



Universidad de Oviedo
Universidá d'Uviéu
University of Oviedo

Facultad de Derecho

PCEO DERECHO/ADE

TRABAJO FIN DE GRADO

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SU EJERCICIO A TRAVÉS DE
LAS REDES SOCIALES

FREEDOM OF SPEECH AND ITS EXERCISE THROUGH SOCIAL
NETWORKS

Alumno: Pablo Arce Nicolás

Convocatoria: Extraordinaria segundo semestre

RESUMEN

El derecho a la libertad de expresión ha experimentado numerosos cambios a lo largo del tiempo, y supone una condición necesaria para que haya democracia. Se analizará este derecho, su evolución, prestando especial atención al ámbito de la Unión Europea y España, y su consideración como derecho fundamental. También se hará referencia a su posición de prevalencia frente a otros derechos, a sus límites, ya que no es un derecho absoluto, y a su tratamiento jurisprudencial.

Se hará hincapié en como la libertad de expresión se ha visto afectada por el desarrollo de las redes sociales y la influencia que ello ha tenido en cuanto a la aparición de nuevos delitos y su incidencia en los límites al ejercicio de la libertad de expresión. También se expondrá el papel de los titulares de las redes sociales, los servicios que se prestan y la responsabilidad en la que pueden incurrir. Y finalmente se prestará una especial atención al alcance de este derecho cuando es ejercido por menores de edad.

Palabras clave: libertad de expresión, límites, democracia, redes sociales, ciberespacio, medios de comunicación, prestadores de servicio.

ABSTRACT

The freedom of speech right has experienced numerous changes over time, and is a necessary condition for democracy. This right, its evolution, paying special attention to the European Union and Spain, and its consideration as a fundamental right will be analysed. Reference will also be made to its position of prevalence over other rights, to its limits, as it is not an absolute right, and to its treatment in case law.

Emphasis will be placed on how freedom of expression has been affected by the development of social networks and the influence this has had in terms of the appearance of new offences and their impact on the limits to the exercise of freedom of speech. The role of the owners of social networks, the services provided and the liability they may incur will also be discussed. Finally, special attention will be paid to the scope of this right when it is exercised by minors.

Keywords: freedom of speech, limits, democracy, social networks, cyberspace, media, service providers.

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

Art.	Artículo
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
CE	Constitución Española de 1978
DDHH	Derechos Humanos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
FJ	Fundamento Jurídico
Etc.	Etcétera
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
v.	Contra (en inglés “versus”)
c.	Contra
pág.	Página
p.	Página
RAE	Real Academia Española
TC	Tribunal Constitucional
CP	Código Penal
LSSICE	Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico
UE	Unión Europea
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
EEUU	Estados Unidos
ss.	Siguientes

ÍNDICE

RESUMEN	2
ABSTRACT	2
ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS	3
ÍNDICE	4
1.- PRESENTACIÓN	5
2.- DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (ESPAÑA Y UNIÓN EUROPEA) ...	8
3.- OBJETO Y LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	11
4.- COMUNICACIÓN A TRAVÉS DE LAS REDES SOCIALES FRENTE A LAS COMUNICACIONES TRADICIONALES	18
5.- LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LAS REDES SOCIALES	19
5.1.- Límites	22
5.2.- Papel de los titulares de las redes sociales	29
5.3.- Responsabilidad en las redes sociales.....	30
5.4.- Contenidos ilegales en las redes sociales e internet	33
5.5.- Protección de la libertad de expresión de los menores en las redes sociales..	34
CONCLUSIONES	37
BIBLIOGRAFÍA	39
JURISPRUDENCIA	40

1.- PRESENTACIÓN

Históricamente era habitual relacionar la libertad de expresión y la libertad de imprenta. Como indica Laura Verónica Coronado Contreras¹ en su tesis doctoral, estas libertades estaban estrechamente vinculadas y se las empezó a considerar como derechos públicos subjetivos a partir de la Ilustración, ya que anteriormente se hacía referencia a ellas en el seno de los debates que realizaban los miembros del Parlamento. A partir de la primera mitad del siglo XVIII se las comienza a analizar conjuntamente haciendo posible de esta forma garantizar un buen gobierno, como afirma Montesquieu en su tratado “El espíritu de las leyes”.

Como consecuencia de esto, ciertos documentos y tratados de carácter constitucional redactados durante el siglo XVIII (como puede ser la Declaración de Derechos de Virginia de 12 de junio de 1776²), establecieron la necesidad de que si un régimen quisiera ser considerado democrático debería garantizar que sus ciudadanos son libres para expresar sus pensamientos e ideas.

De hecho, la Declaración de Derechos hecha en Virginia incluye expresamente en su apartado XII que, *“que la libertad de la prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad, y que jamás puede restringirla un gobierno despótico”*. Esta declaración supuso un gran avance, y sirvió de guía o punto de partida para posteriores desarrollos de los derechos y libertades de los ciudadanos.

Sigue esta dirección la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada en Francia el 26 de agosto de 1789. Esta declaración se pronuncia expresamente sobre la libertad de expresión. Establece en su art. 10 que, *“nadie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, siempre y cuando su manifestación no perturbe el orden público establecido por la Ley”*; y en su art. 11 que, *“la libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del Hombre; por consiguiente, cualquier Ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, siempre y cuando responda del abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley”*. Entre otras cosas, con esta declaración se pretende consolidar derechos fundamentales, diseñando un nuevo orden político y social, basado en la libertad y la igualdad, que permitiera a la sociedad evolucionar.

Cabe señalar que a partir de la aprobación de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, todos los textos constitucionales contemplan y garantizan el derecho fundamental de la libertad de expresión, lo que desemboca en una ciudadanía más participativa, que trae como consecuencia lo que hoy se denomina “opinión pública”.

Estas libertades permiten que los individuos se desarrollen y evolucionen, progresen social, cultural y democráticamente, etc.

¹ Véase la Tesis Doctoral: *La libertad de expresión en el ciberespacio* (2015; p. 113-122), de Laura Verónica Coronado Contreras. Madrid.

²La Declaración de Virginia de 12 de junio de 1776, declaró que todos los ciudadanos son libres e independientes y ostentan un conjunto de derechos que les son inherentes, y no se les puede privar de ellos. La Declaración indica que fue “hecha por los representantes del buen pueblo de Virginia, reunidos en convención plena y libre, como derechos que pertenecen a ellos y a su posteridad como base y fundamento de su Gobierno”.

Pero no solo está reflejada esta protección en las constituciones, sino que además se ha reflejado en diferentes instrumentos jurídicos internacionales. Ejemplo de ello es la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)³, aprobada en París por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Este instrumento internacional, garantiza el derecho a la libertad de expresión en su artículo 19, que dice así: *“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”*.

Puede observarse que el concepto de libertad de expresión ha cambiado con esta última formulación, puesto que no solo se quiere proteger la difusión o emisión de ideas, sino que también se incluye la potestad de investigar y recibir informaciones y opiniones, sin que importe el medio de expresión. Se empieza a hablar por lo tanto del derecho a la información o libertad de información, que está estrechamente relacionado con la libertad de expresión.

En el mismo sentido se expresan otros instrumentos internacionales que garantizan también el derecho a la libertad de expresión como la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴ y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos⁵. La Convención Americana garantiza la libertad de expresión en el art. 13, el cual establece en su apartado uno que, *“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”*.

Por su parte, el Pacto Internacional contempla este derecho en su art.19, que dice así:

“1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

También dedica su art. 20 a proteger la libertad de expresión:

*“1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.
2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”*.

Estos dos artículos del Pacto Internacional se asemejan en gran medida al art. 13 de la Convención Americana, y en los dos se establece que el derecho a la libertad de

³ La Declaración Universal de derechos Humanos de 1948 fue firmada por 26 países. Se integra de 30 artículos, los cuales son los derechos humanos considerados básicos entre los que destacan, por ejemplo, el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona; el derecho a no ser sometido a esclavitud ni a servidumbre; el derecho a no ser sometido a torturas o tratos crueles; etc.

⁴ La Convención Americana sobre Derechos Humanos se aprobó el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José, en Costa Rica. En su art. 13 garantiza el derecho a la libertad de expresión y este artículo se encuentra dividido en cinco apartados.

⁵ El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos es un tratado multilateral que fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, en Nueva York. Dedicó los artículos 19 y 20 al tema de la libertad de expresión, los cuales suman cinco apartados.

expresión comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones o ideas de toda clase, sin que importe el medio de expresión y sin tener en cuenta las fronteras, es decir, que también se refieren al derecho a la información o libertad de información.

Pero además que los dos se refieran a la difusión de informaciones más allá de un territorio específico (“sin consideración de fronteras”), refleja una gran evolución de este derecho que llega hasta la actualidad y una nueva tendencia internacional de comunicación entre distintos estados o transfronteriza.

Otro documento trascendente en este sentido, no solo para España, fue la Constitución Política de la Monarquía Española o Constitución de Cádiz⁶, aprobada el 19 de marzo de 1812 en España, que consagra el derecho a la libertad de expresión en su art. 371, contenido en el Título IX, “De la Instrucción Pública”.

“Art. 371. Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes”.

La promulgación de este texto supuso un gran avance. Por un lado, empiezan a coexistir multitud de géneros literarios que además de introducir opiniones expresan también valores.

Y por otro, como ya no es necesaria una autorización o licencia para la publicación de ideas políticas, los grupos de intelectuales van a debatir públicamente y sin restricciones, en vez de expresar sus ideas en pequeños grupos privados.

Por último, existen también importantes textos en América Latina, y en México específicamente, que protegen el derecho a la libertad de expresión y que es preciso tener en cuenta.

Destaca por ejemplo el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana⁷ de 1814, el cual está influido por la Constitución de Cádiz de 1812. En este texto constitucional se establece el derecho a la libertad de expresión, en el Capítulo V, sobre igualdad, seguridad, propiedad, y libertad de los ciudadanos. Se proclama específicamente en los artículos 39 y 40, que dicen así:

“Artículo 39.- La instrucción, como necesaria a todos los ciudadanos, debe ser favorecida por la sociedad con todo su poder.

Artículo 40.- En consecuencia, la libertad de hablar, de discurrir, y de manifestar sus opiniones por medio de la imprenta, no debe prohibirse a ningún ciudadano, a menos que en sus producciones ataque al dogma, turbe la tranquilidad pública, u ofenda el honor de los ciudadanos”.

Se puede observar, por lo tanto, como la libertad de expresión y de imprenta fueron unos de los valores fundamentales para lograr un México libre e independiente. Y esto se refleja en la primera Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos o

⁶ La Constitución de Cádiz, es conocida como “la Pepa”, puesto que se aprobó el día de San José, el 19 de marzo de 1812. Es considerada la primera Constitución española. https://www.congreso.es/docu/constituciones/1812/ce1812_cd.pdf, consultada el 7 de junio de 2022.

⁷ Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana hecho por José María Morelos y promulgado el 22 de octubre de 1814, en Apatzingán.

Constitución de 1824⁸, cuyos principales objetivos fueron establecer el federalismo como forma política y la independencia de México como país. En este sentido su art. 171 establece:

“171. Jamás se podrán reformar los artículos de esta constitución y de la acta constitutiva que establecen la libertad e independencia de la nación mexicana, su religión, forma de gobierno, libertad de imprenta, y división de los poderes supremos de la federación y de los Estados”.

Este precepto amparaba algunos principios considerados prioritarios, entre los cuales se situaba la libertad de expresión, principio que ha continuado garantizándose en la legislación mexicana.

Para finalizar esta presentación es preciso señalar que todas estas referencias⁹ a la libertad de expresión, en distintos documentos, no son más que un reflejo de la evolución en la protección de este derecho fundamental para todo individuo desde el pasado hasta la actualidad, que lleva a que dicha protección sea ejercida incluso en el ciberespacio por la sociedad en su conjunto (no solo por intelectuales y eruditos) a fin de lograr que ésta sea más justa y democrática.

2.- DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (ESPAÑA Y UNIÓN EUROPEA)

El derecho a la libertad de expresión, como ya se ha señalado, es un derecho fundamental, cuyo reconocimiento inicial se remonta a muchos años atrás.

Hoy en día, aunque sus límites han sufrido cambios como consecuencia de la evolución sociocultural de la sociedad, según Laura Díez Bueso¹⁰, dos de las características más relevantes de esa libertad continúan prácticamente inalteradas. Y son su relevancia social y la dificultad en su delimitación. Esto ha supuesto que la libertad de expresión sea uno de los derechos que más ha sido tratado por la jurisprudencia, y que más debate ha provocado. Es, por lo tanto, una libertad que ha sufrido numerosas adaptaciones y cambios.

