Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

CAPÍTULO XVII

LIBERTAD DE EXPRESIÓN, INTIMIDAD Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

PRESENTACIÓN

Cristina Izquierdo Sanz
Profesora de la Universidad Autónoma de Madrid

En el marco del XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, recibí la encomienda de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, de moderar la mesa que tenía como título *Libertad de expresión, intimidad y nuevas tecnologías*. Agradezco muchísimo a Eduardo su confianza en mí, que además facilitó mi reflexión sobre una cuestión tan actual, como compleja y abierta, pues no es fácil la ponderación entre nuestra libertad basilar y el derecho a la intimidad y a la imagen en la sociedad de la información. La mesa estaba formada por cinco excelentes expertos, que iban a facilitar enormemente mi labor. Intervino el profesor Miguel Revenga Sánchez, Catedrático de la Universidad de Cádiz, a quien di la palabra en primer lugar, porque haría unas consideraciones de principio sobre la libertad de expresión que fueron excelente marco para las intervenciones posteriores, en la medida en que puso sobre la mesa cómo el desarrollo tecnológico nos había trasladado desde una «libertad con mayúsculas», como se ha considerado siempre la libertad de expresión, a una «situación de inseguridad mayúscula». Siguió al profesor Revenga la jurista Sabrina Ragone, profesora de la Universidad de Bolonia, que presentó la interesante labor de la Corte Constitucional italiana y, a través de varios casos, propuso una fórmula de tres patas para tratar este conflicto de derechos: la utilización de los criterios clásicos de ponderación y proporcionalidad, la explotación del potencial de la tutela multinivel y la necesidad de instrumentos nuevos que aportaran el conocimiento técnico necesario para adaptarse a las cuestiones que plantean la evolución de la tecnología en los derechos de libertad. En tercer lugar, María Garrote de Marcos, profesora de la Universidad Complutense de Madrid, nos devolvió a lo nacional y nos hizo participes de una reflexión muy sólida sobre la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional en la materia; para la profesora Garrote, tampoco es suficiente la aplicación analógica de la doctrina tradicional

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

sobre los límites de la libertad de expresión frente a la intimidad y la imagen y reclama a nuestro TC una manera diferente de mirar los derechos en la sociedad de la información. La profesora Garrote cuestionó, especialmente, la exigencia por el TC de un consentimiento inequívoco de los titulares de una imagen para su posterior utilización en redes sociales, mientras el TS entiende que el consentimiento puede derivarse en muchos casos del propio uso de las redes sociales y, en algunos casos, *el uso de una imagen puede ser la consecuencia natural del carácter accesible de los datos publicados en Internet*. El cuarto ponente fue Rogelio Flores Pantoja, director del Instituto de Estudios constitucionales del Estado de Queretano, que amplio nuestra perspectiva compartiendo con la audiencia la posición de la CIDH. Para el autor, hay que repensar la libertad de expresión a partir del desarrollo de la sociedad digital; el autor comparte con la prof. Garrote la necesidad de cambiar la manera de mirar los derechos, pero estaba especialmente preocupado porque los riesgos que el desarrollo de la tecnología supone afectan a todos los derechos en conflicto —y remarco todos—, pues genera (des)información, falsedad de noticias, ausencia de privacidad y de protección de datos personales, así como el crecimiento del discurso del odio, de forma que son todos los derechos los que se desdibujan. Finalmente, Ignacio García Vitoria, profesor de la Universidad Complutense de Madrid, demostró su profundo conocimiento sobre la extensa jurisprudencia del TEDH en esta materia, de la que predicó una ausencia de homogeneidad que debía ser corregida. Se detuvo en una cuestión muy llamativa de esa compleja jurisprudencia, a saber, la posición del TEDH de atribuir una responsabilidad compartida a los intermediarios de la red social y a los autores de las publicaciones, pues entiende que a los intermediarios de la red social tienen la obligación de filtrar la información que se publica en sus portales de noticias. En este sentido, el profesor García Vitoria defendió una graduación de la responsabilidad, en la medida en que no se puede exigir a los intermediarios la misma responsabilidad que al autor de la información. A todos ellos, mi agradecimiento por sus excelentes ponencias.

Inevitablemente, el encuentro provocó mi propia reflexión, que a continuación expongo, si se me permite, sin pretensiones conclusivas. Para mí, lo primero es confirmar lo que percibo incuestionable: la necesidad de modificar la manera de mirar los derechos de los artículos 18 y 20 de nuestra Constitución, en esta nueva sociedad de la información. En este sentido, el profesor Eduardo Ferrer Mac-Gregor había seleccionado un tema especialmente interesante, teniendo en cuenta —sobre todo— que la libertad de expresión seguimos entendiéndola como la libertad basilar de todo Estado de Derecho, en la medida en que es la libertad que permitirá la formación de una opinión pública libre, esencial para el buen caminar de una sociedad democrática y que, a su vez, permitirá el libre ejercicio de los demás derechos, pues estos sólo serán correctamente ejercidos si partimos de la existencia de esa opinión pública libre.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

No obstante, este carácter basilar de la libertad de expresión, lo cierto que la sociedad de la información ha cambiado la forma de comunicarnos. La comunicación es rapidísima y el alcance de su difusión casi podría decirse que es ilimitado. En la medida en que, además, los costes económicos de esta distribución de información son escasos, se trata de cambios tan intensos que plantean inevitablemente la pregunta de si los estándares tradicionales de protección de la intimidad y la imagen frente a la libertad de expresión e información seguirán siendo suficientes, siendo la respuesta inmediata y obviamente negativa.

Admitida la necesidad de una nueva mirada, lo segundo, entonces, es localizar los criterios a añadir en esa mirada nueva. Y digo bien a «añadir», porque existe un consenso —que yo comparto— en que no se deben descartar la ponderación de derechos y proporcionalidad de las medidas que limiten la libertad de expresión como criterios de baremación. Siendo esto un segundo elemento del discurso compartido, surge la tercera cuestión: se trata de incorporar otros valores que permitan llevar a cabo una ponderación más adecuada en esta nueva sociedad de la información y siempre con la pretensión de que ninguno de los derechos mencionados y en conflicto quede desdibujado.

La cuestión de los criterios que deben diseñarse para ponderar con más acierto el conflicto de derechos en la nueva sociedad de la información, debe —a mi juicio— responder a tres interrogantes: 1) ¿La libertad de expresión —en su sentido más amplio— debe seguir siendo una libertad cuyos límites deben interpretarse de forma muy restrictiva? En definitiva, ¿la libertad de expresión debe ser objeto de una protección reforzada, como prácticamente ha sido desde el momento fundacional de las democracias en Europa y el propio Sistema europeo de protección de Derechos Humanos?; 2) ¿El desarrollo de la sociedad digital, reclama conocimientos técnicos de los aplicadores del derecho para proceder a una limitación mas correcta de la libertad de expresión?; y 3) ¿Reclama esta nueva sociedad de la información una acción del legislador, es decir, un mayor marco normativo para la libertad de expresión? Pensemos que, de acuerdo con nuestra tradición, la libertad de expresión es un derecho libertad que ha requerido una moderada acción del legislador, salvo en los casos de bienes que requieren una especial protección[1]

Por lo que se refiere a la primera cuestión, la libertad de expresión como uno de los elementos esenciales, dirigidos a mantener y promover los ideales y valores de una sociedad democrática, se trata de una premisa que, a mi parecer, se debe mantener. En palabras del profesor Lascuráin, «la libertad de expresión debe man-

[1] Especialmente interesante, en relación con la libertad de expresión en España, por el tratamiento completo que realiza, es el trabajo de González-Trevijano Sanchez, p., *La Libertad de expresión, una perspectiva de Derecho Comparado*, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, Octubre 2019. El autor enuncia de forma muy sistemática toda la legislación en España sobre la libertad de expresión.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

tenerse siempre como presupuesto, sin perjuicio de que expresarse no puede ser una patente de corso…/… porque con las palabras vejamos, amenazamos o inducimos a asesinatos». El autor defiende que los límites a la libertad de expresión deben estar presididos por dos directrices: a) seguir siendo excepcionales y tener una justificación meridianamente clara; y b) expresiones intolerables no significa que su represión haya de pasar por prisión, pues hay que evitar tanto el denominado efecto desaliento —la inhibición del ciudadano que teme una pena severa frente a un exceso de la libertad de expresión— y el efecto paradoja —cuando más se quiere censurar una cosa, más famosa se hace y el intento de censura es contraproducente porque acaba siendo ampliamente divulgada y recibe mayor visibilidad—; piénsese en Barbara Streisand o el cantante Pablo Hansel[2]. Alejandro Saiz Arnaiz[3] da un dato interesante: en toda su existencia, el TEDH ha pronunciado 10 condenas a España y sólo 2 en los primeros 31 años y 8 en los últimos 10. Obviamente, las cifras nos llevarían a preguntarnos qué está pasando en nuestro país. A mi parecer, es muy importante señalar que España no ha sufrido una regresión de forma intencionada en sus estándares, sino una ausencia de evolución que, en última instancia de traduce en una inadecuación a los estándares internacionales que sí evolucionan. La discusión está abierta desde hace varios años, está muy unida a los cambios provocados por la sociedad de la información, a la evolución de los propios conceptos que están en liza, como el honor y la intimidad e, igualmente, al uso del ordenamiento penal ante los excesos de la libertad de expresión. No obstante, todo ello, nadie discute que la libertad de expresión debe seguir siendo «la libertad con mayúsculas».

