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

DICOTOMÍAS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA ERA DE LA COMUNICACIÓN DIGITAL

Miguel Revenga Sánchez
Catedrático de la Universidad de Cádiz

1. Se ha dicho muchas veces que no hay libertad más *constitutiva* de la idea y de la práctica democrática que la libertad de palabra. Ninguna cuenta con una tradición de más pedigrí y de ninguna otra se puede decir que se ejerce con plenitud al mismo tiempo que se diserta o se escribe acerca de ella. La libertad de expresión es la libertad más natural, la que tiene connotaciones más desbordantes y la que puede, por ello, defenderse como el presupuesto *sine que non* del surgimiento y realización efectiva de una organización social de tipo democrático. La asociamos con el imaginario de la democracia *de los antiguos,* como *parresia* o posibilidad de poner de manifiesto ante la asamblea los puntos de vista propios, participando así en pie de igualdad con todos los demás beneficiarios de los atributos de la ciudadanía. La vemos resurgir siglos después en el epicentro de las contiendas religiosas para reivindicar la virtud de la tolerancia y el respeto mutuo. Y ya en tiempos propicios para la escritura de documentos constitucionales, para defender la libertad de imprenta como «uno de los más grades baluartes de la libertad» frente al gobierno despótico, y para que brille en su vertiente de libertad *positiva* de conciencia en la fórmula (de insuperable belleza) utilizada por quienes redactaron, en vísperas constitucionales, la Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia: «Que la religión, o el deber que tenemos para con nuestro Creador, y la forma de cumplirlo, sólo puede estar dirigido por la razón y la convicción, y no por la fuerza y la violencia; y por consiguiente *todos los hombres están igualmente autorizados al libre ejercicio de la religión de acuerdo con los dictados de su conciencia*; y que es un deber mutuo de todos practicar la benevolencia cristiana , el amor y la caridad de los unos para con los otros».

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

2. Los apartados recién transcritos ponen de relieve una primera dicotomía de la libertad de expresión que afecta de manera profunda a las concepciones sobre ella que hemos ido asentando con el paso del tiempo. Me refiero a la que separa la libertad de palabra estrictamente considerada, de aquella otra a la que podemos considerar como una forma más acabada de ejercicio de la misma, esto es, la que se ejerce acompañada de la voluntad de que perdure y trascienda mediante su plasmación en un soporte que permita la difusión a un número indeterminado de destinatarios. Con la primera, proyectamos nuestra individualidad como seres sociales y comunicativos; exteriorizamos nuestros pensamientos en la más pura cotidianeidad de lo próximo o con un relieve más social o colectivo, pero en uno y otro caso, con la convicción de que lo que importa es la posibilidad misma de hablar, de expresarse, de hacer presente ante los demás los reductos del yo, y en último extremo de hacerlo con la garantía de que la palabra (o el comportamiento expresivo) es un ámbito de autodeterminación individual cuyas cortapisas, sean del tipo que sean, han de tener, en un sistema de libertad de palabra, una justificación consistente. Mediante el ejercicio de la segunda, sublimamos, por así decir, la libertad de hablar, que es ejercida ahora no para proyectarnos en el círculo más próximo de nuestros contactos o de nuestras relaciones personales o profesionales, sino con plena conciencia de que, al enmarcar la palabra en un soporte apto para ser difundido de manera masiva, se la estamos entregando a una audiencia cuyos contornos, más allá de los condicionantes lingüísticos, son de muy difícil o imposible delimitación. Creo que detrás de esa dicotomía está el carácter un tanto oscilante y dubitativo con la que a veces hablamos de la libertad de expresión sin que esté muy claro si se trata o no de un género con respecto al cual la libertad de palabra y/o las libertades comunicativas o de información se nos aparecerían como especies susceptibles de connotaciones y tratamientos normativos diferenciados.