Es preciso tener en mente además que existe una clara conexión entre la libertad de expresión y la sociedad democrática. El poder opinar públicamente de manera libre es crucial para posibilitar la participación en los debates democráticos, y esto implica el reconocimiento del derecho a la información.

Esto supone que a veces es difícil establecer una distinción entre la libertad de expresión y de información¹¹, ya que son dos libertades que van muchas veces de la mano. Para decidir cual prevalece sobre la otro resulta fundamental valorar el contexto y lo que se

⁸ La primera Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos entró en vigor el 4 de octubre de 1824. http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1824.pdf, consultada el 16 de mayo de 2022.

⁹ Véase la Tesis Doctoral: *La libertad de expresión...* (2015; p. 113-122), de L. V. Coronado Contreras.

¹⁰ Véase el Tema monográfico: *La libertad de expresión y sus límites* (2007; p. 97-102), de Laura Díez Bueso. Quaderns del CAC: número 27, págs. 97-103.

¹¹ Una distinción entre libertad de expresión y derecho a la información puede encontrarse en *El régimen jurídico de la comunicación social* (1994; p. 7-8), de Francisco J. Bastida Freijedo. Madrid: Instituto de Estudios Económicos.

pretende conseguir por medio de la difusión de un mensaje (una opinión o un hecho). No obstante, hay que señalar que actualmente la esfera protegida de la libertad de expresión es más amplia que la de la libertad de información.

En esta línea se expresa el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, en su artículo 10¹²; y la Constitución Española de 1978.

Concretamente se reconoce el derecho a la libertad de expresión en la Constitución Española, en el artículo 20.1, apartado a, dentro del Título I, de los derechos y deberes fundamentales.

Este art. 20.1.a CE establece que, *“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”*.

Se reconocen y protegen además en el referido artículo otro tipo de derechos como el derecho a la información, la libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, y la libertad de cátedra. Lo que se pretende es proteger estas libertades, que se encuentran relacionadas con la libertad de expresión, de intromisiones externas.

Por lo que se refiere al contenido de la libertad de expresión, no se llega a determinar qué opiniones o ideas están amparados por esta protección. Existe una falta de regulación en leyes o reglamentos de esta libertad, pero esto se debe a que se trata de un ámbito difícil en donde su regulación podría suponer una restricción de la misma. No obstante, sí existe un cierto desarrollo normativo penal, que evita que puedan tener lugar injurias o calumnias contra terceros.

Debido a esto, es necesaria una interpretación y desarrollo jurisprudencial de la libertad de expresión, que tendrá en cuenta cada caso por separado, puesto que esta libertad ha de adaptarse a las distintas circunstancias sociales y culturales existentes. Es una libertad que ha de adaptarse al contexto, ya que, por ejemplo, dependiendo del ámbito geográfico, del grupo de personas o de las costumbres de un lugar u otro, las opiniones o ideas que se expresen no supondrán lo mismo. Así, existen numerosas sentencias de diversos órganos jurisdiccionales que regulan esa libertad y que además establecen que el contexto en el que se difunden las opiniones es un elemento esencial a tener en cuenta¹³.

Además de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español tiene un papel fundamental la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante, hay que tener en cuenta que en el ámbito europeo se establece únicamente un espacio de protección

¹² En el Título I de derechos y libertades, el artículo 10.1 establece que *“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”*.

¹³ Ver en este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 20/1990, y en particular el Fundamento Jurídico Primero dice que, *“Las libertades (libertad ideológica y libertad de expresión e información) que entiende el recurrente vulneradas hay, pues, que examinarlas en el contexto de la crítica generalizada que se hace en todo el artículo sobre un acontecimiento de interés general y de notoria actualidad en la fecha de su publicación y no sólo de la parte del mismo en la que, pasando de lo general a lo concreto, se proyecta la crítica al sistema democrático vigente en España y a la forma y antecedentes que precedieron a la transición política [...]”*.

mínima común de los derechos y libertades, el cual rige para la totalidad de los estados miembros del Convenio Europeo DDHH.