Por lo que se refiere al segundo de los interrogantes ¿reclama el desarrollo de la sociedad digital conocimientos técnicos de los aplicadores del derecho, para proceder a una limitación más correcta de la libertad de expresión? Es cierto que Internet se ha convertido, en la actualidad, en uno de los principales medios de ejercicio del derecho a la libertad de expresión y que contiene herramientas esenciales para la participación en el debate público, sea éste de carácter político o no. También lo es, que el TEDH no ha necesitado conocimientos especiales para declarar que era desproporcionada una decisión judicial que bloqueaba el acceso a Google sites, que alojaba una web cuyo titular era objeto de un proceso penal (*Ahmet Yildirim c. Turquie*, STEDH 18 diciembre 2012); tampoco para determinar la ausencia del carácter legal de una medida que bloqueaba el acceso a *You tube*, sin necesidad desconocimientos más complejos (*Akdeniz c. Turquie*, STEDH 1 de diciembre de 2015). Recientemente el TEDH tampoco he encontrado pro-

[2] Lascuráin Sanchez, J. A., «Labios como espadas: libertad de expresión y Derecho penal», publicado en *El Almacén de Derecho,* entrada de 29 de abril 2021.

[3] Saiz Arnaiz, A., «La libertad de expresión en el Tribunal Constitucional: de espaldas y a escondidas del TEDH», *Blog de la Asociación de Constitucionalistas de España*, noviembre 2021.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

blemas para declarar que el bloqueo de sitios de internet en Rusia, no tenía una causa justificada, era excesivo y arbitrario y no garantizaba la libertad de expresión y el derecho a la información (*Rusia y Engels c. Rusia,* STEDH 23 de junio de 2020). La lectura de las sentencias del TEDH ponen de manifiesto que la valoración de si resultan o no proporcionales los límites impuestos a la libertad de expresión en Internet, así como si tales límites estaban adoptados por una medida de carácter legal y/o estaban justificados por alguna razón de interés general, no reclama sofisticados conocimientos, pues se ha tratado en la mayoría de las ocasiones de un juicio externo de convencionalidad, para que todo juez del TEDH está capacitado. Los jueces europeos realizan, antes y ahora, un juicio externo en el que verifican —no sustituyen—, lo correcto del juicio de ponderación que ha hecho el Estado demandado en virtud de su margen de apreciación.

Y finalmente, el tercero de los interrogantes: ¿reclama esta nueva sociedad de la información una acción del legislador, es decir, un mayor marco normativo para la libertad de expresión? Lo cierto es que creo que en nuestro país el legislador ya estaba en deuda con la libertad de expresión. Tenemos algunas ausencias notables como una ley del secreto profesional, un consejo nacional audiovisual o el modelo de gobierno de la RTVE. Por otro lado, tenemos algunas actualizaciones necesarias, como la ley de secretos oficiales (1968), la ley de censura (1966), la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (1982) o la ley de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información (1997). A partir de ahí, si bien son muchos son los interrogantes que plantea la nueva sociedad de la información, algunos, a mi parecer, serían más fáciles de responder por los jueces si dispusieran de un marco legislativo más contemporáneo. Quizás, de inicio, no resulte imprescindible más que arremeter la tarea pendiente de actualizar el marco normativo existente de la libertad de expresión, eso sí, con la mirada puesta en los cambios provocados por la actual sociedad de la información.

En la sociedad del S. XXI, la libertad de expresión y el derecho a la información son los activos más preciados; eso no ha cambiado. No obstante, sí hay una profunda trasformación de la sociedad y hoy, es generalizada la opinión de que *somos todos un poco reporteros*. En este contexto, la proposición que ya no estoy segura de que sea válida es la que defendía que *la mejor legislación sobre libertad de expresión es la que no existe*. Contrariamente, creo que legislador y jueces deben tutelar —en su justa medida— derechos como intimidad y propia imagen. La autonormación —ya no sólo de los profesionales de la información, sino de la sociedad en general—, será un instrumento muy necesario en la tutela de tales derechos, pero no suficiente. La labor pendiente es compleja y debe empezar a acometerse lo antes posible.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es