3. Lo que confirma una rápida ojeada a los documentos fundacionales es lo que hemos visto aparecer en la Declaración de Virginia. Por ejemplo, en la Declaración francesa de 1789, donde por un lado está la garantía de no ser molestado por las opiniones propias, *incluso religiosas* (artículo 10) y, por otra, la «libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones» algo de lo que se nos dice que es uno de los derechos más preciados del hombre, por lo que «todo ciudadano puede (…) hablar, escribir e imprimir libremente». Hablar es una cosa, pero comunicar con proyección potencialmente universal (o por lo menos indeterminada), otra. Quizá por ello cuando la Declaración se ocupa de establecer los límites lo hace con fórmulas diferentes para la una y para la otra. En el primer caso, en el de las opiniones, mediante la llamada a la no alteración del orden público protegido por la ley, un verdadero límite *terrible* cuya invocación condicionó y en buena medida frustró el despliegue normalizado de los derechos de manera coherente con los

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

fundamentos del constitucionalismo moderno. En el segundo caso, en cambio, la garantía parece consumarse en el adverbio «libremente», es decir, en la seguridad de que no habrá óbices (*nihil obstat*) o condicionantes formales previos a la difusión, si bien ello va de la mano del recordatorio de la «responsabilidad que el abuso de esta libertad genere en los casos determinados por la ley». Hay aquí, desde luego, otra dicotomía interesante: la que marca las distancias entre la rotundidad de las fórmulas de reconocimiento del derecho en su doble vertiente, que va incluso acompañada de la plena conciencia de la relevancia del mismo en un sistema de libertades positivas, junto con la prevención y el temor que suscita la posibilidad de que su ejercicio produzca consecuencias dañinas, en el ámbito de lo público/estatal, pero también en el de las relaciones *inter privatos*; para conjurarlo, la libertad de expresión nos muestra aquí el punto de partida de una tradición que se mantiene firme hasta la fecha y que hace de él uno de los derechos sujeto a las limitaciones más amplias y en buena medida ambiguas de todo el repertorio.

4. Las dicotomías alcanzan también, desde luego, a las maneras en las que concebimos las bases filosófico políticas de esta libertad. Hay en esto, como se explica tantas veces, dos posibles vías: por un lado, la que insiste en la proyección personal y concibe la expresión como el núcleo de la autodeterminación del individuo. Y por el otro, la que se fija en la relevancia y la utilidad social de ella, un punto de vista que, a su vez, es susceptible de otra bifurcación o desdoblamiento: el que se fija en la capacidad generativa de la expresión para producir un resultado, básicamente el establecimiento de un punto de concordia o de una «verdad» aceptada por todos o por la mayoría; y la que hace del relieve político de la expresión el punto crucial de la posibilidad misma del autogobierno colectivo. En apoyo de cada una de ellas se nos vienen de inmediato a la cabeza un puñado de nombres ilustres cuya enumeración les ahorraré. Lo que interesa destacar es que según cuál sea el basamento teórico sobre el que pretendamos que reposen el sentido y las finalidades del compromiso con la libertad de expresarse, así será, a la postre, el arsenal de los argumentos con en el que habrá que descender desde el cielo de los conceptos al fragor de los enfrentamientos y de los conflictos que suelen desencadenarse a propósito de ciertos usos de la libertad de palabra considerados por algunos como desviados o abusivos. Si creemos que el libre desarrollo de la personalidad presupone el derecho a callar o a expresarse a través de cualquier medio, sin sujeción a censuras y sin temor a sufrir represalias o cortapisas (por muy «neutrales» que puedan ser en apariencia las regulaciones que las establecen), entonces nos será difícil justificar límites de la libertad de expresión que supongan en la práctica desnaturalizar su libre flujo y rodearlo de condicionamientos y restricciones. Si pensamos, en cambio, que la verdadera dimensión de esta libertad no hay que buscarla en el claustro íntimo de cada individuo y en

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

el carácter imprescindible de la posibilidad de comunicarse como algo atinente a la vida digna, sino en las funciones o finalidades de tipo social que ella cumple, entonces será mucho más sencillo trazar las barreras que separan los ejercicios de la libertad de expresión *legitimados* por lo que representan, de aquellos otros que, debido a que carecen de cualquier valor desde tal punto de vista, podemos abandonar a su suerte sin posibilidad de que vengan en su auxilio fundamentaciones teóricas o construcciones jurisprudenciales que la pongan a resguardo de represalias y consecuencias negativas.

5. Un breve excurso sobre el *enjambre normativo* del artículo 20 de la Constitución española de 1978: la lectura de ese artículo confirma que aquí, como en tantos otros aspectos de nuestra Constitución, se procedió por acumulación de materiales procedentes de fuente diversa, lo que conforma un *totum revolutum* con cierta propensión hacia lo alambicado o lo confuso. Hay, me parece, un par de reglas paramétricas: la proscripción de censura previa de cualquier tipo que pudiera actuar como un factor de restricción de los derechos de expresión e información (artículo 20.2), por un lado, y la reserva de jurisdicción para acordar, en su caso el secuestro de «publicaciones, grabaciones y otros medios de información» (artículo 20. 5), de otro. Más allá de ello, el artículo contiene un mandato al legislador para que organice el control parlamentario y el acceso en condiciones de paridad a los medios de comunicación social de titularidad pública (artículo 20.3) y un par de Apartados que, a la manera de la técnica que sigue en esto el Convenio Europeo de Derecho Humanos, se destinan a definir *en positivo* los contenidos del derecho y a establecer *en negativo* el repertorio de las limitaciones (artículo 20. 1 y artículo 20.4, respectivamente). En positivo, el artículo reconoce y protege el derecho de expresar y difundir a través de cualquier medio «pensamientos, ideas y opiniones», así como la libertad de cátedra (cuyo encaje más coherente, nos parece, hubiera sido el artículo dedicado a regular la educación), así como la de «producción y creación literaria, artística, científica y técnica». Y a renglón seguido abre un inciso para singularizar los derechos a «comunicar o recibir» información (no a acceder a ella, que aparece sólo diluido, en su vertiente de acceso a archivos y registros públicos, como un mandato al legislador en el Título dedicado al Gobierno y a la Administración), enmarcando tales derechos en unas coordenadas que parecen concebidas para delimitar el ámbito de lo que se protege y para conceder a quienes los ejercen un par de prerrogativas, el secreto profesional y la cláusula de conciencia, que la ley habrá de desarrollar. El artículo se decanta aquí por la necesidad de establecer un sistema diferenciado de expresión para aquellos que se dedican de manera habitual y con carácter profesionalizado a comunicar información (por eso se califica de profesional el secreto que se prevé como garantía) y, por tanto, a hacer factible el derecho a recibirla. Pero, más allá de reforzar su posición median-

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

te la previsión de aquellas prerrogativas, la operación *delimitadora* se salda con un fuerte condicionamiento de tipo semántico que se nos aparece como el verdadero *leitmotiv* de todo ello: la información habrá de tener un carácter «veraz», o no ser.

6. En negativo, el elenco de las limitaciones que se recogen en el artículo 20.4 confirma plenamente la idea de que no hay derecho («libertades», se lee allí) más sujeto a prevenciones y límites formales que el derecho a expresarse. Porque no es sólo que se especifiquen bienes constitucionales (la protección de la juventud y de la infancia) o se contemplen como conflictos típicos los que pueden suscitarse entre expresión y honor, expresión e intimidad y expresión y protección de la propia imagen. Es que además se atribuye genéricamente el carácter de límite al respeto a los derechos del Título I de la Constitución (así, sin más precisiones); y por si no bastara con semejantes prevenciones se añade la «perla» del límite consistente en «los preceptos de las leyes que lo (sic) desarrollen». Parece como si aquí se estuviera dando la vuelta a unos de los principios medulares del constitucionalismo de los derechos: el de que las leyes valen sólo si son respetuosas con los derechos fundamentales y sus contenidos esenciales, que es lo que, por otra parte, se indica en el artículo 53.1 de la Constitución.

7. Bien sabemos que, en su despliegue efectivo, cabría decir afortunadamente, el estatuto de la libertad de expresión no trasluce la visión recelosa y llena de cautelas con la que es contemplada en bastantes de los textos que lo reconocen y amparan, incluido, desde luego el Convenio Europeo, cuyo artículo 10.2 es también un paradigma desde ese puno de vista. La dicotomía se produce aquí entre el dictado de las disposiciones normativas —el *wording* o la *fraseología* no siempre atinada— y las interpretaciones o las lecturas de ellas realizadas por los jueces cuando han de decidir, al hilo de las contingencias de la vida y de sus conflictos concretos y bien enmarcados circunstancialmente, de qué lado se resuelve la tensión entre la libertad y el límite. En esto, no hay seguramente ningún otro derecho que esté influido de manera tan intensa por la impronta de «casos y controversias» cuyas *rationes decidendi* y *dicta* jurisprudenciales han traspasado las fronteras físicas y temporales para convertirse en verdaderos clásicos de un arsenal de razones que aparece de manera persistente y ubicua. Quizá de entre tales razones o argumentos «estructurales» y tópicos, hay un par de ellos que sobresalen por encima de los demás: uno afecta a la dimensión más personal o individual de la capacidad de expresarse; y el otro se refiere a la dimensión institucional o comunicativa de la palabra escrita. El primero debate sobre la capacidad de las palabras para producir daño y sobre la proximidad o el carácter más o menos plausible de que este se produzca; un test de peligro claro e inminente que surge al hilo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano en los tiempos de la Prime-

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

ra Guerra Mundial y que se refina en 1969, en el caso *Brandenburg contra Ohio*, en el sentido más favorable a la palabra a menos que el nexo entre esta y la acción contraria a la ley sea claramente de causa a efecto y en conexión temporal. La metáfora de Holmes sobre el grito de fuego en un teatro, la idea de la *bad tendency* expresiva, el alcance de las palabras «agresivas» u obscenas, así como las diferentes implicaciones de «abogar» (o «preconizar») e «incitar» están en el trasfondo de uno de los principales debates sobre la libertad de expresión en el mundo de nuestros días, en Estados Unidos y por doquier, aunque en el caso norteamericano aún está por ver si el asalto al Congreso en enero de 2021, precedido del discurso de Trump ante sus adeptos, no acabará produciendo efectos sobre el sentido último, tan favorable a la palabra, del test *Brandemburg*.

8. Mediante el segundo de los tópicos argumentativos a los que acabamos de referirnos, el Tribunal Supremo norteamericano afronta de lleno en 1964 (*New York Times contra Sullivan*) el tópico de la verdad en los discursos y narraciones escritas, pero sobre todo reivindica para la prensa un protagonismo como «perro guardián» en la vigilancia de los gobernantes que no sé si el paso del tiempo no ha cuarteado o al menos relativizado. Sobre el célebre *dictum* del «compromiso nacional profundo respecto al principio que postula que el debate sobre los asuntos públicos debe ser desinhibido, robusto y amplio, aunque incluya ataques a funcionarios públicos que puedan ser vehementes, cáusticos o desagradables», han montado los tribunales de todo el mundo una doctrina sobre la libertad de expresión absolutamente esencial para la defensa del sistema democrático. La idea de su «posición preferente» en el sistema de los derechos sirve para trazar los alcances de los escrutinios más o menos rigurosos de los tribunales, aporta racionalidad a las argumentaciones de estos en torno a las exigencias de la sociedad democrática, y alza una barrera contra la pretensión de resucitar el libelo o el honor de las personas o las instituciones públicas con la finalidad de cuestionar o dificultar el debate a como dé lugar de los asuntos públicos.

9. La comunicación de tipo digital, a la que quien más quien menos nos entregamos hoy con frenesí cotidianamente, diluye o hace borrosas bastantes de las lógicas dicotómicas a las que acabamos de referirnos. En primer lugar, influye de manera determinante sobre la separación entre la facultad de expresarse y la de hacerlo con la simultanea incorporación a un soporte que permite la difusión y otorga potencial perdurabilidad a lo expresado. La gestión de los servicios y soportes que hacen posible la comunicación, y las dudas relacionadas con las quiebras del secreto de las comunicaciones personales —que es una garantía esencial para que las nociones de privacidad o vida íntima continúen teniendo algún sentido— se han convertido en otros tantos aspectos problemáticos de ella. El optimismo

