir o moderar contenidos (por ejemplo, sistemas de recomendación o de moderación) en la medida en que pueden incluir restricciones injustificadas a las posibilidades de los usuarios de expresarse en línea y riesgos de falta de acceso a una pluralidad de opiniones.

Como riesgos concretos se señalan, entre otros, la sobremoderación, la manipulación intencionada de los servicios mediante ataques coordinados de los mecanismos de denuncia de contenido ilícito con el fin de intimidar o silenciar discursos lícitos y desincentivar la participación; en materia de sistemas de recomendación, no recomendar el contenido de determinados grupos (por ejemplo, personas con discapacidad, minorías religiosas o étnicas) o hacerlo en menor medida que otros.

Dentro de las medidas para mitigar los riesgos, el Informe, en esta primera edición, incluye ejemplos de buenas prácticas que están llevando a cabo las VLOPSE y otras propuestas por organizaciones de la sociedad civil. Cabe citar en el ámbito de la moderación de contenidos, la realización periódica de auditorías y revisiones internas y externas de las políticas de moderación de contenidos y de su aplicación, así como las evaluaciones sobre cómo otras obligaciones legales distintas del DSA pueden afectar a sus prácticas de moderación.

En este punto, resulta de especial interés la reciente sentencia del Tribunal General de la UE Amazon EU/Comisión[13], en la que se desestima el recurso interpuesto por Amazon EU contra la Decisión de la Comisión Europea por la que se designó a la plataforma Amazon Store como VLOP. Además de tratarse de una de las primeras sentencias sobre la DSA, su importancia radica en el hecho de que el TGUE se pronuncia sobre la conformidad a Derecho de dicha designación (que conlleva el cumplimiento de obligaciones adicionales para este tipo de prestadores) con una serie de derechos fundamentales, entre ellos, la libertad de expresión e información.

La demandante considera que la designación como VLOP, en la medida en que le impone la obligación del artículo 38[14], vulnera la libertad de expresión e información consagrada en el artículo 11, apartado 1 de la Carta al menoscabar la libertad de expresión comercial de Amazon Store. El TGUE, tras reconocer que el artículo 38 DSA constituye una injerencia en la libertad de expresión y de información de las plataformas de comercio, manifiesta que dichos derechos han de considerarse según su función en la sociedad, y que cualquier limitación a los mismos debe ser establecida por ley, respetar su contenido esencial, ser necesaria,

[13] Sentencia del Tribunal General de 19 de noviembre de 2025, Amazon EU/ Comisión, T-367/23, EU:T:2025:1038

[14] Obligación de ofrecer al menos una opción para cada uno de sus sistemas de recomendación que no se base en la elaboración de perfiles.

proporcionada y responder a objetivos de interés general.[15] El TGUE concluye afirmando que se cumplen los citados requisitos y que, por tanto, el artículo 38 no infringe la libertad de expresión e información al ser fruto de una ponderación entre aquélla y la protección de los consumidores[16].

3. Conclusiones

A lo largo del presente trabajo hemos tratado de presentar cómo la nueva normativa europea de las plataformas digitales, lejos de ser un instrumento liberticida, ofrece un marco normativo que pretende equilibrar las libertades y valores en juego en aras de preservar una esfera pública digital robusta, abierta y plural.

La definición de aquello que sea contenido ilícito permanece extramuros de la DSA, por lo que ahí no hay novedades en cuanto al régimen jurídico de la libertad de expresión.

Lo que sí que aporta la normativa europea es una serie de deberes de diligencia debida que obligan a una gestión transparente y con garantías, respetando un debido proceso, en la actividad de moderación de contenidos que realizan las plataformas digitales. Sobre todo, porque estas decisiones de tratamiento de los contenidos suponen una injerencia en las libertades comunicativas de los usuarios y pueden comprometer el pluralismo y el carácter abierto de la esfera pública digital. De ahí que, como se ha visto, sea también muy importante ver cómo se va a implementar el régimen establecido para mitigar riesgos sistémicos para las VLOPs.

Y, de igual forma, habrá que evaluar con cautela hasta qué punto los distintos mecanismos previstos por la DSA pueden terminar estimulando un cierto celo censor de las plataformas digitales hacia contenidos no necesariamente ilícitos, aquellos que, como dijimos, se encuentran en zonas grises.

Estamos, por tanto, ante un paradigma regulatorio innovador que supone un primer paso en la constitucionalización de la esfera pública digital, para que al menos en el espacio europeo esta no sea una selva, pero que, al mismo tiempo, presenta indudables desafíos en su implementación y desarrollo que habrá que ir analizando conforme la misma sea aplicada con plenitud.

Bibliografía

BALKIN, J. M. «Free speech is a triangle», *Columbia Law Review*, vol. 118, 2018, pp. 2011-2056.

BARATA MIR, J. «Libertad de expresión, regulación y moderación privada de contenidos», *Teoría y Derecho*, n.º 32, 2022, pp. 88-107.

CARUSO, C. «Il tempo delle istituzioni di libertà. Piattaforme digitali, disinformazione e discorso pubblico europeo», *Quaderni costituzionali*, n.º 3, 2023, pp. 543-567.

[15] Apartados 168, 169 y 173 de la sentencia del TGUE

[16] La sentencia ha sido recurrida en casación ante el TJUE (asunto C-47/26)

GARTON ASH, T. *Free speech: Ten principles for a connected world*, Yale University Press, Londres, 2016.

HABERMAS, J. *A new structural transformation of the public sphere and deliberative politics*, Polity Press, Cambridge, 2023.

KOLTAY, A. *New media and freedom of expression: Rethinking the constitutional foundations of the public sphere*, Hart, Oxford, 2019.

LESSIG, L. *El código 2.0*, Traficantes de sueños, Madrid, 2009.

PRESNO LINERA, M. Á. «La libertad de expresión en Internet y las redes sociales: análisis jurisprudencial», *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 61, 2020, pp. 65-82.

TERUEL LOZANO, G. M. «Libertad de expresión, censura y pluralismo en redes sociales: algoritmos y el nuevo paradigma regulatorio europeo», en BALAGUER CALLEJÓN, F. y COTINO HUESO, L. (eds.), *Derecho público de la inteligencia artificial*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2023, pp. 181-222.

VÁZQUEZ ALONSO, V. J. «La censura 'privada' de las grandes corporaciones digitales y el nuevo sistema de la libertad de expresión», *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, n.º 32, 2022, pp. 108-129.

VÁZQUEZ ALONSO, V. J. «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*, n.º 55, 2025, pp. 383-421.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. *Los poderes salvajes: ciberespacio y responsabilidad por contenidos difamatorios*, Marcial Pons, Madrid, 2020.



CNMC
COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA