

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Vol. 71/2 julio-diciembre 2023

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7122023>

ESTUDIOS

LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN EN EL CONTEXTO DIGITAL

*Freedom of speech and informative speeches in the digital
scope*

Carmen Carrillo Franco

Becaria de investigación

Departamento de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid

<https://doi.org/10.18543/ed.2927>

Recibido: 17.07.2023

Aceptado: 04.12.2023

Publicado en línea: diciembre 2023

Derechos de autoría / Copyright

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público es una revista de acceso abierto, lo que significa que es de libre acceso en su integridad. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales, sin la previa autorización del editor o el autor, siempre que la obra original sea debidamente citada y cualquier cambio en el original esté claramente indicado.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público is an Open Access journal which means that it is free for full access, reading, search, download, distribution, and lawful reuse in any medium only for non-commercial purposes, without prior permission from the Publisher or the author; provided the original work is properly cited and any changes to the original are clearly indicated.

Estudios de Deusto

© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 71/2, julio-diciembre 2023

<http://www.revista-estudios.deusto.es/>

LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN EN EL CONTEXTO DIGITAL

*Freedom of speech and informative speeches in the digital
scope*

Carmen Carrillo Franco
Becaria de investigación
Departamento de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid

<https://doi.org/10.18543/ed.2927>

Recibido: 17.07.2023

Aceptado: 04.12.2023

Publicado en línea: diciembre 2023

Resumen

En el artículo se realiza un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en la que se resuelven recursos de amparo en los que ha habido una colisión entre el derecho a la libertad de expresión o información y, de otro lado, el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen en el contexto digital. Asimismo, en el estudio se reflexiona sobre las categorías conexas a estas libertades, la opinión pública, la verdad y la desinformación en el mundo digital. El objetivo principal del estudio es analizar los elementos específicos que deben tenerse en cuenta a la hora de realizar una eventual restricción del derecho a la libertad de expresión ejercida en el contexto digital, particularmente en las redes sociales, y las claves de legitimación del ejercicio del derecho en ese contexto.

Palabras clave

Libertad, Redes sociales, Sociedad democrática, Veracidad, Simulación.

Abstract

The paper studies the Constitutional Court's case law in which they solved different writs of protection due to a collision between freedom of speech or informative speech and honour, privacy, and self-image rights. In addition, the paper includes some reflections on the concepts related to those freedoms, such as public opinion, truth, and lack of information. The paper's main purpose is to analyze the specific aspects of freedom of speech and informative speech when they are developed in the digital world. As a result, the paper shows which are the elements that tribunals agree in taking into account in the cases in which freedom of speech should be limited in favour of the right to honour, privacy, and self-image and, the keys to legitimizing the exercise of the right in this scope.

Keywords

Freedom, Social media, Democratic community, Truthfulness, Simulation.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. MARCO TEÓRICO DE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN EN EL CONTEXTO DIGITAL. 1. Concepto y naturaleza jurídica de las libertades de expresión e información de los arts. 20.1 a) y 20.1 d) de la Constitución Española. 2. Los difusos límites entre libertad de expresión en sentido estricto y libertad de información. 3. La libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos. 4. La regulación europea de los actos que se llevan a cabo en las redes sociales: *Digital Service Act*. III. LAS ESPECIFICIDADES DE LOS CONFLICTOS QUE SURGEN COMO CONSECUENCIA DEL EJERCICIO DE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN EN EL ÁMBITO DIGITAL. 1. La autoría del mensaje en Internet. 2. Los destinatarios del mensaje publicado. 3. La influencia del mensaje en la configuración de la opinión pública y contenido del mensaje. 3.1. Interés público de la información y mayor protección de los mensajes de contenido político. 3.2. Lo público y lo privado en las redes sociales. 3.3. Breve referencia a los mensajes cuyo contenido incita a la violencia y al odio. 4. Difícil determinación del rol del usuario y de la protección de la libertad aplicable. 5. El riesgo del efecto de desaliento. IV. LOS RIESGOS DE FALSEAR LA VERDAD: SIMULACIÓN Y DESINFORMACIÓN. V. CONCLUSIONES FINALES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La búsqueda de la verdad ha acompañado al ser humano desde tiempos de los presocráticos. El hombre desea conocer y entender lo que le rodea. Ese anhelo de verdad no sólo se proyecta sobre las cuestiones más profundas de la existencia humana –las *grandes verdades* del mundo–, sino que aparece en todos los órdenes y facetas de la vida humana. Sin embargo, la posesión de la verdad absoluta –entendida como principio universal– es un concepto utópico, pues es bien aceptado hoy en día que de un mismo hecho pueden existir diferentes versiones. Así, lo expresa la máxima “sólo hay una verdad absoluta, que la verdad es relativa”, atribuida a André Maurois ya en el pasado siglo.

Precisamente, de ello toma consciencia el ordenamiento jurídico español consagrando, en la Constitución Española (en adelante, CE), el pluralismo político (art. 1.1), la libertad ideológica (art. 16) y, la libertad de expresión (art. 20.1). En relación con estas libertades, es evidente que su esqueleto conceptual tiene un antes y un después en la irrupción del nuevo contexto digital puesto que la sociedad de hoy en día es una sociedad marcada por lo inmediato, lo instantáneo y la aceleración; que, según Bauman son las notas definitorias de la llamada *sociedad líquida*¹. Entre otros motivos, esta nueva

¹ Sobre el concepto de sociedad líquida puede consultarse: BAUMAN, Zigmunt. *Modernidad líquida*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2003.

configuración de la sociedad se debe al auge del nuevo contexto tecnológico. De hecho, el ejercicio de las libertades del art. 20.1 CE se produce, principalmente, en los medios de comunicación digitales y en las redes sociales. Además, en relación con la esfera pública, estos medios constituyen los instrumentos a través de los que se difunde la información, se producen debates políticos de forma espontánea y, en definitiva, se configura la opinión pública.

Asimismo, es de sobra conocido que los límites entre la libertad de expresión del art. 20.1 a) CE y el derecho a recibir información veraz del art. 20.1 d) CE son difusos e imprecisos. Es decir, no es fácil constatar cuándo una expresión consiste en un ejercicio de la libertad de expresión en sentido estricto de cuándo se trata de un ejercicio de la libertad de información y, en consecuencia, se confunde fácilmente el ámbito de lo objetivo con el ámbito de lo subjetivo. Precisamente, los difusos límites entre una y otra libertad, se acentúan de forma destacada en el nuevo contexto digital, tal y como ya puso de manifiesto la STC n.º 8/2022², entre otras. Debido a ello, en este artículo se pretende analizar cómo la consolidada doctrina constitucional sobre las libertades de los arts. 20.1 a) y 20.1 d) CE se ha adaptado a los nuevos retos del contexto digital. Es decir, si hoy en día, el Tribunal Constitucional (en lo sucesivo, TC) interpreta los derechos de libertad de expresión y de información y sus límites con el mismo alcance que en la era predigital, y si es o no trasladable su acervo jurisprudencial en este contexto o, por el contrario, requiere alguna matización derivada del mismo

En este sentido, el TC ha elaborado una consolidada doctrina en torno al 20.1 CE que, a su parecer, es perfectamente aplicable a los retos de la era digital en relación con estos derechos. No obstante, en otras ocasiones, el TC ha mantenido que la particularidad de la colisión del ejercicio del art. 20.1 CE con el derecho al honor y a la intimidad del art. 18.1 CE exige tomar en consideración una serie de elementos que, por las particularidades de los medios digitales, no se tomaban en consideración en la era predigital. A la vista de ello, surge la siguiente pregunta ¿ha cambiado el TC su posición respecto al art. 20.1 cuando el ejercicio de este derecho, no amparado por la CE, se produce a través de Internet? O, por el contrario, ¿la posición del TC sigue siendo la posición anterior a la era predigital, pero únicamente, tomando en consideración ciertos elementos específicos? Para abordar estas cuestiones, en este artículo, se analizan las sentencias en las que el TC ha aplicado esta doctrina para resolver la colisión de las libertades de los arts. 20.1 a) y 20.1

² Concretamente, la STC n.º 8/2022, de 27 de enero ha puesto de manifiesto que “la constatación de las dificultades existentes para distinguir entre libertad de información y libertad de expresión se acentúa cuando se contextualiza el ejercicio de una y de otra en el ámbito de internet y, más concretamente, en el de las redes sociales”.

d) con los derechos del art. 18.1 CE, es decir, el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen en el contexto digital y se analizan los criterios por los que el TC ha estimado o no el amparo para poder entender cuál es su posición en relación con estos derechos en el contexto digital.

II. MARCO TEÓRICO DE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

1. *Concepto y naturaleza jurídica de las libertades de expresión e información del art. 20.1 a) y del art. 20.1 d) de la CE*

De entrada, el art. 20.1 CE consagra, en sentido amplio, el derecho a la libertad de expresión en sus diversas manifestaciones. Ahora bien, tal y como señalara la STC 51/1989, de 22 de febrero³, únicamente la letra a) de este precepto se refiere a la libertad de expresión en sentido estricto⁴. Ello significa, según Solozábal Echevarría, que el bien jurídico que protege el art. 20.1 a) CE es “la comunicación sin trabas del pensamiento”⁵. Es decir, se protege la libertad a comunicar libremente los pensamientos, ideas y ocurrencias. Ello incluye, necesariamente, el derecho a expresar libremente pensamientos *críticos*, aun cuando la crítica “sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige”, tal y como lo recoge la STC 174/2006, de 5 de junio⁶.

No obstante, como todo derecho fundamental, su ejercicio no es absoluto, ni ilimitado. De hecho, la libertad de expresión consagrada por la CE no significa, en ningún caso, que se ampare un derecho al insulto⁷. Así, el límite al ejercicio de esta libertad se plasma en el art. 20.4 CE que especifica que

³ Vid. STC 51/1989, de 22 de febrero. En concreto, el Fundamento Jurídico 3º.

⁴ El tenor literal del art. 20.1 CE dispone lo siguiente: “Se reconocen y protegen los derechos:

- a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
- b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
- c) A la libertad de cátedra.
- d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades”.

⁵ Vid. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José. “Acerca de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión”. *Revista de estudios políticos*, N.º 32, (1992). [en línea], <enlace>, 237-248.

⁶ Vid. STC 174/2006, de 5 de junio. En concreto, Fundamento Jurídico 4º.

⁷ Vid. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José. “Acerca de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión”. *Revista de estudios políticos*, N.º 32, (1992). [en línea], <enlace>, 246.

“estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia”⁸. Por ende, el derecho a la libertad de expresión no sólo es un derecho individual relacionado con la dignidad⁹ de la persona (art. 10 CE), sino que es un auténtico *derecho político* cuyo ejercicio pone al individuo en relación con el resto de la ciudadanía. Este es el aspecto clave en el que reside la trascendencia del art. 20.1 a) CE. De esta forma, lo ha expresado la STC 5/2021, de 25 de enero afirmando que el ejercicio de este derecho permite la construcción “de un espacio de libre comunicación social, de continuo abierto, y se propicia con ello la formación tanto de opinión pública como de ciudadanía activa, sin cuya vitalidad crítica no son posibles, o no lo son de plenitud, ni la democracia ni el pluralismo político”¹⁰.

Por su parte, el art. 20.1 d) CE consagra el derecho “a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”. En este sentido, puede afirmarse que el derecho del art. 20.1 d) CE tiene una doble vertiente¹¹. De un lado, una vertiente activa que trata el derecho a transmitir la información (*comunicar*) y, de otro lado, una vertiente pasiva que se refiere al derecho a recibir información. Pero no cualquier clase de información, el derecho a recibirla requiere y exige que dicha información sea *veraz*. En este sentido, mientras que el derecho del art. 20.1 a) protege exclusivamente una actividad: la libre comunicación del pensamiento. De contrario, el derecho del art. 20.1 d) protege varias actividades, a saber, “la preparación, elaboración, selección y difusión de la información o noticias”¹². En relación con el art. 20.1 d), es necesario subrayar que la titularidad de este derecho es de todas las personas y no sólo de los periodistas, aunque la comprensión que el TC ha desarrollado de este derecho ha sido, en su mayoría, a raíz de casos en los que quién ejerce este derecho es un profesional de la comunicación¹³.

⁸ Vid. STC 139/1996 de 16 de septiembre.

⁹ Vid. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2012.

¹⁰ Vid. STC 5/2021, de 25 de enero. En concreto, Fundamento Jurídico 4º.

¹¹ BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO y CÁMARA VILLAR, Gregorio (dirs.) et al. *Manual de Derecho Constitucional. Vol I, Constitución y fuentes de derecho*. Madrid: Tecnos, 2014, 515.

¹² SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. “Libertad de expresión y derecho a la información”. En ARAGÓN REYES, Manuel y AGUADO RENEDO, César. *Derechos fundamentales y su protección. Temas básicos de Derecho Constitucional*. Tomo III. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2011, 199.

¹³ Se ha tomado como referencia en este aspecto a VÁZQUEZ ALONSO, Victor. “Aspectos constitucionales del derecho de la comunicación”. En *Derecho de la comunicación*. GUICHOT, Emilio (coord) et al. Madrid: Iustel, 2022, 30.

Para comprender el marco teórico del art. 20.1 d) CE es necesario detenerse sobre el concepto singular y característico de este derecho: el concepto de información veraz. Como se decía al inicio de este artículo no existe la verdad absoluta. Sin embargo, si la CE protege el concepto de “información veraz”, ello no significa -como es bien conocido- que se proteja un ideal absoluto, pues esto no sería posible. La expresión “información veraz”, si bien es una expresión cercana a la verdad, no alude propiamente a la noción de verdad, sino a la de *veracidad*. La veracidad –y no la verdad– es el elemento “garante de la constitucionalidad de un derecho tan básico como es el de informar”¹⁴. La exigencia de que la información que se transmite sea veraz alude a la noción de que sea una información comprobada y contrastada. Es decir, según el TC, no se exige que el contenido de la información sea de “rigurosa y total exactitud”¹⁵. De hecho, el término veraz comprende una información que puede abarcar cierta imprecisión siempre y cuando la información “haya sido comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa”¹⁶. La veracidad constitucional se corresponde más, por tanto, con el concepto de verosimilitud que con el de verdad.

Claramente ello es debido a que, como destaca Torres del Moral “si se impusiera la verdad como condición del derecho a informar, la única garantía de seguridad jurídica sería el silencio”¹⁷. Esta distinción entre verdad y veracidad, la introdujo precisamente la STC 6/1988, de 21 de enero¹⁸ que fue una de las primeras Sentencias constitucionales que entendió que el término “información veraz” no equivale a la verdad en términos absolutos, sino que consiste en una *actuación diligente* por parte del informador. En otras palabras, el TC no exige una rigurosa corrección y exactitud de los hechos, pero sí que rechaza la difusión de simples rumores o mentiras que no hayan sido comprobados diligentemente¹⁹.

¹⁴ LÓPEZ DE LERMA, Jesús. “El derecho a recibir información veraz en el sistema constitucional”. *Revista de Estudios Deusto. Revista de Derecho Público*. Vol. N.º 66/2, (2018). [en línea], <enlace>. 435-460.

¹⁵ STC 52/2002, de 25 de febrero. En concreto, Fundamento Jurídico 5º.

¹⁶ STC 105/1990, de 6 de junio.

¹⁷ TORRES DEL MORAL, Antonio. *Libertades informativas*. Madrid: Colex, 2009, 164.

¹⁸ STC 6/1988, de 16 de marzo. En concreto, Fundamento Jurídico 5º.

¹⁹ En este sentido, lo expuso la STC 28/1996, de 26 de febrero que desestimó un recurso de amparo solicitado por un periodista por una supuesta vulneración del derecho a comunicar libremente en vistas de que no se cumplía con la excepción de veracidad. De esta forma, explica el TC que el “deber de diligencia del informador, cuyo cumplimiento permite afirmar la veracidad de lo informado, se sitúa en el amplio espacio que media entre la verificación estricta y exhaustiva de un hecho y la transmisión de suposiciones, simples rumores, meras invenciones” (vid. Fundamento Jurídico 3º).

Entonces, la veracidad no significa una verdad rigurosa, pero tampoco significa un derecho a difundir rumores. En este sentido, como apunta Marc Carrillo, no hay que olvidar que “el derecho a una información veraz deriva también del pluralismo y la concurrencia informativa”²⁰. Es decir, a mayor número de medios de comunicación, más posibilidades habrá de garantizar la veracidad de la información, ya que se reducirá el control concentrado de las fuentes de información. En este sentido, el art. 20.1 d) contribuye –junto con el art. 20.1 a– y las demás libertades del art. 20 CE) a configurar una auténtica opinión pública libre, cuestión que se tratará detalladamente en el apartado III.3.

Ahora bien, lo que no comprende el derecho a la información veraz, en ningún caso, es transmitir información que el periodista, o el informador, en suma, no haya contrastado previamente. En otras palabras, el comportamiento negligente o irresponsable de quien difunde la información no vendría a estar amparado por el derecho a comunicar información veraz²¹. Esta idea será retomada en el apartado III del artículo para comentar los matices que el TC introduce para determinar la exigencia del otro requisito que la información ha de cumplir para que sea considerada como un legítimo ejercicio del derecho contemplado en el artículo 20.1.d) de la CE, pese a no estar expresamente recogido en dicho precepto: que la información, además de veraz, sea *relevante*. O más precisamente, que exista –o no– un “interés público a la información”²².

En lo que ahora respecta se dirá que no sólo es necesario que la información sea contrastada para resultar protegida por el art. 20.1 d). Es más, tal y como explica Vázquez Alonso, ha de poseer “relevancia para la opinión pública”²³; para la formación de la libre opinión pública, como elemento clave de la democracia. En otras palabras, la veracidad y la relevancia son los presupuestos acumulativos para que opere la protección constitucional de la información. En esta misma línea lo ha razonado la STC 68/2008, de 23 de junio²⁴ en cuyo Fundamento Jurídico 3º, se profundiza sobre el concepto de

²⁰ Vid. CARRILLO, MARC. “Derecho a la información y veracidad informativa”, *Revisita Española de Derecho Constitucional*. N.º 23 (1988). [en línea], <enlace>, 187-206.

²¹ *Ibidem*.

²² Entre otras, destaca la STC 7/2014, de 27 de enero.

²³ VÁZQUEZ ALONSO, VICTOR. “Aspectos constitucionales del derecho de la comunicación”. En *Derecho de la comunicación*. GUICHOT, EMILIO (coord) et al. Madrid: Iustel, 2022, 31.

²⁴ La STC 68/2008, de 23 de junio, en sus Antecedentes, se refiere a un artículo periodístico que proporcionaba información sobre una red de tráfico ilegal de visados en el consulado español de Casablanca (Estados Unidos), si bien si es una información relevante no resulta amparada por el art. 20.1 d) en vistas de que no era veraz, ya que no se contrastó debidamente la información antes de su publicación. Por ende, el TC desestimó el

veracidad aclarando que esta no se refiere a una verdad rigurosa y objetiva, sino a una diligencia previa de constatación de la información. En consecuencia, lo que debe resultar probado para considerar cumplido este requisito de veracidad es “el grado de diligencia observado para su comprobación con anterioridad a la publicación de aquéllos [hechos]”²⁵.

En otro orden de cosas, hasta el auge de los medios de comunicación digitales se sostenía generalizadamente que existía un “sistema clásico de la libertad de expresión”²⁶. Este se representaba con un triángulo de forma que, en cada uno de sus vértices, se colocaría un elemento esencial para la comunicación²⁷. En el esquema clásico se encontrarían: (i) los medios de comunicación, (ii) los periodistas y demás profesionales de la comunicación y, (iii) la opinión pública. Así, el papel que jugaban los ciudadanos era, fundamentalmente, pasivo. Sin embargo, con el auge de las nuevas tecnologías y, en concreto, con la irrupción de las redes sociales, esto ha dejado de ser así, ya que, como apunta Vázquez Alonso, “el ciudadano participa activamente en la generación de contenidos de opinión”²⁸. Ello obliga a repensar el esquema tradicional de la comunicación en vistas de que, ahora los ciudadanos tienen la posibilidad de participar de forma activa en esta cuestión, principalmente, a través de las redes sociales. Y este cambio de rol obliga a que preguntarse –e intentar resolver en otro momento de este artículo– la cuestión si los límites jurídicos aplicables a la información difundida masivamente por cualquier ciudadano en las redes siguen o no siendo los mismos en este cambio de paradigma.

En un orden próximo de consideraciones, es de reseñar que la jurisprudencia constitucional ha delimitado un alcance de la libertad de expresión muy amplio. Así, ésta incluye la libertad artística, literaria y técnica, así como la libertad de cátedra y la libertad comunicativa. Ahora bien, ninguna de estas libertades es ilimitada, ni absoluta, sino que tienen ciertos límites, así como también requisitos para su ejercicio. En concreto, en el caso de la libertad comunicativa del art. 20.1 d) para su ejercicio se requiere, de forma acumulativa, la veracidad de la información y la relevancia de la misma, tal y como se ha visto. Asimismo, la irrupción del contexto tecnológico añade

recurso de amparo en vistas de que en aquella ocasión “no se observó antes de publicar la noticia la exigible diligencia para poder considerar que lo que se iba a publicar era cierto, faltando toda prueba que apuntara a otra conclusión”.

²⁵ *Ibidem*. Fundamento Jurídico 3º.

²⁶ VÁZQUEZ ALONSO, Víctor. “Aspectos constitucionales del derecho de la comunicación”. En *Derecho de la comunicación*. GUICHOT, Emilio (coord) et al. Madrid: Iustel, 2022, 32.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

nuevos problemas a los ya existentes en vistas de que, en la actualidad, la información no sólo se difunde de forma más rápida e inmediata y global, sino que –se insiste– agentes que hasta el momento tenían un rol pasivo en esta cuestión, han pasado a tener un rol activo mediante el uso de las redes sociales. Junto a ello, otro elemento peculiar de la difusión de información en estos medios, que tampoco estaba presente en el esquema predigital de la comunicación, es la interacción de los usuarios y receptores con el emisor, o a partir del él. Ello permite conformar y modular la información primigenia en un contexto colectivizado e interactivo que evoluciona con el tiempo. Todo ello, necesariamente lleva a reflexionar sobre los elementos y matices que aparecen a la hora de tomar decisiones sobre los potenciales conflictos entre las libertades comunicativas del art. 20 CE y los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen del art. 18 CE.

2. *Los difusos límites entre la libertad de expresión en sentido estricto y la libertad de información*

Más allá de la distinción teórica que pueda existir entre el art. 20.1 a) y 20.1 d), lo cierto es que cuando se descende a la variada casuística de la realidad no es sencillo apreciar con la misma facilidad que se observa sobre el papel escrito esta distinción, ya que no siempre es fácil distinguir entre una mera comunicación de hechos y la expresión de una opinión sobre algo fáctico. Precisamente, en los supuestos²⁹ en los que se plantean estas cuestiones, los límites entre una y otra libertad se encuentran borrosos y, el ejercicio de ambos derechos –expresión e información– aparecen de forma entrelazada y, en ocasiones, indisoluble el uno respecto del otro, cuando no son una misma cosa, dos dimensiones de una misma comunicación que es opinión –o valoración– y *factum* al mismo tiempo. Como apunta Habermas, en el caso concreto del periodismo esto sucede constantemente³⁰. Pese a ello, cabe realizar las siguientes diferencias en relación a (i) el objeto, (ii) la legitimidad en el ejercicio del derecho y, (iii) el ámbito de ejercicio de cada derecho.

En relación con el objeto de cada libertad, cabe destacar, de un lado, el derecho del art. 20.1 a) se relaciona con el pensamiento, es decir, juicios y opiniones mientras que, de otro lado, el derecho del art. 20.1 d) se relaciona con los hechos, tal y como lo recoge la STC 79/2014, de 28 de mayo³¹. Precisamente, en esta Sentencia se trata una posible vulneración al derecho al

²⁹ Sin ánimo de exhaustividad, vid. STC 65/2015, de fecha 13 de abril, STC 79/2014, de 28 de mayo y, STC 41/2011, de 11 de abril.

³⁰ Vid. HABERMAS, Jürgen. Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública. Barcelona: GG, 1981, 210.

³¹ STC 79/2014, de 28 de mayo.

honor de unos políticos como consecuencia del empleo de ciertas expresiones por parte de unos periodistas de la cadena radiofónica COPE. En concreto, las expresiones sugerían una supuesta relación entre estos políticos y la organización terrorista ETA debido a que se habían producido unas reuniones entre ambos. En este caso, las expresiones se realizaron tiempo después de que los hechos sobre los que versan se desarrollasen y, a juicio del TC, constituían un juicio de valor y no una mera descripción fáctica. Así, entiende el TC que “al tratarse de un juicio crítico o valoración personal de aquellos hechos y, al realizarse tal juicio más de un año y medio después de que se hubiesen producido [...] su enjuiciamiento deberá efectuarse con sometimiento al canon propio de la libertad de expresión, y no al canon de la veracidad exigida constitucionalmente al derecho a comunicar información”³².