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
Libro completo en:
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

libertario y antropocéntrico que destilaba la Declaración de Independencia en el Ciberespacio redactada en 1986 por John Perry Barlow, uno de los artífices de la Red, nos resulta hoy ingenuo y desenfocado. No son los Gobiernos del mundo, sino antes que nada los gigantes de la tecnología digital, los que necesitan ser embridados mediante el Derecho, que es el instrumento del que se ha servido el ser humano desde la modernidad para marcar caminos y establecer las condiciones del ejercicio del poder organizado. Los desafíos son intrincados y están fuera del alcance de las posibilidades de los Estados individualmente considerados, pero no hay razón para permitir que la desregulación y el descontrol vengan a adherirse como una segunda piel a las inmanencias de funcionamiento del «capitalismo de la vigilancia». Porque por muy lamentable o indeseable que nos resulte la deriva que ha cobrado la libertad de expresión en la era de la comunicación digital, no cabe la vuelta atrás. Como no cabe tampoco obstinarse en negar las potencialidades de la misma, incluso en términos de incremento de la calidad democrática, a las que los «ciberoptimistas» y quienes continuamos creyendo en el valor de las declaraciones de derechos nunca deberíamos renunciar.

10. Al diluirse las fronteras que separan la expresión individualizada de puntos de vista o impresiones, de aquella otra consistente en la transmisión de información de carácter profesional, también se transforman los procesos de formación de aquella «opinión pública», cuya institucionalización tan decisiva ha sido para el emplazamiento de la libertad de palabra en el Estado constitucional. Si la aspiración a una información de tipo veraz, que hemos visto recogida en el artículo 20 de la Constitución española, ya había sido refrenada jurisprudencialmente por referencia no al contraste indubitado del contenido de la información con el mundo de los hechos reales, sino a la ausencia de mala fe o negligencia inexcusable del transmisor de la misma, ahora más parece que es la propia idea de «verdad» la que ha experimentado una mutación en toda regla para convertirse, desde los imperativos de la racionalidad democrática, en un anhelado objeto del deseo. Bien sabemos que no es cuestión de ensanchar las tareas públicas cargándolas con el cometido de descubrir y asentar una verdad, algo que resulta de todo punto incompatible con la lógica de un sistema que reposa precisamente sobre la confrontación pública de razones o «verdades» relativas, sin más límite que el respeto al marco establecido al efecto en la Constitución. Pero en paralelo a dicho proceso se asiste a un fenómeno consistente en la difusión de noticias falsas, sin fundamento en la realidad efectiva de las cosas, que se fabrican y se circulan de modo masivo con una intencionalidad torticera e inconfesable. Quizá nos falta aún la suficiente perspectiva como para calibrar el desafío que un fenómeno semejante supone para la subsistencia misma de un concepto como el de opinión pública y para las concepciones de la democracia vinculadas con ella. Pero por lo que

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

vamos viendo la cuestión de las *fake news* se ha incorporado ya plenamente al repertorio de las amenazas que se ciernen sobre la democracia (y la seguridad nacional de los Estados comprometidos con ella) y está dando lugar a análisis y respuestas tentativas en el constitucionalismo multinivel que inevitablemente suscitan en sí mismas dudas y controversias relacionadas con los fundamentos clásicos de la libertad de expresarse.