Estos tribunales sostienen que la libertad de expresión y el Estado democrático están relacionados. La libertad de expresión es un elemento esencial en las sociedades democráticas y condición primordial para que progresen y se desarrollen las personas (Sentencia Handyside v. Reino Unido de 1976)¹⁴.

De esta forma la libertad de expresión goza de una importante dimensión institucional. Además de ser una libertad que permite reclamar la no injerencia de otros, se trata de una libertad esencial para la existencia de una sociedad democrática. Y en esta sociedad la libertad de expresión permite garantizar que se desarrollen sin obstáculos no solo contenidos de carácter político, sino el arte, la literatura, la ciencia, etc., según lo dispuesto en el artículo 20.1, apartado b de la Constitución. Y en este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Europeo de DDHH. Por lo tanto, la libertad de expresión ostenta una posición tanto convencional como constitucional de prevalencia y contribuye a formar una sociedad democrática.

Se sostiene que la libertad de expresión tiene prevalencia o preferencia en el caso de que entre en colisión con otros derechos y bienes jurídicos, y se puede observar esta prevalencia en la jurisprudencia (STC 214/1991)¹⁵.

En estos casos de conflicto, que se pueden producir en numerosos ámbitos, el juez está obligado a realizar un juicio ponderativo de las circunstancias del caso para así poder justificar que la conducta, en el ejercicio de la libertad de expresión, está justificada. Además, el valor preponderante solo se apreciará cuando las libertades sean ejercidas en el contexto de un interés general, y contribuyan a formar una opinión pública, libre y plural, alcanzando así un nivel de eficacia justificada frente a, por ejemplo, los derechos de la personalidad del artículo 18.1 CE, en los cuales no concurre el principio de legitimidad democrática (STC 214/1991, FJ 6).

Por otra parte, es cierto que, puede haber derechos que son prevalentes, pero no cabe considerar a la libertad de expresión como un derecho absoluto simplemente por estar contenido en la Constitución, ya que podría suponer que tuviera una repercusión negativa en otros valores o bienes jurídicamente protegidos. Y por este motivo el derecho a la libertad de expresión está sometido a límites.

¹⁴ Se recoge esta idea, por ejemplo, en la sentencia Handyside v. Reino Unido de 1976 (sentencia 5493/72) ; y en la STC 6/1981 en su Fundamento Jurídico 3 que dice así, *“El art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, [...]”*.

¹⁵ Se observa en la STC 214/1991, exactamente en el Fundamento Jurídico 6. Establece que, *“en el conflicto entre las libertades reconocidas en el art. 20 C.E., de expresión e información, por un lado, y otros derechos y bienes jurídicamente protegidos [...] ha de considerarse que las libertades del art. 20 de la Constitución no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino también condición de existencia de la opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político, que es un valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático, que por lo mismo trascienden el significado común y propio de los demás derechos fundamentales”*.

3.- OBJETO Y LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La libertad de expresión es un derecho que hace referencia a la facultad que tienen las personas de manifestar sus pensamientos, ideas, conocimientos u información por medio de distintos medios. Por este motivo, y tal y como indica Laura Coronado Contreras¹⁶, cabe la posibilidad de que incluya distintas modalidades, por lo que se encuentra fuertemente vinculada con otro tipo de derechos como por ejemplo las libertades de comunicación, de imprenta, de información, de pensamiento, de opinión, religiosa (como la libertad de conciencia y de culto), de acceso a la cultura, de enseñanza (como la libertad de investigación o de cátedra), etc.

Estos otros derechos pueden justificar el imponer límites a la libertad de expresión, y en este sentido se expresa Miguel Ángel Presno¹⁷, que indica que “la protección de los sentimientos religiosos puede justificar la imposición de límites a la libertad de expresión y de creación artística; en particular, cuando se trate de críticas que por la forma que adoptan pueden “disuadir a aquellos que las profesan, de ejercer su libertad de tenerlas y manifestarlas””.

Todos esos derechos anteriormente mencionados comparten rasgos comunes entre ellos, y por ello su desarrollo se encuentra en gran medida entrelazado, histórica y legalmente. No obstante, no son equivalentes.

El derecho a la libertad de expresión es exteriorizado por la sociedad, es decir, por las personas por medio de distintos mecanismos y procedimientos, como la prensa, la televisión, la radio, etc., y cualquier otro medio por el cual se puedan manifestar ideas, como el ciberespacio.