Por ende, el TC negó el amparo y confirmó el criterio del TS. Todo ello hizo desde el art. 20.1 a) pues, entendió que, pese a que existía una base fáctica sobre la que se contextualizaban las expresiones de los periodistas, en esencia, estas constituían un juicio de valor. Por tanto, se enjuició la conducta desde el prisma del art. 20.1 a) CE y no desde el art. 20.1 d). En cuanto a la legitimidad en el ejercicio del derecho, debe subrayarse que a la libertad de expresión no le es aplicable la exigencia de veracidad que se le exige a la libertad de información. Esto significa que la libertad de información “es susceptible de comprobación”³³, mientras que la libertad de expresión comprende juicios de valor que no tienen por qué ser veraces pues, pueden estar injustificados o carecer de lógica alguna. Así, el bien jurídico que se protege con una y otra libertad es distinto. De un lado, la libertad de información del art. 20.1 d) protege la información *noticiable*³⁴—en el sentido de que ha de ser veraz y gozar de relevancia pública— y, de otro lado, la libertad de expresión del art. 20.1 a) protege la libertad de las personas para exteriorizar sus opiniones. En consecuencia, será un legítimo ejercicio de la libertad de expresión del art. 20.1 a) aquellos juicios críticos y personales que haga una persona, pero no constituirá un legítimo ejercicio del art. 20.1 d). Ello se debe a que el art. 20.1 d) solo protege, como ya se expuso en el apartado II.1, la información veraz y con relevancia pública. Por último, en relación con el ámbito de ejercicio de cada libertad, puede entenderse que la libertad de expresión tiene un ámbito más amplio que la libertad de información, ya que, precisamente, carece de estos requisitos de veracidad y relevancia que se imponen en la libertad del art. 20.1 d).

³² *Ibidem*. Fundamento Jurídico 7º.

³³ VÁZQUEZ ALONSO, Víctor. “Aspectos constitucionales del derecho de la comunicación”. En *Derecho de la comunicación*. GUICHOT, EMILIO (coord) et al. Madrid: Iustel, 2022, 36.

³⁴ En este sentido lo recoge la STC 27/2020, de 24 de febrero.

3. La libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos

El art. 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, CEDH) consagra el derecho a la libertad de expresión de la siguiente forma: “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras”. En reiterada y prolija jurisprudencia³⁵, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha confirmado que este derecho abarca las expresiones como las informaciones, tanto favorables como desfavorables, pero no insultantes. En palabras del TEDH, ello es consecuencia del “espíritu del pluralismo, la tolerancia y la apertura, sin los cuales no puede existir una ‘sociedad democrática’”³⁶.

En este sentido, puede afirmarse que el art. 10 del CEDH conlleva un estándar de protección muy elevado. Ahora bien, ello no significa lógicamente que el TEDH entienda que el art. 10 del CEDH tenga una protección absoluta³⁷. La protección del art. 10 del CEDH cede en los casos en los que es necesario proteger otros derechos, como los derechos del art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar)³⁸. En el contexto digital, la jurisprudencia del TEDH ha permitido aclarar muchos de los problemas que han surgido a raíz de los conflictos entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor e intimidad pues, el TEDH ha reconocido que las expresiones emitidas a través de Internet y las redes sociales tienen un impacto mayor (el llamado “efecto amplificador”) que las que se difunden por televisión, prensa o radio³⁹. Claramente, ello se debe a la inmediatez y gran capacidad difusiva con la que se transmiten los mensajes, así como a su vocación de perpetuidad en la red.

³⁵ Son bien conocidos los *leading cases* que representan la STEDH de 7 de diciembre de 1976, asunto *Handyside c. Reino Unido*; y la STEDH de 26 de noviembre de 1991, asunto *Observer y Guardian c. Reino Unido*.

³⁶ Vid. ¶49 de la STEDH de 7 de diciembre de 1976, asunto *Handyside c. Reino Unido*. En concreto, se expresa “le pluralisme, la tolérance et l’esprit d’ouverture sans lesquels il n’est pas de ‘société démocratique’”.

³⁷ Sin ánimo de exhaustividad: la STEDH de 10 de diciembre de 2007, asunto *Stoll c. Suiza*; la STEDH de 26 de abril de 2015, asunto *Morice c. Francia* y; la STEDH de 20 de octubre de 2015, asunto *Pentikäinen c. Finlandia*.

³⁸ Para el TEDH este derecho al respeto de la vida privada comprende el honor y la reputación de una persona pues engloba su integridad física y moral, tal y como lo expresó en el ¶83 de la STEDH de 7 de febrero de 2012, asunto *Axel Springer c. Francia*.

³⁹ Vid. STEDH de 22 de abril de 2013, asunto *Animal defenders International c. Reino Unido*. En la misma línea, la STEDH de 8 de noviembre de 2016 (caso *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*) y la STEDH de 20 de octubre de 2015 (caso *Pentikäinen c. Finlandia*).

Consecuentemente, el TEDH ha establecido que el control judicial sobre este tipo de conflictos, cuando surjan a través de Internet –y en particular a través de las redes sociales– tendrá unas reglas específicas. Estas reglas específicas se sumarán a las reglas habituales que rigen en la ponderación de derechos en los conflictos de este tipo pues, “las comunicaciones en línea y su contenido son mucho más susceptibles que la prensa de atentar contra el ejercicio y el disfrute de los derechos y libertades fundamentales, en particular el derecho a la intimidad”⁴⁰. En definitiva, ello significa que las particulares de Internet deben tenerse en cuenta a la hora de resolver conflictos entre los arts. 10 y 8 del CEDH. Sin embargo, ello no significa que se deje de atender a las consideraciones aplicables a las expresiones que no se difundían a través de Internet, sino que habrá un canon específico adicional a la hora de evaluar los conflictos entre estos derechos y, así lo estudiaremos en el apartado III de este artículo.

4. *La regulación europea de los actos que se llevan a cabo en las redes sociales: Digital Service Act*

Recientemente, en octubre de 2022, la UE ha aprobado una nueva regulación que manifiesta, en el marco de la regulación de los servicios digitales, la preocupación que se tiene hacia los discursos que se difunden en la red. Se trata del Reglamento (UE) 2022/2065 *Digital Service Act*⁴¹ que afecta no sólo a las redes sociales, sino también a las plataformas de intercambio de contenidos, tiendas de aplicaciones, plataformas de viajes y de alojamientos en línea, etc. Además, esta regulación viene acompañada del Reglamento (UE) 2022/1925 sobre los mercados digitales (*Digital Markets Act*). Ambas normas pretenden crear un entorno digital más seguro y, en concreto, un entorno de competitividad equitativo en el espacio del mercado común⁴², que será completado con el Reglamento sobre Inteligencia Artificial (*Artificial*

⁴⁰ Vid. STEDH de 5 de agosto de 2011, asunto *Comité de rédaction de Pravoye Delo et Shtekel c. Ucrania*. En concreto, en el ¶63 se expresa: “les communications en ligne et leur contenu risquent bien plus que la presse de porter atteinte à l’exercice et à la jouissance des droits et libertés fondamentaux, en particulier du droit au respect de la vie privée. Aussi, la reproduction de matériaux tirés de la presse écrite et celle de matériaux tirés de l’Internet peuvent être soumises à un régime différent”. En la misma línea, STEDH de 8 de noviembre de 2016 (caso *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*) y la STEDH de 20 de octubre de 2015 (caso *Pentikäinen c. Finlandia*).

⁴¹ Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (*Digital Service Act*).

⁴² Vid. EUROPEAN COMMISSION. 2022. “*The digital Services Act package*”. Acceso el 12 de julio de 2023 <enlace>.

Intelligence Act) próximo a aprobarse. En este sentido, si bien las plataformas de redes sociales no son responsables objetivamente por las expresiones que a través de ellas se emitan, sí que se aumentan las exigencias que a las empresas responsables de las redes sociales se les imponen para reaccionar de forma preventiva y represiva frente a la desinformación.

A tal fin, la entidad a través de la que se emite el mensaje ha de tener *filtros preventivos* que impidan publicar cierto tipo de imágenes o información; así como *filtros reactivos*, esto es, cauces de denuncia de contenido para que pueda ser retirado. Esto es relevante de cara a aminorar los potenciales efectos lesivos de las expresiones o informaciones que se publican, previo a su conocimiento por los tribunales. Asimismo, se prevé la responsabilidad económica de estas plataformas, no ya por los mensajes que sus usuarios puedan publicar —pues, como se verá en el apartado III tal responsabilidad únicamente es exigible al usuario concreto—, sino por la ausencia de actuación frente a los riesgos sistémicos que se producen en estas plataformas, a saber, discursos de odio terrorista o desinformación a través de noticias falsas (*fake news*). Este último es un concepto amplio que no solo comprende la información escrita, sino las representaciones gráficas y videográficas.

III. LAS ESPECIFICIDADES DE LOS CONFLICTOS QUE SURGEN COMO CONSECUENCIA DEL EJERCICIO DE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN EN EL ÁMBITO DIGITAL

Desde hace tiempo, el TC venía mostrando su preocupación por el ejercicio de la libertad de expresión a través de las redes sociales. De hecho, el TC ha afirmado que el uso de las redes sociales conlleva “una mayor potencialidad lesiva para los derechos fundamentales”⁴³. Esta preocupación la comparte también el TEDH que hace tiempo tomó conciencia de que “la posibilidad de que los individuos se expresen a través de Internet constituye una herramienta sin precedentes para el ejercicio de la libertad de expresión”⁴⁴. Precisamente por ello, es necesario prestar especial atención a los matices concretos que deben observarse al ponderar los conflictos entre derechos fundamentales en el contexto digital. Tales matices han sido recogidos en la muy relevante STC 8/2022, de 27 de enero, pero ya aparecían en pronunciamientos anteriores, tanto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en lo sucesivo, TS), como del TC. Sin embargo, no en todas las ocasiones el TC sigue la doctrina del TEDH en relación con la aplicación de la protección de estos derechos cuando el conflicto se plantea con ocasión del uso de las redes sociales o plataformas digitales. Pese a ello, en la mayoría de sus Sentencias,

⁴³ Vid. STC 93/2021, de 10 de mayo.

⁴⁴ Vid. STEDH de 16 de junio de 2015, asunto *Delfi AS c. Estonia*.

el TC sí ha tenido ocasión de recoger los elementos que deben valorarse a la hora de examinar un potencial daño a los derechos del art. 18 CE a través del uso de las redes sociales, fundamentalmente, apoyándose en las decisiones del TEDH.

En concreto, el método argumentativo que utiliza el TC es la ponderación de derechos. Como entiende Robert Alexy, este método responde a un modelo de fundamentación de las decisiones judiciales que garantiza la racionalidad de la decisión⁴⁵. En palabras del autor, de acuerdo con el método de la ponderación, “la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro”⁴⁶. Es decir, el método de la ponderación supone que, en el caso concreto, habrá que establecer “una relación de preferencia condicionada” de carácter correlativo⁴⁷. Entonces, se produce una preferencia a favor de la prevalencia de un derecho sobre otro en vistas de la importancia de satisfacción de uno sobre otro tomadas las circunstancias del caso concreto y, argumentando la decisión jurídicamente. El ejercicio de ponderación se realiza en dos momentos. Según el Prof. Wasserstrom⁴⁸ estos momentos responden al proceso de descubrimiento (*process of discovery*) y al proceso de justificación (*process of justification*). En un primer momento, se analiza la realidad fáctica del caso concreto conforme a distintos elementos y, posteriormente, habida cuenta de lo anterior, se vería si la restricción de un derecho en favor del otro sería proporcionada en el caso concreto (a ese último paso lo llama: ponderación en sentido estricto⁴⁹).

En el caso de los conflictos entre las libertades del art. 20 CE y los derechos del art. 18 CE, los elementos que aprecia el TC vendrían a ser: (i) la autoría del mensaje en Internet, (ii) los destinatarios del mensaje publicado, (iii) la influencia sobre la configuración de la opinión pública y el contenido del mensaje, (iv) el rol del usuario y la aplicación de la protección de la libertad aplicable y, (v) el potencial efecto de desaliento, tal y como lo recoge la STC 8/2022, de 27 de enero⁵⁰ que acoge ciertos pronunciamientos anteriores

⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993, 158.

⁴⁶ *Ibidem*, 161.

⁴⁷ *Ibidem*, 168.

⁴⁸ WASSERSTROM, Richard. *The Judicial Decision*. Stanford: Stanford University, 1961.

⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993, 156.

⁵⁰ Vid. STC 8/2022, de fecha 27 de enero. Esta Sentencia desestima el recurso de amparo promovido por un periodista, que había sido condenado por el TS por vulneración del derecho al honor de otro periodista. Concretamente, tras un debate radiofónico entre ambos sobre cuestiones de actualidad política en la emisora ONDA CERO, el primero

del TC y, sobre todo, la doctrina del TEDH a este respecto⁵¹. La tesis del TC es que la aplicación de su consolidada doctrina entorno al art. 20 CE es perfectamente válida para el contexto de Internet, pero matiza que es necesario tomar en consideración ciertos elementos específicos cuando el conflicto se produce con ocasión del uso de las redes sociales y, en general, las plataformas y demás medios digitales. Por consiguiente, seguidamente se analizarán estos elementos para mostrar cómo la jurisprudencia los utiliza al realizar el juicio de ponderación cuando aparecen conflictos entre el art. 20 y 18 CE con ocasión del uso de las redes sociales. De esta forma, se pretende extraer las pautas generales que rigen en la fundamentación de las decisiones de este tipo⁵².

1. *La autoría del mensaje en Internet*

Para comenzar, debe destacarse que la autoría del mensaje publicado en Internet a través de una red social u otra plataforma no puede asociarse con la entidad a través de la que se publica el mensaje. Los mensajes que se publican a través de una red social, por ejemplo, Twitter o Youtube, no pueden asociarse la autoría del mensaje con dicha entidad, sino con el concreto usuario emisor. Junto a ello surge la siguiente problemática singular: el potencial daño al honor o a la intimidad no tiene por qué aparecer como consecuencia de un mensaje publicado, sino como resultado de un comentario al mensaje publicado en una red social por efecto de la interacción a la que antes se ha

publicó en su cuenta personal de Twitter que había sido agredido por el segundo “física y verbalmente” en el mencionado programa de radio y, posteriormente, desarrolló esta cuestión en entrevistas en periódicos en las que identificó como “maltratador” al periodista en cuestión. Si bien la primera cuestión fue evaluada a la luz de la doctrina aplicable a la libertad de información, la segunda fue estudiada bajo el prisma de la libertad de expresión en vistas de que la primera constituía “una narración de hechos”. Por ende, la conducta sujeta a la exigencia de veracidad y relevancia pública y, la segunda, supone una opinión subjetiva. En la Sentencia, el TC recuerda su doctrina sobre la libertad de expresión e información en su colisión con el derecho al honor, pero presta especial atención a los elementos que deben analizarse cuando estos derechos entran en colisión en el contexto de las redes sociales.

⁵¹ Destacadamente, STEDH de fecha 7 de febrero de 2012, asunto *Axel Springer AG c. Alemania*; la STEDH de fecha 13 de julio de 2012, asunto *Mouvement Raëlien Suisse c. Suiza* y; STEDH de fecha 25 de febrero de 2010, asunto *Renaud c. Francia*.

⁵² La ponderación de derechos, pese a ser un ejercicio que ha de hacerse de forma particular en cada decisión judicial, no impide la formulación de reglas. Como lo entiende Robert Alexy, “la ponderación en el caso particular y la universalidad no son irreconciliables. Están vinculadas en el aquí sostenido modelo de ponderación”. Vid. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993, 167.

hecho referencia. Es decir, cuando un usuario publica originariamente un contenido, una vez publicado dicho mensaje escapa de su control y, aparecen un potencial de *autores indirectos* o secundarios que pueden compartir también el mensaje, parafrasearlo o incluso comentarlo públicamente en sus propios tabloneros.

Ello significa que el potencial dañoso aumenta con ocasión del uso de las redes sociales pues, en ocasiones, el conflicto no surge ya de un mensaje publicado en un *post*, sino por un comentario añadido a ese *post* por un tercero. Máxime cuando dicho comentario se coloca al mismo nivel que el mensaje originario si adquiere popularidad, ya que, en determinadas redes, los comentarios a una publicación no siempre aparecen por orden cronológico, sino por orden de popularidad (según visualizaciones, reenvíos, etc.). En este punto, podría parecer que el potencial responsable sería únicamente el tercero, que es el autor real del mensaje, eventualmente, lesivo del derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen. Sin embargo, tal y como el TC y el TEDH entienden, esto no es siempre así. Concretamente, serán factores para tener en cuenta a la hora de evaluar el protagonismo del usuario o persona de influencia en cuestión, según la STC 8/2022, de 27 de enero⁵³, los siguientes, (i) si el usuario es un personaje público, (ii) si el usuario es un profesional de la comunicación o no, (iii) si el usuario actúa desde un perfil institucional o personal y, (iv) si el perfil es anónimo.

En idéntico sentido se pronunció un año antes, el voto particular la Magistrada Balaguer Callejón en la STC 93/2021, de fecha 10 de mayo⁵⁴. En este voto discrepante la Magistrada resalta que, en esta ocasión, la activista que colgó un *post* ofensivo *post* apenas tenía seguidores considerables a la hora de hacer la publicación y que, además, lo hacía desde un perfil público, que permitía fácilmente identificarla en la red. Es decir, la autora no se escondía a través de una cuenta anónima. En lo que ahora interesa, como se ha visto, es relevante contextualizar el perfil a través del cual se emite el mensaje para amparar o no el mismo bajo la cobertura protectora del art. 20 CE. Ello es así,

⁵³ Así lo ha expuesto en la STC 8/2022, de 27 de enero. Fundamento Jurídico 3º.

⁵⁴ Vid. STC 93/2021, de 10 de mayo. En esta Sentencia, el TC desestimó el recurso de amparo por una particular que alegaba la vulneración de su derecho a la libertad de expresión como consecuencia de su condena por la STS 201/2019, de fecha 3 de abril. La recurrente en amparo, que es activista del movimiento animalista, publicó en su cuenta de Facebook el alivio que sentía por la muerte de un torero en el curso de la lidia de un toro calificándolo de “asesino”. El TC, entendió que en este caso se había vulnerado el derecho al honor y a la memoria del fallecido torero como resultado de los mensajes publicados por la recurrente. Sin embargo, en el voto particular, se expresa una posición discrepante como consecuencia de la apreciación de ciertas especificidades que deben considerarse a la hora de evaluar los conflictos entre las libertades de expresión e información y el resto de los derechos fundamentales el concreto contexto de las redes sociales.

debido a que cuando se realiza una ponderación entre derechos fundamentales en conflicto y, uno de esos derechos es el consagrado por el art. 20 CE “los límites a los que está sometido el derecho a la libertad de expresión deben ser siempre ponderados con exquisito rigor, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión, cuando esta libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales”⁵⁵. Así, no será lo mismo que el autor escriba desde una cuenta institucional o profesional a que lo haga desde una cuenta personal, ni que lo haga desde una cuenta pública o anónima.

Precisamente, tal y como señala el ATC 19/1993, de fecha 21 de enero, a la hora de ponderar los derechos fundamentales en conflicto con la libertad de expresión es importante tener en cuenta el carácter privado o público de la persona del autor que emite el mensaje y la del destinatario del mismo, en su caso –como luego se verá–; ya que “no puede equipararse la posición de los ciudadanos y la de las instituciones públicas, en el disfrute de la libertad de expresión: pues, mientras aquellos gozan de libertad para criticarlas, las instituciones encuentran su actuación vinculada a los fines que les asigna el ordenamiento jurídico, entre los que no se encuentra ciertamente el de atribuir calificativos a sus administrados”⁵⁶. Es decir, en cada caso concreto, cada una de estas posiciones y su diferente implicación en el potencial efecto lesivo para el derecho al honor, la intimidad o la propia imagen han de ser evaluadas mediante el correspondiente juicio de ponderación, que ya se ha explicado.

En cuanto a la ponderación en los conflictos entre la protección del art. 20 CE y el art. 18 CE en el contexto de las redes sociales, el TC ya ha tenido ocasión de pronunciarse en otras resoluciones. Ejemplo de ello es la STC 35/2020, de fecha 25 de febrero⁵⁷, en la que precisamente se trata, entre otros elementos, *la autoría* del mensaje en Twitter y cómo este elemento influye en el juicio de ponderación de derechos⁵⁸. En este caso, el TC profundizó sobre la cuestión de la ponderación de derechos no se había realizado debidamente la ponderación de derechos. No obstante, la Sentencia tiene un voto particular discrepante del Magistrado Montoya Melgar, que pone de manifiesto que, a su parecer, sí que se había realizado una adecuada ponderación y que se

⁵⁵ Vid. STC 35/2020, de fecha 25 de febrero.

⁵⁶ Vid. ATC 12/1993, de fecha 21 de enero. Concretamente, el Fundamento Jurídico 2º.

⁵⁷ Vid. STC 35/2020, de fecha 25 de febrero.

⁵⁸ En esta Sentencia estimó un recurso de amparo presentado por un compositor y cantante español conocido por su nombre artístico como “César Strawberry” debido a su condena por la STS 31/2017, de fecha 18 de enero por delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas como consecuencia de su publicación de reiterados tuits en su cuenta pública de Twitter.

había tenido en cuenta las especificidades que se presentaban como consecuencia del contexto de las redes sociales a través del cual se emitía el mensaje. Así, el Magistrado destacó que, para la ponderación de derechos en conflicto, el TS sí había atendido a los siguientes elementos: (i) la autoría, (ii) los destinatarios, (iii) la influencia del mensaje en la configuración de la opinión pública y (iv) el contenido del mensaje, que son los elementos que se analizan en este artículo. En concreto, sobre la autoría, se expresó que “no es ajena a la sentencia impugnada la condición de quien emite el mensaje”⁵⁹, lo cual significa que la condición de personaje público que tenía aquel emisor era relevante a la hora de ponderar la prevalencia o no de su derecho a la libertad de expresión en contra del derecho al honor de las personas que se sintieron dañadas por sus tuits. Sin embargo, a juicio del TC, no se había ponderado suficientemente por el TS la condición de personaje público del autor y, por ende, el TC relaciona esta idea con la influencia que ello puede tener con la configuración de la opinión pública, tal y como se verá en el III.3.1.

En definitiva, la importancia de prestar atención a la autoría del sujeto que emite el mensaje reside en que de esta forma será posible colocar el mensaje en un contexto determinado. De esta forma, a la hora de realizar la ponderación entre los derechos en conflicto, se podrá tener en cuenta las circunstancias que dieron lugar a la emisión del mensaje, así como el carácter institucional o no del emisor del mensaje y el carácter público o anónimo de la cuenta a través de la cual se transmite el mensaje. En definitiva, el elemento de la *autoría* permite colocar el mensaje dentro de un contexto determinado y no ponderarlo aisladamente.

2. Los destinatarios del mensaje publicado

A continuación, se estudiará cómo los destinatarios del mensaje que se publica en una red social o medio digital constituyen un elemento considerable a la hora de realizar la ponderación de derechos en los conflictos entre las libertades de expresión e información y los derechos del art. 18 CE. Para comenzar, la STC 8/2022, de 27 de enero entiende que “los destinatarios del mensaje, tanto los potenciales como los que finalmente han resultado receptores del mismo, también conforman un elemento para tener en cuenta en el juicio relativo al ejercicio de las libertades comunicativas o, al menos, en el examen relativo a la proporcionalidad de las medidas concretas restrictivas de este tipo de libertades”⁶⁰. Efectivamente, la supuesta afectación al derecho al honor se materializa desde el mismo momento en que el mensaje se publica y no cada

⁵⁹ STC 35/2020, de fecha 25 de febrero. Específicamente, el voto particular del Magistrado Montoya Melgar.

⁶⁰ Vid. STC 8/2022, de 27 de enero. Específicamente, Fundamento Jurídico 3º.

vez que un usuario tiene acceso al mensaje. Sin embargo, es importante tener en cuenta, a la hora de ponderar los derechos en conflicto, que el mensaje haya sido únicamente leído por una o dos personas a que lo haya sido por millones de ellas pues, como advierte Balaguer Callejón en el voto particular de esta Sentencia y, al que antes se hizo referencia, “la imagen pública del titular del derecho al honor, y la percepción de esa imagen por terceras personas, no ha quedado afectada con la misma intensidad en uno y otro caso”⁶¹.

Claramente, ello se debe a que el fenómeno real ante estas situaciones y conflictos es un cambio en el modo de socialización de las personas pues, no es que antes, en la era predigital no se realizasen tan frecuentemente este tipo de comentarios, sino que se hacían de forma privada en un grupo o reunión concreta, mientras que ahora sucede que las personas realizan este tipo de comentarios en las redes sociales, de forma pública. En este sentido, Boix Palop ha advertido con agudeza que “se está generalizando la persecución en vía penal a usuarios que, con pocos seguidores o amigos y realizando por ello conversaciones que en otros tiempos equivaldrían a una charla con su entorno más cercano, realizan comentarios ofensivos”⁶². Ahora bien, debe reconocerse que esta es una cuestión compleja, ya que no es posible determinar con exactitud cuántas personas han leído o no un mensaje. Precisamente por esta razón, el TEDH advierte que no se trata de quién sí y quién no lo ha leído, sino que es una cuestión del “grado de difusión”⁶³ que tenga el medio en el que se publica el mensaje. Así, por ejemplo, no será lo mismo que un mensaje se haya publicado en un periódico local a que se haya publicado en uno de tirada nacional pues, el alcance y difusión, en uno y otro caso, no será el mismo y, consecuentemente, el potencial efecto lesivo al derecho al honor, la intimidad o la propia imagen, tampoco⁶⁴.

A este respecto, en el caso de las redes sociales y, en general, del entorno digital la cuestión es más difícil, ya que es perfectamente posible consultar

⁶¹ Vid. STC 93/2021, de 15 de junio. Voto particular de la Magistrada Balaguer Callejón.

⁶² BOIX PALOP, Andrés. “Internet. Las particularidades de la regulación de la comunicación a través de la red”. *Derecho de la comunicación*. GUICHOT, EMILIO (coord) et al. Madrid: Iustel, 2022, 234.

⁶³ Vid. STEDH de 7 de febrero de 2012, asunto *Axel Springer AG c. Alemania*. En concreto, ¶94.

⁶⁴ Destacadamente, en la STEDH de 19 de septiembre de 2006 (asunto *White c. Suecia*) se tuvo especialmente en cuenta que los periódicos a través de los cuales se había publicado las noticias que comentaban los supuestos delitos penales cometidos por el recurrente eran los dos periódicos nacionales y, además, de considerada popularidad. Ahora bien, el TEDH entendió que no se había vulnerado su derecho al honor en vistas de que el contenido de la información publicada era de interés público, tal y como se profundizará seguidamente.

periódicos digitales de otros países y ciudades, así como seguir cuentas y perfiles de distintas partes del mundo. Precisamente, lo que han permitido estos medios es *ampliar los grados de difusión* del contenido. Por una parte, es cierto que en la era digital la amplitud de difusión de los contenidos es inigualablemente elevada y prácticamente incontrolable, ya que el uso de las nuevas tecnologías de la comunicación “intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones”, tal y como lo ha reconocido el TS⁶⁵. De hecho, en las redes sociales esto se ve acentuado debido a la posibilidad de compartir en el perfil público de uno, los *posts* de otro perfil. En palabras del Magistrado Montoya Melgar ello significa que el usuario que emite un mensaje “carece de control sobre su zigzagueante difusión, pues desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario este puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión”⁶⁶.

Por otra parte, en las redes sociales también es posible reducir el número de usuarios que pueden ver ciertas publicaciones. En estos casos, cuando el mensaje objeto del conflicto de derechos hubiese sido publicado mediante estos *filtros de configuración que reducen la amplitud de difusión del mensaje* (v.g. se expresa una opinión a un grupo reducido de personas cercanas al usuario) ello podría ser un elemento tenido en cuenta a la hora de realizar el juicio de ponderación y la intensidad de la restricción del derecho a la libertad de expresión. En definitiva, el elemento de los destinatarios del mensaje no puede olvidarse a la hora de decidir sobre un conflicto entre las libertades del art. 20 CE y los derechos protegidos en el art. 18 CE, ya que este elemento permite evaluar cuál ha sido la intensidad con la que se hayan podido ver afectados los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen mediante una de las libertades comunicativas del art. 20 CE.

3. *La influencia del mensaje en la configuración de la opinión pública y contenido del mensaje*

En este apartado, se tratará el elemento del mensaje como un elemento esencial a la hora de enjuiciar la colisión de la libertad de expresión con otros derechos fundamentales. Para ello, en primer lugar, se analizará cómo valora la jurisprudencia constitucional la influencia de un mensaje que se emite a través de las redes sociales en la configuración de la opinión pública y estudiaremos cómo la protección del art. 20 CE varía en función del contenido del mensaje que se emite a través de la red social⁶⁷. En segundo lugar, se verá

⁶⁵ Vid. STS 31/2017, de fecha 18 de enero.

⁶⁶ Vid. STC 35/2020, de 25 de febrero. Voto particular del Magistrado Montoya Melgar.

⁶⁷ A este respecto, es preciso señalar que en la jurisprudencia constitucional estos elementos (opinión pública y contenido del mensaje) se enjuician de forma separada, pero

qué influencia tiene eso en la delimitación de las esferas de lo público y lo privado en las redes sociales y, por último, se expone una breve referencia a los mensajes cuyo contenido incita a la violencia y al odio (*hate speech*).

3.1. Interés público de la información y mayor protección de los mensajes de contenido político

Para comenzar, debe tenerse en cuenta que en la era predigital el ejercicio de las libertades comunicativas del art. 20 CE ya contaba con una elevada capacidad para influir en la opinión pública. Es decir, la irrupción del contexto digital no ha introducido por primera vez esta idea. Únicamente, el contexto tecnológico y, en concreto, las redes sociales han facilitado que los contenidos se transmitan de forma más rápida, inmediata y mucho menos controlable. Consecuentemente, “ello supone una capacidad para influir en la opinión pública exponencialmente superior a la de los medios de comunicación tradicionales”⁶⁸. Esta es la llamada dimensión objetiva del derecho a la libertad de expresión que se refiere a que, a través del ejercicio de este derecho, “se construye un espacio libre de comunicación social, de continuo abierto, y se propicia con ello la formación tanto de opinión pública como de una ciudadanía activa”, tal y como lo expresa la STC 5/2021, de 23 de febrero⁶⁹, que llevado al nuevo contexto digital sería una suerte de recreación amplificada del “*marketplace of ideas*” acuñado por el Tribunal Supremo de los EEUU bajo la inspiración ideológica de Stuart Mill.

Gracias a esta dimensión objetiva del derecho a la libertad de expresión se propicia el desarrollo de un espíritu crítico y una opinión pública que es esencial para el desarrollo de la democracia y del pluralismo político (art. 1.1 CE). Así lo resaltaba la STC 23/2010, de 27 de abril expresando que “el reconocimiento de la libertad de expresión garantiza el desarrollo de una comunicación pública libre que permita la libre circulación de ideas y juicios de valor inherente al principio de legitimidad democrática”⁷⁰. En consecuencia, aquella imagen no contribuía a la formación de una opinión pública libre y

en el presente Trabajo se ha decidido tratarlos conjuntamente para facilitar la labor expostiva, en vistas de su íntima conexión.

⁶⁸ Vid. STC de 27 de enero.

⁶⁹ Vid. STC 5/2021, de 25 de enero. Específicamente, el Fundamento Jurídico 4º.

⁷⁰ STC 23/2010, de 27 de abril desestimó el amparo del derecho a la libertad de expresión solicitado como consecuencia de la condena del recurrente por publicar una imagen, modificada tecnológicamente, con ánimo satírico. Sin embargo, el TC confirmó la STS165/2006, de 7 de marzo y rechazó que hubiese vulneración del derecho a la libertad de expresión ya que no se apreciaba ningún interés público en la publicación de aquella imagen, sino que se trataba únicamente de una burla a la apariencia física de la persona en cuestión. En la misma línea, vid. Fundamento Jurídico 3º de la STC 6/1981, de 16 de

debía desestimarse el amparo solicitado y la conducta no quedaba amparada por el derecho a la libertad de expresión⁷¹.

Lo anterior no significa que la libertad de expresión no ampare el derecho a realizar, más allá de la mera crítica, burlas o sátiras—incluso zafias o de mal gusto—, sino que estas únicamente constituirán un legítimo ejercicio del art. 20 CE cuando contribuyan a la formación de una opinión pública libre. Es decir, la burla y la ironía están protegidas cuando se realizan para criticar la realidad social o política. Pero, en ningún caso, están protegidas cuando están desvinculadas de estos objetivos y únicamente pretenden menospreciar o insultar a una persona afectando a su derecho al honor, tal y como lo expresó la STC 5/2021, de 25 de enero⁷². No cabe duda que el contexto digital potencia y diversifica esta satirización del mensaje, que se extiende a nuevos formatos que a veces resulta difícil de deslindar de la realidad. Claramente, las herramientas digitales favorecen los montajes de fotografías, la modulación de voz o incluso la creación de “cuentas paralelas” destinadas, precisamente, a la crítica social y política del momento. Y es bien sabido que la introducción de herramientas de inteligencia artificial potencia las posibilidades y la verosimilitud de este tipo de plataformas o contenidos de “desinformación” y entronización de falsedades (*fake*). Todo ello, tendrá o no amparo constitucional en la medida en que propicien un debate público o no extralimiten núcleo de protección de los derechos del art. 18 de la CE⁷³.

Ahora bien, ¿cómo identificar cuándo una expresión contribuye al debate público de interés general y cuándo es una intromisión ilegítima del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen? Pues bien, según el TEDH⁷⁴ las cuestiones que afectan al interés general son cuestiones políticas, sociales, deportivas, artísticas, etc. Y, por tanto, ello coloca a políticos, activistas, deportistas o

marzo; Fundamento Jurídico 3º de la STC 20/1992, de 14 de febrero y; Fundamento Jurídico 4º de la STC 9/2007, de 15 de enero.

⁷¹ Vid. STC 23/2010, de 27 de abril.

⁷² Vid. STC 5/2021, de 25 de enero. En concreto, el Fundamento Jurídico 5º. Si bien en este caso la fotografía no se había publicado a través de redes sociales, el caso es ilustrativo para los objetivos del presente artículo en la medida en que, con mayor frecuencia, las redes sociales son el escenario a través del cual se realizan críticas y sátiras sobre personajes públicos. Tomando cuenta de ello, la STS 165/2006, de 7 de marzo amplió el concepto de caricatura, entendiéndolo que las caricaturas no eran únicamente los dibujos—como se había considerado hasta el momento— sino, también, “las composiciones o montajes fotográficos”.

⁷³ Es decir, en los asuntos que conciernen a un interés general y tienen contenido político se permite que haya un mayor margen para la crítica, la burla, la exageración y la falta de moderación, tal y como se puso de manifiesto en la STEDH de 16 de julio de 2009 (caso *Willem c. Francia*).

⁷⁴ Vid. STEDH de fecha 7 de febrero de 2012, asunto *Axel Springer AG c. Alemania*. En concreto, ¶190.

artistas como personajes públicos siempre que tengan “relevancia pública” en razón de la mayor exposición de su concreta actividad y de su propio comportamiento ante los medios, como –según se verá– tiene declarado la jurisprudencia al definir el concepto de relevancia pública y de personaje público. En razón de ello, no cualquier cuestión relacionada con estas personas será considerada de interés público. Así, la STEDH de fecha 7 de febrero de 2012 (asunto *Axel Springer AG c. Alemania*) recuerda que las cuestiones financieras de un cantante célebre no suponen una cuestión de relevancia para la configuración de la opinión pública, ni tampoco los asuntos matrimoniales de un político, sino que, ambos supuestos, suponen una intromisión ilegítima en la vida privada de la persona en cuestión. En este sentido, el TC se apoya constantemente en la jurisprudencia del TEDH cuando explica que la libertad de expresión e información “exige un alto nivel de protección [...] cuando se trata de la difusión de un mensaje político o activista y ese margen permite [...] utilizar un lenguaje virulento y crítico sobre cualquier tema de interés general, tolerándose los excesos verbales y escritos inherentes al tema objeto del debate”⁷⁵.

Asimismo, condición de personaje público o persona de influencia que tenga el autor del mensaje deberá ser tenido en cuenta a la hora de contextualizar el contenido del mensaje, por lo que este elemento se encuentra en relación con el elemento de la autoría tratado anteriormente. A modo ilustrativo, en el voto particular de la STC 93/2021, de fecha 10 de mayo se indica que es relevante atender a la condición de perfil público de la particular que emitió el mensaje. Habida cuenta de ello, en aquel caso, la Magistrada reprocha a la Sentencia constitucional no haber tenido desarrollado, en esta ocasión, un canon específico de enjuiciamiento para este tipo de conflictos en las redes sociales, que tuviese en consideración la doctrina del TEDH⁷⁶ a este respecto para evaluar el conflicto que se había sucedido con ocasión del uso de las redes sociales pues, “los temas que plantean interés general, si se encuadran en el marco de un discurso político, se benefician de un elevado nivel de protección”⁷⁷. En consecuencia, el TEDH permite que cuando el mensaje es político se pueda exagerar y provocar.

Sin embargo, ello no significa que no existan límites a este tipo de discursos, ni que tales límites no merecieran ser aplicados al caso concreto de la

⁷⁵ Vid. STEDH de 13 de julio de 2012, asunto *Mouvement Raëlien Suisse c. Suiza* y la STC 8/2022, de 27 de enero, así como el voto particular presente en la STC 93/2021, de 10 de mayo.

⁷⁶ Entre otras, el Tribunal de Estrasburgo en la STEDH de 16 de julio de 2009 en el asunto *Willem c. France* ha expuesto su posición a este respecto explicando que “el Tribunal concede la máxima importancia a la libertad de expresión en el contexto del debate político y considera que el discurso político no puede restringirse sin razones de peso”.

⁷⁷ Vid. STC 8/2022, de 27 de enero. En específico, el Fundamento Jurídico 3º.

STC 93/2021, de 15 de junio, permitiendo ponderar a favor de la protección del art. 18 CE sobre el art. 20 CE, como concluyó el fallo del TC. A mayor abundamiento, el TEDH en el año 2018 en un caso en el que se había condenado a un bloguero por publicar mensajes en Internet agresivos sobre la policía, el Tribunal mantuvo que se había producido una vulneración del derecho a la libertad de expresión de la persona en cuestión. En su argumentación, tuvo especialmente en cuenta que el bloguero no tenía apenas seguidores y, en consecuencia, “no era una personalidad influyente”⁷⁸. A mayores, los mensajes provocadores, críticos o molestos estarán protegidos por la libertad de expresión cuando contribuyan al interés general y tengan un contenido político, en especial si quién los realiza es un político. Sin embargo, cuando el contenido del mensaje no tiene un contenido de esta clase no gozará de la protección del derecho a la libertad de expresión e información si ataca los derechos protegidos por el art. 18 CE.