11. Ocurre así que mientras en una parte considerable del mundo el oficio de informar y hacer visible la realidad de los hechos se ha convertido en algo arriesgado, y que a menudo se paga con la vida, en los sistemas de democracia asentada parece como si la información de calidad se hubiera banalizado y subsistiera tan sólo en las manos de cada vez menos grupos empresariales centrados en el entretenimiento. La comunicación sostenida con fondos públicos se adapta mal a las exigencias de pluralismo y neutralidad inherentes a ella en un mundo en el que el «libre mercado de las ideas» ha sido reemplazado por la presencia de noticias e impresiones exprés que inundan de manera incesante nuestros dispositivos electrónicos. El periodismo de papel comprometido con la calidad de la información se bate en retirada frente al auge de la comunicación digital (a la que aquel también se rinde) que ha pasado a ser así el medio de contacto con la realidad política para la mayor parte de los ciudadanos. La libertad de expresarse y la de impartir y recibir información conforman hoy, en definitiva, un compacto enmarañado de hechos e interpretaciones de ellos que se filtran según las características de grupos de audiencia clientelares cada vez más aislados y estructurados. Y en esas condiciones lo que cabe preguntarse es qué queda de la imagen de aquel espacio público abierto al libre intercambio de razones sobre el que se ha modelado desde siempre el *ethos* del Estado constitucional, hoy en la forma de una democracia que nunca podría renunciar a sus compromisos con los valores subyacentes, a sus formas de reparto del poder y a sus exigencias argumentativo/deliberativas sin desnaturalizarse y experimentar un proceso de erosión que acabe convirtiéndolo en otra cosa.

12. La era de la comunicación digital lo que plantea, al final, es el mismo desafío de siempre: el de establecer reglas vinculantes para todos desde la reafirmación de lo que se considera fundamental y, por ello, necesitado de una traducción/adaptación expresada en la lengua de los derechos. El diagnóstico de los problemas que acarrea la desregulación y el descontrol está realizado, como también están comprobadas las consecuencias que genera abandonar a su suerte el sistema de la libertad de expresión, dejándolo en manos de corporaciones privadas que establecen sus propias normas desde una lógica privado-empresarial a las que el usuario no tiene más alternativa que adherirse o alejarse. Se suele decir, a pesar de ello, que los principios inspiradores de dicho sistema son los mismos en la comunicación

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

«tradicional» que en la comunicación digital y que a ellos hay que atenerse. Y ciertamente los jueces y los tribunales van resolviendo día a día los conflictos adaptando tales principios a entornos que están, como decimos, faltos de la suficiente regulación de carácter heterónomo, o que en sí mismos, y como consecuencia del uso que se hace de ellos, se ven como dañinos Sobran los ejemplos porque el potencial conflictivo es quizá mayor que nunca en unas sociedades en la que la comunicación social instantánea y masificada está al alcance de todos todo el tiempo. En España el legislador penal, bajo la estela de una Decisión Marco de la UE del año 2008, realizó una reforma en el artículo que tipificaba la «provocación» al odio para convertirlo en una norma de amplísimo espectro que contempla además como un tipo agravado la realización del ilícito por medio de internet o del uso de tecnologías de la información. Junto con el delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo, ello ha convertido la reacción punitiva frente a ciertas opiniones (o exabruptos) vertidas en las redes sociales en un verdadero «test de estrés» para el alcance de la libertad de expresión, en el que abundan las contradicciones interpretativas y los desencuentros (entre las jurisdicciones ordinaria y constitucional y entre las jurisdicciones *internas* y la europea). Otras veces son los déficits regulativos los que otorgan a la decisión judicial un plus de creatividad que el propio tribunal acepta a regañadientes, sin dejar de reprochar al legislador su mutismo. Véase como muestra de ello la sentencia del Tribunal Supremo (la 735/2022 de la Sección 4 de lo Contencioso) que tuvo que decidir si Twitter había vulnerado algún derecho al bloquearle de plano al Partido VOX su cuenta en campaña electoral como consecuencia de ciertas afirmaciones realizadas en ella sobre los índices de delincuencia en la comunidad de origen magrebí. O bien es el Tribunal el que, con plena consciencia de las insuficiencias de la llamada a los principios generales, suple las carencias creando toda una tipología de factores y principios específicos de la comunicación en red que actúen como guía para la resolución de los conflictos entre el derecho al honor y el ejercicio de la libertad de expresarse. Cada vez tenemos más ejemplos de esto en el derecho de origen judicial, pero quizá por el detenimiento con lo que lo hace, vale la pena citar la sentencia 8/2022 en la que el Tribunal Constitucional español alza el vuelo desde las particularidades del caso (un simple recurso de amparo) para establecer pautas generalizables.