Además, es un derecho fundamental para el desarrollo de la humanidad, que abarca diferentes aspectos. La facultad que otorga este derecho supone un límite al poder público. De hecho, la autora Francisca Pou afirma que este derecho del que somos titulares las personas hace referencia a “la libertad de disentir y de enfrentar al poder constituido, preferentemente al público, aunque también al poder privado”¹⁸.

En la actualidad la libertad de expresión es una figura trascendental. Como dice Juan Diego Álvarez¹⁹ esta libertad se basa en la “precondición del ejercicio de los derechos de la ciudadanía dentro de una democracia. A partir del derecho se desarrollan varios procesos típicos de las democracias”. La libertad de expresión tiene funciones muy importantes dentro de una democracia. Es un derecho fundamental que ha de ser respetado por los Estados, y un derecho que a los ciudadanos se les debe garantizar²⁰.

¹⁶ Véase la Tesis Doctoral: *La libertad de expresión...* (2015; p. 122 y ss), de L. V. Coronado Contreras.

¹⁷ Véase *La libertad de expresión en América y Europa* (2017; p. 109), de Miguel Ángel Presno Linera y Germán M. Teruel Lozano. Lisboa: Juruá.

¹⁸ Véase *El precio de disentir. El debate interno en la Corte* (2006; p. 189), de Francisca Pou. *Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 24.

¹⁹ Véase el libro *La Libertad de expresión y litigio de alto impacto* (2011; p. 21), de Juan Diego Álvarez y Manuel Iturralde. Editorial: Universidad de los Andes.

²⁰ Véase *La libertad de expresión en la Internet* (2016; p. 170), de Edwin Bernal. Colombia: Misión Jurídica, *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*.

En este sentido, indica Miguel Carbonell²¹ en su obra que la libertad de expresión “es condición necesaria, pero no suficiente, para que se pueda considerar que en un determinado país hay democracia”.

La trascendencia de este derecho fundamental se refleja en varios documentos como en la denominada “Constitución Europea” o “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, de 29 de octubre de 2004, hecho en Roma.

En la segunda parte de este proyecto de “Constitución Europea” se incluyó la “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión”, en la cual se recoge un título que comprende libertades, y expresamente el art. II-71 se refiere a la “Libertad de expresión y de información”²².

Anteriormente, el Convenio Europeo de Derechos Humanos hecho en Roma en 1950, ya se había referido en su art. 10 a la libertad de expresión, pero además sostenía que dicho artículo, “no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa”. Asimismo, incluye un segundo párrafo²³ que es de gran relevancia ya que además de contemplar y consagrar la libertad de expresión indica que su ejercicio es limitado, puesto que depende de algunos criterios como la seguridad pública y los derechos de terceras personas. Se va a volver a hacer referencia a este límite de la libertad de expresión más adelante.

Para el ejercicio de la libertad de expresión es necesario a nivel global contar con ciertos parámetros. Resulta esencial que los organismos internacionales se den cuenta de que por medio de la creación de marcos legales, que permitan otorgar certeza y seguridad jurídica a las personas, sería posible una interacción adecuada del derecho a la libertad de expresión con otros tipos de derechos. Ya en 1996 la UNESCO²⁴ hizo referencia a la necesidad de establecer un conjunto de principios generales, relativos a la libertad de expresión en el ciberespacio, de carácter internacional y que tuvieran como objetivo proteger diversos valores.

Y con el objeto de proteger esos valores o derechos y las posibles colisiones que se pueden producir con la libertad de expresión se han establecido limitaciones de esta libertad, que pueden verse tanto en la CE como en el CEDH.

Así, existe numerosa jurisprudencia, española y europea, en el ámbito de los conflictos entre la libertad de expresión con otros derechos que la pueden limitar.

No obstante, esos límites necesitan ser interpretados de una forma restrictiva²⁵, ya que como se ha dicho anteriormente, la libertad de expresión ostenta una posición preferente

²¹ Véase *La libertad de expresión en la Constitución Mexicana* (2004; p. 4), de Miguel Carbonell Sánchez. Derecho Comparado de la Información, núm. 3.

²² Véase art. II.71, sobre Libertad de expresión y de información, del “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”: 1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.* 2. *Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.*

²³ Véase art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf, consultado el 7 de junio de 2022.