3.2. Lo público y lo privado en las redes sociales

Habida cuenta de lo expuesto en el apartado III.3.1, resulta evidente que el TEDH y el TC fijan la línea divisoria entre lo que importa para la configuración de la opinión pública y lo que no en la distinción lo que pertenece a la esfera pública y lo que pertenece a la esfera privada de la persona. Sin embargo, como ya puso de manifiesto Hannah Arendt, en la época contemporánea, se produce una “disolución de lo privado en lo social”⁷⁹. ¿Significa esto que, hoy en día, no existe ningún ámbito que siga meriendo la especial protección de *lo privado*? La respuesta es claramente negativa. Pese a que la elevada exposición que del ámbito privado hacen los usuarios en las redes sociales conlleve un aumento de los riesgos de intromisiones en la esfera privada⁸⁰, ello no significa, ni mucho menos, que las libertades de expresión e información se hayan vuelto absolutas hoy en día. No obstante, sí que resulta relevante delimitar cuál es la frontera entre uno y otro ámbito en el contexto digital.

A este respecto, la jurisprudencia ha identificado que este límite es, como vimos anteriormente, el interés y relevancia de la información para la conformación de la opinión pública. En consecuencia, no se encuentran amparadas constitucionalmente, ni aquellas informaciones que no cumplen el requisito de veracidad (*fake news*), ni tampoco aquellas que responden a meras curiosidades chismosas pues, ninguna de ellas cumple con la finalidad de

⁷⁸ Vid. STEDH de 28 de agosto de 2018, asunto *Savva Terentyev v. Russia*.

⁷⁹ ARENDT, Hannah. *La condición humana*. Trad. RAMÓN GIL. Barcelona: Austral, 2020, 68.

⁸⁰ STC 27/2020, de 24 de febrero. Fundamento Jurídico 3º.

contribuir a la configuración de una opinión pública libre. Ahora bien, una cosa sí que tenemos que aceptar y es que la clásica distinción entre lo público y lo privado no se mantiene viva en la actualidad. En este sentido, cuestiones que antiguamente podrían ser consideradas estrictamente atinentes a la esfera privada, hoy pueden considerarse de interés público. Esto se debe a que, en la actualidad, ciertas cuestiones privadas se han convertido en cuestiones sociales y éstas, a su vez, en cuestiones políticas. Así, “la sociedad es la forma en que la mutua dependencia en beneficio de la vida y nada más adquiere público significado, donde las actividades relacionadas con la pura supervivencia se permiten aparecer en lo público”⁸¹.

Entonces, ¿cuál es el criterio que usan los Tribunales para decidir qué expresiones merecen ser protegidas por la libertad de expresión porque afectan a la configuración de la opinión pública? En este sentido, tanto el TEDH como el TC afirman que la expresión en cuestión debe tener un interés para la opinión pública. Es decir, el énfasis no se pone tanto en si se trata de un cuestión pública o privada, sino en cuál es su *relevancia e interés* para la configuración de la opinión pública. Ello sin perjuicio de que, lógicamente, de la aplicación de este criterio se desprenderá que, en la mayoría de los casos, las expresiones que revistan de ese interés para la configuración de la opinión pública y las que no lo hacen, coincidirán con la clásica distinción entre la esfera pública y la esfera privada.

Una vez ha quedado clara esta idea, debe atenderse al concreto caso de las redes sociales. En este sentido, podría parecer que el entorno digital sobrepasa las fronteras entre lo público y lo privado y, por ende, que en el mundo actual prácticamente ha desaparecido “lo privado”. Pese a ello, existen límites jurídicos a las intromisiones en los derechos del art. 18 CE y, en consecuencia, no todo espacio virtual es equivalente al “lugar público” que define la LO 1/1982, de 5 de mayo. Así lo ha explicado la STC 27/2020, de 24 de febrero “por más que los ciudadanos compartan voluntariamente en la red datos de carácter personal continúan poseyendo su esfera privada que debe permanecer al margen de los millones de usuarios de las redes sociales en Internet”⁸². En esta Sentencia, se desestimó un recurso de amparo solicitado

⁸¹ ARENDT, Hannah. *La condición humana*. Trad. RAMÓN GIL. Barcelona: Austral, 2020, 57.

⁸² Vid. STC 27/2020, de 24 de febrero. Fundamento Jurídico 3º. Sucintamente, los Antecedentes de esta Sentencia recogen el conflicto sucedido a raíz de que un periódico publicase en un reportaje en el que se narra un suceso de agresión. Para ello, se publicaron imágenes extraídas del perfil de Facebook de uno de los agredidos en el suceso sin su consentimiento previo. No obstante, la recurrente en amparo alegó que la relevancia social del reportaje y su importancia para la configuración de la opinión pública justificaban la publicación de la imagen. El TC concluyó que el titular al derecho a la propia imagen debe autorizar con su consentimiento este tipo de publicaciones pues, el hecho de

por una supuesta vulneración del derecho a la información del art. 20.1 d) CE. Lo más relevante de la Sentencia en cuestión es que el TC diferenció, de un lado, los supuestos en los que la imagen publicada es de un particular anónimo y, de otro lado, los supuestos en los que la imagen es de una persona que ejerce un cargo público y está relacionada con dicha función.

En el primer caso, el derecho a la propia imagen sólo puede a favor del derecho a la libertad de información en los siguientes supuestos: (i) cuando medie el consentimiento de la persona fotografiada, (ii) “cuando la persona aparezca fotografiada de manera accesoria e intrascendente”⁸³, es decir, no es la protagonista de la imagen y, (iii) cuando es la protagonista de la imagen, pero la información goza de una elevada importancia social. En el segundo caso, la protección de la propia imagen es menor pues, cuando la información contribuye a formar una opinión pública libre es posible ponderar a favor del derecho de información. Sin embargo, este no es el supuesto que se presentó en el caso concreto de aquella Sentencia, pues la imagen era únicamente de un particular anónimo y no de un personaje público. De esta forma, el TC explicó que el derecho a la propia imagen únicamente puede sacrificarse en aquellos casos en los que el acontecimiento tenga “el rasgo de noticiable”⁸⁴. Este elemento ya fue identificado por el Tribunal en la STC 19/2014 como “fundamental y decisivo”⁸⁵ para determinar en la ponderación entre el derecho a la libertad de información y el derecho a la propia imagen cuál debe ceder.

Además, esta noticiabilidad de la información debe relacionarse indisolublemente con el presupuesto de la veracidad de la información (vid. apartado II.1 de este artículo). Es más, para evaluar la relevancia social y la contribución al interés general de la información únicamente puede hacerse desde el prisma de la veracidad. Es decir, de ninguna manera, tendrán interés general noticias que carezcan de este presupuesto, tal y como se expondrá en el apartado IV en relación con las *fake news*. En resumen, el TC consciente de que el actual entorno digital ha cambiado el modo de socialización y, en especial, ha emborronado los límites entre lo público y lo privado, manifiesta que ello no significa que “lo privado se haya tornado público”⁸⁶. De esta forma, la influencia del mensaje para la configuración de la opinión pública se convierte en un criterio que permite arrojar luz a la hora de discernir cuando nos encontramos en uno u otro ámbito.

que haya colgado una foto en su perfil de Facebook no significaba que consintiese su publicación en otro lugar, como es en aquel reportaje periodístico.

⁸³ Vid. STC 27/2020, de 24 de febrero. Fundamento Jurídico 2º.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Vid. STC 19/2014, de 10 de febrero. Fundamento Jurídico 6º.

⁸⁶ Vid. STC 27/2020, de 24 de febrero. En concreto, el Fundamento Jurídico 3º.

3.3. Breve referencia a los mensajes cuyo contenido incita a la violencia y al odio

El llamado *hate speech* o discurso del odio se relaciona con la afirmación de que “las expresiones que puedan crear un clima de odio no forman parte de la libertad de expresión”⁸⁷. A este respecto, para el TEDH el discurso del odio se configura como un abuso del derecho a la libertad de expresión y reúne las expresiones que muestren odio racial, religioso o nieguen acontecimientos históricos⁸⁸. De esta forma, en la STEDH de 18 de octubre de 1995 (asunto *Honsik c. Austria*) se entendió que el derecho a la libertad de expresión no amparaba las publicaciones que negaban la existencia de campos de concentración. Habida cuenta de ello, el Tribunal Constitucional Alemán en el caso *Wunsiedel* del año 2009⁸⁹ entendió como *límite absoluto* de la libertad de expresión la difusión de las ideas de la ideología nazi. En España, también se ha entendido como un límite a la libertad de expresión los discursos del odio⁹⁰.

Sin embargo, el TC no ha adoptado la misma interpretación que el TEDH a la hora de definir qué expresiones constituyen discursos del odio. En este sentido, para el TC el discurso del odio tiene dos manifestaciones posibles: una, que coincide con la visión del TEDH y otra, que define como aquella vertiente del discurso del odio que “persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no comparten el ideario de los intolerantes”⁹¹. Es decir, el TC modifica levemente la doctrina del TEDH sobre los discursos del odio para introducir bajo esta categoría la manifestación pública de ciertos modos de pensar que son intransigentes. Ahora bien, esto se desarrolla en decisiones que se han realizado más bien para dar solución a casos concretos, que para desarrollar un canon de enjuiciamiento preciso sobre este tipo de discursos. A este respecto, advierte Joaquín Urías que “prohibir el fomento de la discriminación supone

⁸⁷ Vid. ALONSO, Lucía y VÁZQUEZ, Víctor (dirs.). *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*. Sevilla: Athenaica, 2017, 45.

⁸⁸ Se ha tomado como referencia principal en la elaboración de este apartado las reflexiones del Prof. Joaquín Urías sobre esta cuestión. Vid. URÍAS, Joaquín. “La libertad de odiar. Delimitando el derecho fundamental a la libertad de expresión”. ALONSO, Lucía y VÁZQUEZ, Víctor (dirs.). *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*. Sevilla: Athenaica, 2017, 55.

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, de 4 de noviembre de 2009. Disponible para consulta en inglés en este enlace. Acceso el 12 de julio de 2023.

⁹⁰ De un lado, el CP tipifica en diferentes artículos los delitos relacionados con el racismo, la xenofobia, la discriminación por razones étnicas y religiosas (vid. arts. 607, 510, 511 y 170 CP). De otro lado, el TC, como garante de los derechos fundamentales, ha entendido que las expresiones que incitan al odio no tienen amparo constitucional (v.g. STC 177/2015, de 22 de julio).

⁹¹ Vid. STC 177/2015, de 22 de julio.

utilizar un concepto blanco que podría llevar a la prohibición de ideologías basadas en la mera discrepancia política”⁹².

Como ejemplo de ello es paradigmática la polémica STC 177/2015, de 22 de julio que cuenta con 3 votos particulares discrepantes. En este caso, el TC entendió que no se había producido una vulneración del derecho a la libertad de expresión, ni a la libertad ideológica de los recurrentes como consecuencia de su condena por la Audiencia Nacional por un delito de injurias contra la Corona por la quema pública de unas fotografías del Rey. Concretamente, el TC entendió que dichos actos comprendían una manifestación del discurso del odio. Sin embargo, este entendimiento de la libertad de expresión conlleva que el TC se aparte de su propia configuración del derecho a la libertad de expresión ya que olvida que, como se vio anteriormente, los discursos de contenido político revisten una mayor protección por cuanto contribuyen a la configuración de una opinión pública y propician el debate político libre⁹³. No sólo eso, sino que, como expresó la Magistrada Asua Batarrita en su voto particular, no se puede equiparar un discurso antimonárquico a un discurso “dirigido a fomentar la discriminación y exclusión social de colectivos secularmente vulnerables”⁹⁴, como es el discurso del odio. En la misma línea lo entendió el Magistrado Xiol Ríos identificando el razonamiento del TC en aquella Sentencia como una “banalización”⁹⁵ del discurso del odio. Más adelante, el TEDH revocó el fallo de esta Sentencia y declaró vulnerado el derecho a la libertad de expresión de los recurrentes en el año 2018⁹⁶.

Esta situación también se dio con la STC 112/2016, de 20 de junio. En este caso, el TC rechazó el amparo solicitado por la supuesta vulneración del derecho a la libertad de expresión de los recurrentes como resultado de su condena por un delito de enaltecimiento del terrorismo. Los hechos

⁹² Vid. URÍAS, Joaquín. “La libertad de odiar. Delimitando el derecho fundamental a la libertad de expresión”. ALONSO, Lucía y VÁZQUEZ, Víctor (dirs.). *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*. Sevilla: Athenaica, 2017, 55.

⁹³ En un caso similar, la Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, de 21 de marzo de 1989, asunto *Texas v. Johnson* se anuló la condena penal porque se entendió que quemar la bandera americana era un acto comprendido bajo el derecho del derecho a la libertad de expresión del recurrente.