13. Los dilemas de la libertad de expresión que pudiéramos llamar tradicionales se han multiplicado con los que proceden de la automatización y la puesta a disposición generalizada del medio para expresarse y hacerse oír con un alcance potencialmente universal. Todos obtenemos beneficios de ello, pero quizá no tantos ni tan diáfanos como esperaban quienes, rescatándola de los arcanos del ámbito de la defensa, depositaron la red en las manos de los ciudadanos, sentando con ello las bases de un mundo sin fronteras, conectado «en horizontal», y con unas

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

posibilidades de acceso y difusión del conocimiento prácticamente ilimitadas. Internet no lleva en su código genético nada inexorable como para que el sueño utópico que representó en su momento, y aún representa para muchos, se transforme en la pesadilla de una realidad en la que el lucro y la aniquilación del concepto de privacidad reinen de manera desbocada. Los derechos y las garantías que trabajosamente se fueron afirmando en las esferas nacional y supranacional no son rémoras ni reminiscencias de un mundo periclitado, sino presupuesto e impulso de la necesidad de actuar para establecer reglas e impedir que la distopía que hoy se cierne sobre el escenario de lo digital se acabe materializando.

Nota bibliográfica

Una excelente visión de conjunto de las (relativamente diversas) trayectorias de la libertad de expresión en América y en Europa puede verse en el libro de Miguel Ángel Presno y Germán Teruel, *La libertad de expresión en América y en Europa*, Porto/Curitiba, Juruá, 2017. Es muy interesante también el proyecto *freespeechdebate.com* liderado por Timothy Garton Ash, del que procede su ensayo *Libertad de palabra. Diez principios para un mundo conectado*; Barcelona, Tusquets, 2017. Una encendida y reciente defensa de la libertad de palabra contra los excesos prohibicionistas o silenciadores que hoy cobran renovados ímpetus, es la de Andrew Doyle, *La libertad de expresión y por qué es tan importante*, Madrid, Alianza, 2022

Sobre los orígenes y los avatares del test del peligro claro e inminente una completísima monografía es la Abel Arias Castaño, *Clear and Present Danger Test. La libertad de expresión en los confines de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2018.

Sobre el problema de la información veraz y, en general sobre la noción de verdad y su complejo ajuste en los engranajes de la maquinaria de la democracia constitucional, Ignacio Villaverde, «Verdad y Constitución. Una incipiente dogmática de las ficciones constitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 106 (2016), pp. 149 y ss. Se lee con provecho el debate clásico entre Kant y Benjamín Constant publicado ahora con el título ¿Hay derecho a mentir? La polémica Immanuel Kant-Benjamin Constant sobre la existencia de un deber incondicionado de decir la verdad, Madrid, Tecnos, 2021, que va acompañado de un enjundioso Estudio de contextualización a cargo de Eloy García.

Sobre la cuestión de las *fake news* y el desafío que representan para la formación de una opinión pública libre, así como los problemas que se suscitan a raíz de las iniciativas surgidas para enfrentarlas, Rafael Bustos, «La formación libre de la opinión pública en la nueva sociedad tecnológica: importancia y riesgos en su

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

garantía», en Ángel Sánchez y Rosa María Fernández, *Reflexiones para una democracia de calidad en una era tecnológica*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021.

Sobre la comunicación a través de las redes sociales y su impacto sobre las cuestiones clásicas, pueden verse los trabajos de Andrés Boix, «La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales», *Revista de Estudios Políticos*, 173 (2016), pp 55 y ss. Así como los de Germán Teruel, «Perspectivas de los derechos fundamentales en la sociedad digital», *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, 9 (2016), pp. 215 y ss. y Miguel Ángel Presno, «La libertad de expresión en Internet y las redes sociales: análisis jurisprudencial», *Revista Catalana de Dret Public,* 61 (2020), pp. 65 y ss.

Por último, el tratamiento del odio como límite de la libertad de expresión cuenta con una bibliografía inabarcable. Puede verse el volumen que coordiné bajo el título *Libertad de expresión y discursos del odio,* Alcalá, Universidad de Alcalá/Defensor del Pueblo, 2015 y específicamente la monografía de David Martín Herrera *El problema del hate speech en Europa y su tratamiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Granada, Comares, 2021.

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