⁹⁴ Vid. STC 177/2015, de 22 de julio. Voto particular de la Magistrada Asua Batarrita.

⁹⁵ Vid. STC 177/2015, de 22 de julio. Voto particular del Magistrado Xiol Ríos.

⁹⁶ En la STEDH de 13 de marzo de 2018, asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* se entendió que los actos enjuiciados no suponían una incitación al odio, sino una protesta antimonárquica y recordó que “la libertad de expresión vale no solamente para las ‘informaciones’ o ‘ideas’ acogidas favorablemente o que se consideran inofensivas o resultan indiferentes, sino también para las que hieren, ofenden o importunan: así lo requiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna ‘sociedad democrática’”.

enjuiciados se produjeron en un acto que homenajeaba a un miembro de ETA. El TC entendió que las expresiones enjuiciadas constituían un discurso del odio y, de nuevo, el TEDH falló en sentido contrario cuando se le planteó el recurso⁹⁷. Ahora bien, en el razonamiento del TEDH se incide en que no cualquier expresión de contenido político deba ser tolerada en nuestro ordenamiento jurídico, pero sí significa que no cualquier expresión de contenido político es susceptible de ser acogida bajo el paraguas de los discursos del odio. El odio como límite absoluto a la libertad de expresión se plasma en “el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia”⁹⁸. Así, por ejemplo, serían considerados discursos del odio prohibidos las declaraciones que niegan el holocausto, que asocian a musulmanes con actos de terrorismo o que desprecian a personas por la mera pertenencia a un colectivo racial. Sin embargo, no será considerado discurso del odio la crítica política de una institución.

Por otra parte, otras expresiones que, sin constituir discursos del odio, constituyen intromisiones o vulneraciones de los derechos fundamentales pueden ser, igualmente, restringidas. Así se vio en el caso de la STC 93/2021, de 10 de mayo en el que un mensaje de contenido político que criticaba la tauromaquia tras la muerte de un torero se consideró una extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión por cuanto vulneraba el honor al difunto y sus familiares. En otras palabras, parece que el TC en determinadas ocasiones recurre a los discursos del odio para sancionar excesos de la libertad de expresión, siempre que se den los elementos jurídicos del *hate speech*. No obstante, en estos casos se obvia que la libertad de expresión es susceptible de ser restringida sin necesidad de recurrir a los discursos del odio cuando, tras el ejercicio de ponderación así se desprende la necesidad de restringir este derecho fundamental en favor de otros como el honor, la intimidad o la propia imagen, tal y como se ha visto. En este sentido, elementos como el interés público en el mensaje, la contribución a un debate político libre o la configuración de la opinión pública arrojan luz a lo que es tolerable o no en cada caso concreto. Estos elementos debidamente ponderados justificarían una eventual restricción del derecho a la libertad de expresión para garantizar otros derechos fundamentales con los que la libertad de expresión colisiona.

En suma, si la figura del “discurso del odio” se aplica a cualquier discurso subversivo, la noción acabará perdiendo su seriedad jurídica y no podrá ser

⁹⁷ En concreto, en la STEDH de 22 de junio de 2021, asunto *Erkizia Almandoz c. España*; el TEDH entendió que sí se había vulnerado el derecho a la libertad de expresión del recurrente, pese a que el contexto en el que se emitió el mensaje fuese un homenaje a un antiguo miembro de la organización terrorista ETA. Ello sobre la base de que las concretas expresiones emitidas por el recurrente no incitaban a la violencia, ni mucho menos al odio.

⁹⁸ *Ibidem*.

legítimamente aplicada al resto de supuestos⁹⁹. Por consiguiente, para evitar esta situación la ponderación de derechos podría realizarse teniendo en cuenta los elementos que son aplicables a cada caso concreto y no de forma casuística para justificar decisiones que atienden más a criterios de justicia material por encima de principios fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico, como la seguridad jurídica.

4. *Difícil determinación del rol del usuario y de la protección de la libertad aplicable*

A la hora de enjuiciar los conflictos en relación a una de las libertades recogidas en el art. 20 CE lo más importante es determinar ante cuál de las distintas libertades del art. 20.1 CE nos encontramos. A este respecto, ya se estudió en el apartado II.2 que los límites entre la libertad de expresión en sentido estricto (art. 20.1 a) la libertad de información (art. 20.1 d) son difusos. De esta forma, resulta que no siempre va a ser fácil distinguir cuándo es aplicable la protección de una u otra libertad. Además, podría decirse que, en el contexto de las redes sociales, los límites entre el art. 20.1 a) y el art. 20.1 d) se han difuminado aún más todavía pues, “las redes sociales hacen de los usuarios potenciales creadores de contenidos, en ocasiones con una función muy próxima a la que desarrollan los periodistas”¹⁰⁰, tal y como lo recoge la STC 8/2022 de 27 de enero.

Pese a estas dificultades, resulta esencial determinar ante cuál de las libertades del art. 20.1 CE nos encontramos pues, por ejemplo, si es aplicable la libertad de información del art. 20.1 a) en lugar de la libertad de expresión del art. 20.1 a), las expresiones enjuiciadas estarán sometidas a los presupuestos de veracidad de la información y de relevancia pública de la misma, que no son aplicables a las opiniones o juicios de valor que protege el art. 20.1 a) CE. Como solución a esta situación, el TC atiende en cada caso concreto al derecho que “aparezca como preponderante o predominante”¹⁰¹. En consecuencia, la aplicación del canon de enjuiciamiento de una u otra libertad dependerá de si “del texto se desprenda un ‘afán informativo’ o que predomine intencionalmente la expresión de un ‘juicio de valor’”¹⁰².

⁹⁹ En el mismo sentido, URÍAS, JOAQUÍN. “La libertad de odiar. Delimitando el derecho fundamental a la libertad de expresión”. ALONSO, Lucía y VÁZQUEZ, Victor (dirs.). *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*. Sevilla: Athenaica, 2017.

¹⁰⁰ En esta misma línea, se pronunció la STC 65/2015, de 13 de abril en la que ya se pusieron de manifiesto las dificultades para distinguir entre una y otra libertad –expresión e información– en el contexto digital.

¹⁰¹ STC 5/2021, de 25 de enero.

¹⁰² *Ibidem*. En el mismo sentido, la STC 278/2005, de 7 de noviembre y la STC 38/2017, de 24 de abril.

5. El riesgo del efecto de desaliento

En último lugar, ha de tratarse la cuestión de cómo el riesgo del efecto de desaliento o disuasión de la sanción –ya sea penal o civil– es un elemento que debe tenerse en cuenta a la hora de enjuiciar los conflictos entre los derechos del art. 20 CE y el art. 18 CE, pero que no puede impedir la restricción del derecho cuando tras el juicio de ponderación esta medida resulta necesaria. Tal y como lo establece el TEDH en el ¶75 de su Sentencia de 13 de julio de 2012 (asunto *Mouvement Raëlien Suisse c. Suiza*), esta cuestión debe evaluarse a la hora de decidir una medida restrictiva de un derecho fundamental.

De esta forma, el TEDH entiende –y, así lo ha entendido también el TC– que “cuando [los tribunales] deciden restringir los derechos fundamentales de las personas afectadas, [se] deben elegir los medios que menos vulneren los derechos en cuestión”¹⁰³ (Traducción libre). Ello se debe a que existe un riesgo de producir un efecto de desaliento cuando se imponen sanciones por este tipo de expresiones para los discursos. En este sentido, hay que destacar que estas ideas se originan en Estados Unidos con la llamada doctrina del *chilling effect*¹⁰⁴. El TEDH ha desarrollado así una jurisprudencia en la que asume esta doctrina y entiende que este riesgo del efecto de desaliento no es un argumento suficiente para evitar la restricción de derechos. Destacadamente, se encuentra la STEDH de 3 de mayo de 2022 (caso *Bumbes c. Rumanía*) en la que se declaró la vulneración del derecho a la libertad de expresión recogido en el art. 10 del CEDH de un ciudadano que protestó pacíficamente contra un proyecto de ley en Rumanía.

En este sentido, las autoridades de Rumanía afirmaron que la multa administrativa fue lo menos onerosa posible y que, no podía decirse que la sanción fuese desproporcionada. Sin embargo, el TEDH no acogió este razonamiento pues, a su entender la imposición de una sanción puede tener un efecto disuasorio no deseado. Así explica que “debe exigirse que las restricciones al debate político se justifiquen por razones muy sólidas, ya que las restricciones generales impuestas en casos individuales afectarían, sin duda, al respeto de la libertad de expresión en el Estado en cuestión”¹⁰⁵ (Traducción libre). En España, se utiliza esta doctrina “como canon de ponderación del principio de

¹⁰³ Vid. STEDH de 13 de julio de 2012 (caso *Mouvement Raëlien Suisse c. Suiza*). ¶75: “La Cour rappelle à cet égard que, lorsqu’elles décident de restreindre les droits fondamentaux des intéressés, les autorités doivent choisir les moyens les moins attentatoires aux droits en cause”.

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de 15 de diciembre de 1952, (caso *Wieman et al. V. Updegraff et al.*) y Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de 24 de mayo de 1965, (caso *Lamont v. Postmaster General*).

¹⁰⁵ Vid. STEDH de 3 de mayo de 2022 (caso *Bumbes c. Rumanía*). ¶92: “It has been the Court’s consistent approach to require very strong reasons for justifying restrictions

proporcionalidad en sentido estricto¹⁰⁶. Por ende, pese a que la restricción del derecho pueda generar un riesgo de desaliento al ejercicio de ese mismo derecho por terceros, ello no es un óbice para la restricción del mismo. Ahora bien, se exige que la medida restrictiva de derechos ha de ser idónea, proporcional y necesaria y, así lo ha reconocido el TC en reiterada jurisprudencia en la que expone su postura sobre esta doctrina¹⁰⁷.

IV. LOS RIESGOS DE FALSEAR LA VERDAD: SIMULACIÓN Y DESINFORMACIÓN

Como se ha visto a lo largo de este artículo, en la actualidad existe una gran propagación de la información que se encuentra disponible en la red. En este sentido, se ha reconocido el valor de las posibilidades comunicativas que ofrece el mundo virtual como algo inigualable. Sin embargo, al mismo tiempo, se ha advertido que existen alarmantes riesgos para la configuración de una opinión pública libre, como son la simulación de la verdad y la desinformación, fenómenos acrecentados en el contexto digital en el que además aumenta su confusión aparente con la verdad (*fake content*), como antes señalábamos. Así, las posibilidades de configurar una opinión pública libre se ven amenazadas cuando se hace uso del derecho a la libertad de información con ánimo de engañar pues, cuando se simula la verdad, el resultado es una farsa. Esto genera que los ciudadanos se encuentren desinformados y se produzca una *quiebra* de la libre configuración de la opinión pública. Como entiende la Comisión Europea la desinformación es una “información verificablemente falsa o engañosa que se crea, presenta y divulga con fines lucrativos o para engañar deliberadamente a la población, y que puede causar un perjuicio público”¹⁰⁸.

Entonces, la desinformación se sitúa en el plano de la libertad de información del art. 20.1 d) y no de la libertad de expresión en sentido estricto del art. 20.1 a) CE. Consecuentemente, a las expresiones de juicios de valor u opiniones que configuran el objeto de la libertad de expresión en sentido estricto del art. 20.1 a) CE la libertad de expresión en sentido estricto no cabe

on political debate, for broad restrictions imposed in individual cases would undoubtedly affect respect for the freedom of expression in general in the State concerned”.

¹⁰⁶ STC 140/2016, de 21 de julio.

¹⁰⁷ A modo ilustrativo, la STC 140/2016, de 21 de julio, la STC 136/1999, de 20 de julio (FJ 20º), la STC 110/2000, de 5 de mayo (FJ 5º), la STC 88/2003, de 19 de mayo (FJ 8º) o la STC 185/2003, de 28 de octubre (FJ 5º).

¹⁰⁸ Comunicado de la Comisión Europea de 26 de abril de 2018: “La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo”. Vid. apartado 2.1. Acceso el 12 de julio de 2023 <enlace>.

reprocharle su “falsedad” o su “veracidad” puesto que se mueven en un plano de relatividad de la verdad que es moral, es decir, no puede predicarse la verdad o falsedad objetiva respecto de un juicio subjetivo. No obstante, sí que puede hacerse respecto de una información que, precisamente, se presenta como objetiva pues lo exigible a este respecto es tomar por verdadera información “contrastada diligentemente”¹⁰⁹, es decir, veraz. Ello se debe a que exigir una rigurosa y estricta verdad objetiva haría prácticamente imposible la labor informativa. En este sentido, el presupuesto de información veraz permite la construcción de la verdad que socialmente aceptamos como verdadera¹¹⁰. De esta forma, la libertad de información juega un papel esencial en el Estado democrático ya que sustenta “una comunicación pública libre dentro de la sociedad, la cual, a su vez, constituye un presupuesto del ejercicio de otros derechos de participación política y del propio principio democrático dentro del Estado”¹¹¹.

En el polo opuesto, la desinformación no se presenta como una información que no ha sido diligentemente contrastada, sino que es radicalmente falsa (*fake news*). Su única finalidad es manipular a la ciudadanía. La difusión de estos engaños se ve reforzada por el uso de *bots* y *trolls* que difunden a gran escala en la red estos bulos. De hecho, en el contexto de la política es frecuente el uso de estas estrategias. A modo ilustrativo, un estudio¹¹² sobre el impacto de las *fake news* ha mostrado que éstas contribuyeron en la campaña electoral de Trump en 2016 para la presidencia de Estados Unidos narrando diferentes historias falsas sobre su vida lo cual benefició su victoria en las urnas, así como en el resultado del referéndum que se realizó en Reino Unido sobre la permanencia del país en la UE o en las elecciones de Brasil del año 2018, que proclamaron a Bolsonaro como presidente.

Por tanto, la desinformación produce una *atrofia del espíritu colectivo democrático* que, de un lado, alberga sentimientos de desconfianza hacia las

¹⁰⁹ Vid. STC 28/1996, de 26 de febrero.

¹¹⁰ Se sigue en este punto al Catedrático Eloy García. Vid. KANT, Inmanuel y CONSTANT, BENJAMIN. ¿Hay derecho a mentir? La polémica Inmanuel Kant-Benjamin Constant sobre la existencia de un deber incondicionado de decir la verdad. Estudio preliminar ALBIAC, Gabriel. Estudio de contextualización GARCÍA, Eloy. Madrid: Tecnos, 2021, CX-VIII.

¹¹¹ Vid. VÁZQUEZ ALONSO, Victor. “Aspectos constitucionales del derecho de la comunicación”. En *Derecho de la comunicación*. GUICHOT, EMILIO (coord) et al. Madrid: Iustel, 2022, 37. En la misma línea, lo han puesto de manifiesto las STEDH de 8 de noviembre de 2016 (caso *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*) y, STEDH de 16 de junio de 2015 (caso *Delfi AS c. Estonia*).

¹¹² Vid. RODRÍGUEZ-FERNÁNDEZ, Leticia. “Desinformación y comunicación organizacional: estudio sobre el impacto de las fake news”. *Revista Latina de Comunicación Social*. N.º 74, (2019). [en línea], <enlace>, 1717.

fuentes informativas, las instituciones y el gobierno y, de otro lado, es más susceptible a la manipulación. En consecuencia, hay un alto riesgo de *cosificación* de las ideas que propiciarían el debate político que genera la opinión pública¹¹³ como consecuencia de esto. En este sentido, las redes sociales son ya espacio público en la acepción habermasiana del término pues, “por espacio público entendemos un ámbito de nuestra vida social, en el que se puede construir algo así como opinión pública. La entrada está fundamentalmente abierta a todos los ciudadanos”¹¹⁴, según explica el autor.

En definitiva, gran parte de la información publicada en las redes sociales genera un espacio de flujo e intercambio de contenido puesto que las redes sociales son medios digitales de utilización masiva. Por ende, la opinión pública se configura, en parte, a través de las expresiones y críticas que realizan los ciudadanos se realiza de forma espontánea e informal a través de las redes sociales y la red. Consecuentemente, resulta esencial cultivar un *espíritu crítico* que pueda defenderse de los riesgos de la desinformación. De esta forma, la opinión pública no puede entenderse de forma separada a la noción de crítica pues, afecta directamente a las tareas de crítica y control de la *praxis* del poder del Estado. Precisamente, la actitud crítica es que el que posibilita una democracia plena y plural¹¹⁵ (vid. apartado III.3).

V. CONCLUSIONES FINALES

El propósito de este artículo era estudiar los problemas jurídicos que surgen en la configuración del derecho a la libertad de expresión en el contexto digital. En este sentido, se ha apreciado que, con la irrupción del contexto tecnológico han aparecido nuevos problemas jurídicos que se han sumado a los retos que ya existían en la era predigital para definir el significado de la libertad de expresión del art. 20.1 a) y la libertad de información del art. 20.1 d) de la CE. A lo largo de este artículo, se ha realizado un análisis de la jurisprudencia constitucional en la que se aborda esta problemática y, se ha comparado la misma con la jurisprudencia del TEDH. A continuación, se exponen las conclusiones obtenidas.

¹¹³ Siguiendo datos extraídos del eurobarómetro, al menos, el 83% de la ciudadanía identifica las *fake news* como un peligro para la democracia. Vid. EUROPEAN UNION. 2018. “Fake news and disinformation online”. Acceso el 12 de julio de 2023 <enlace>.

¹¹⁴ HABERMAS, Jürgen. Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública. Barcelona: GG, 1981, 61.

¹¹⁵ En este sentido, vid. la STC 5/2021, de 25 de enero (Fundamento Jurídico 4º), la STC 79/2014, de 28 de mayo (Fundamento Jurídico 6º), la STEDH de 23 de abril de 1992, asunto *Castells c. España* y; la STEDH de 29 de febrero de 2000, asunto *Fuentes Bobo c. España*.

En primer lugar, el TC, como garante de los derechos fundamentales, tiene encomendada la labor última de resolver los conflictos que surgen entre la libertad de expresión y el resto de los derechos fundamentales, como el honor, la intimidad y la propia imagen. A este respecto, se ha apreciado que cuando dichos conflictos se producen con ocasión del uso de las redes sociales y, en general, de los instrumentos digitales; la jurisprudencia identifica ciertos matices que han de ser tenidos en cuenta para argumentar la toma de decisiones en los conflictos de este tipo, a saber, (i) la autoría del mensaje en Internet, (ii) los destinatarios del mensaje publicado, (iii) la influencia sobre la configuración de la opinión pública y el contenido del mensaje, (iv) el rol del usuario y la aplicación de la protección de la libertad aplicable y, (v) el potencial efecto de desaliento.

En segundo lugar, los sujetos particulares que, hasta ahora, tenían un rol pasivo en la difusión de información han pasado a tener un rol activo como consecuencia del uso de las redes sociales. Ello se debe a que, gracias a esta herramienta, la ciudadanía participa *activamente* en la configuración de la opinión pública pues, de forma informal y espontánea, se generan debates y conversaciones sobre la actualidad a través de las redes sociales. De esta forma, se ha advertido que las redes sociales son un elemento clave en la actualidad para la formación de una opinión pública libre. En consecuencia, se ha visto que tanto el TC como el TEDH consideran que las expresiones que tienen relevancia para el interés público merecen una protección más elevada que las expresiones que no contribuyen al debate político libre. Sin embargo, también se ha apreciado que la jurisprudencia constitucional es, en ocasiones, casuística pues, no en todos los casos sigue rigurosamente el canon desarrollado para la libertad de expresión. Efectivamente, esto, en ocasiones, genera inseguridad jurídica y no contribuye a crear una definición seria de lo que la libertad de expresión supone en nuestro ordenamiento jurídico.

En tercer lugar, en este artículo se ha visto cuál es el papel que juega el derecho a la libertad de expresión en la democracia en el contexto digital. A este respecto, se ha visto que el derecho a la libertad de expresión se encuentra indisolublemente ligado a las nociones de opinión pública y pluralismo político. Asimismo, se ha visto que en la esencia de la democracia se encuentra permitir los distintos debates políticos, crearlos y albergarlos en su seno, incluso aquellos que cuestionen la organización democrática, siempre y cuando no intenten atentar contra ella pues, ciertos discursos como, por ejemplo, los discursos del odio no tienen cabida en nuestro ordenamiento jurídico.

En cuarto lugar, se muestra cómo las nociones de verdad, veracidad y simulación se configuran de forma distinta en función de los sujetos con los que se relacionan estos conceptos. Así, distinguimos entre (i) los

particulares, (ii) los profesionales de la información y, (iii) las instituciones públicas. En este sentido, puede decirse que los particulares “tienen derecho a mentir” cuando hacen uso de su derecho a la libertad de expresión en sentido estricto (esto es, la libertad del art. 20.1 letra a de la CE, pero no la libertad informativa del art. 20.1 letra d) de la CE pues, pueden emitir juicios de valor que no estén sujetos a la exigencia de veracidad del art. 20.1 d) de la CE. A este respecto, se ha visto, podrá distinguirse cuándo se ejerce una u otra libertad, atendiendo a cuál de ellas es la *preponderante* en el mensaje emitido (vid. apartado III.4). En consecuencia, cuando haya un afán informativo podría exigirse el presupuesto de la veracidad que se exige a la información emitida por los profesionales de la información debido a que la titularidad del derecho recogido en el art. 20.1 d) de la CE es de todas las personas y, no sólo de los periodistas por lo que, será clave en estos casos determinar ante cuál de las libertades del art. 20.1 de la CE nos encontramos. Asimismo, los particulares también tienen derecho a “no decir la verdad” cuando con ello protegen otros derechos fundamentales como el derecho a no declararse culpable (tutela judicial efectiva). En el lado contrario, las instituciones públicas están obligadas a la verdad por cuanto son instituciones nacidas de la Constitución y creadas para ciertos cometidos públicos que sirven a la ciudadanía.

Mención aparte merecen, como se ha apreciado, los profesionales de la información. Los periodistas y los medios de comunicación cuando ejercen la labor informativa están sometidos al presupuesto de veracidad pues, la Constitución no ampara el derecho a divulgar mentiras bajo la falsa apariencia de verdad (*fake news*). En este sentido, se ha visto que el requisito constitucionalmente exigible es que la información que se transmita haya sido diligentemente contrastada. En consecuencia, lo anterior comprendería que se difundiera información falsa por error siempre y cuando se pruebe que se realizaron las debidas indagaciones. No obstante, si la información falsa se divulga con el ánimo de engañar y manipular la opinión pública, ello no constituirá un legítimo ejercicio del art. 20.1 d) de la CE.

En quinto lugar y para finalizar, a lo largo de este artículo se ha estudiado como las vulneraciones de derechos que se realizan a través de Internet pueden tener un efecto *amplificador* del daño muy significativo, debido a que la información en Internet tiene una mayor difusión y, al mismo tiempo, una menor capacidad de control de la misma. Por tanto, resulta esencial repensar los elementos y matices que se tienen en cuenta para dar soluciones a las intromisiones que puedan producirse con ocasión del uso de las redes sociales e Internet, así como a su configuración por la jurisprudencia.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.

ALONSO, Lucía y VÁZQUEZ, Víctor (dirs.). *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*. Sevilla: Athenaica, 2017.

ARENDRT, Hannah. *La condición humana*. Trad. RAMÓN GIL. Barcelona: Austral, 2020.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco y BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. *Derecho de la información y derecho de la comunicación*. Madrid: Tecnos, 2016.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coord.) et al., *Manual de Derecho Constitucional. Volumen II*. Madrid: Tecnos, 2015.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco y CÁMARA VILLAR, Gregorio (dirs.) et al. *Manual de Derecho Constitucional. Vol I, Constitución y fuentes de derecho*. Madrid: Tecnos, 2014.

CARRILLO, Marc. “Derecho a la información y veracidad informativa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 23 (1988). [en línea], <enlace>.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2012.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, Pablo. “Del derecho a la información y sus límites: Especial atención a la reciente controversia En torno al uso de la cámara oculta en el periodismo de investigación”. *Revista europea de derechos fundamentales*, N.º 30 (2017). [en línea], <enlace>.

GUICHOT, Emilio (coord.) et al. *Derecho de la comunicación*. Madrid: Iustel, 2022.

HABERMAS, Jürgen. *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*. Barcelona: GG, 1981.

KANT, Immanuel y CONSTANT, Benjamin. ¿Hay derecho a mentir? La polémica Immanuel Kant-Benjamin Constant sobre la existencia de un deber incondicionado de decir la verdad. Estudio preliminar ALBIAC, G. Estudio de contextualización GARCÍA, E. Madrid: Tecnos, 2021.

LÓPEZ DE LERMA, Jesús. “El derecho a recibir información veraz en el sistema constitucional”. *Revista de Estudios Deusto. Revista de Derecho Público*. Vol. N.º 66/2, (2018). [en línea], <enlace>.

RODRÍGUEZ-FERNÁNDEZ, Leticia. “Desinformación y comunicación organizacional: estudio sobre el impacto de las fake news”. *Revista Latina de Comunicación Social*. N.º 74, (2019). [en línea], <enlace>.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José. “Acerca de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión”. *Revista de estudios políticos*, N.º 32, (1992). [en línea], <enlace>.

——— “Libertad de expresión y derecho a la información”. En ARAGÓN REYES, Manuel y AGUADO RENEADO, César. *Derechos fundamentales y su protección. Temas básicos de Derecho Constitucional*. Tomo III. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2011.

TORRES DEL MORAL, Antonio. *Libertades informativas*. Madrid: Colex, 2009.

WASSERTROM, Richard. *The Judicial Decision*. Stanford: Stanford University, 1961.