²⁴ UNESCO es la abreviatura de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

²⁵ Se recoge esta interpretación restrictiva, por ejemplo, en la sentencia 6538/74 *The Sunday Times*, de 26 de abril de 1979, del TEDH. En este caso alegó la parte demandada, frente a Reino Unido, que se

o de prevalencia, aunque como indica Laura Díez Bueso²⁶, siempre es necesario ponderar que derecho va a prevalecer. La posición de prevalencia no es absoluta.

A la hora de establecer los límites del derecho a la libertad de expresión ha tenido un papel fundamental la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este tribunal ha declarado en numerosas ocasiones el peculiar estatus de este derecho, que se encuentra reconocido, entre otros, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, en su artículo 10.1.

El precepto dispone que *“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. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa”*.

Pero el propio precepto incluye en su apartado segundo la posibilidad de que se den ciertas limitaciones, ya que dispone que el ejercicio de la libertad de expresión, que entraña deberes y responsabilidades, *“podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”*.

Y la propia Constitución Española en el artículo 20.4 hace referencia a otro tipo de posibles limitaciones de la libertad de expresión. Especialmente se hace referencia al derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. Son derechos que la libertad de expresión, en principio, ha de respetar.

La jurisprudencia europea, como consecuencia de lo contenido en el artículo 10.2 del Convenio, ha mantenido que cuando un Estado establece limitaciones en la difusión de un mensaje, la Corte ha de analizar y comprobar si esta restricción cumple unos requisitos determinados. De esta forma, la restricción o limitación ha de estar prevista normativamente; ha de perseguir al menos una de las finalidades del artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; y constituir además una limitación necesaria.

Dicho esto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha de llevar a cabo un análisis sobre una serie de parámetros concretos para posteriormente decidir si la limitación a la libertad de expresión se adapta a lo establecido por el Convenio Europeo de DDHH. Dicho en otras palabras, el TEDH hace uso de unos parámetros para posteriormente decretar si un mensaje debe gozar de protección²⁷.

Los parámetros a los que hace referencia el TEDH son los siguientes:

vulneró el derecho a la libertad de expresión como consecuencia de la prohibición de la publicación de un artículo que planteaba hechos en relación a un problema que era de interés público. No obstante, en este caso la interpretación que se hizo fue que la intromisión, en la libertad, no fue lo suficientemente relevante como para imponer la primacía del interés público sobre la libertad de expresión.

²⁶ Véase *La libertad de expresión y sus límites* (2007; p. 100 y ss), de Laura Díez Bueso. Quaderns del CAC: núm. 27.

²⁷ Véase *La libertad de expresión en las redes sociales* (2018; p. 8-12), de Laura Díez Bueso. Revista de Internet, Derecho y Política, núm. 27. Se hace una detallada explicación sobre el tema.

1. la materia de la que trata el mensaje;
2. la intención que tiene el emisor del mensaje;
3. la persona que emite el mensaje;
4. los destinatarios del mensaje;
5. por medio de qué canal se emite el mensaje;
6. y el ámbito geográfico en que se emite el mensaje, es decir, en qué lugar se difunde.

Se hace preciso explicar cada uno de estos parámetros europeos por separado, para posteriormente sacar las conclusiones que sean oportunas sobre la limitación del derecho a la libertad de expresión.

1. La materia de la que trata el mensaje es uno de los parámetros más importantes para poder determinar el límite a la libertad de expresión, y es el primero que se va a analizar. Por ejemplo, en temas políticos el límite se encuentra restringido y en temas religiosos se restringe incluso más.

Según la Corte en el ámbito político y en asuntos de interés público existe un determinado margen para las restricciones contempladas en el artículo 10.2²⁸. Se concede una protección a la libertad de expresión que cambia según el grado de interés de lo emitido y las limitaciones del derecho son mayores cuanto más se aleje el tema de la política.

En el ámbito religioso, sin embargo, las limitaciones son mucho mayores. Según el TEDH esto es así ya que no existe, en todos los países miembros del Consejo de Europa, un significado común de la religión. En este sentido, se explica en la Sentencia Leyla Sahin v. Turquía de 2005²⁹, que al no existir una concepción uniforme de lo que significa la religión para las diversas sociedades y además el que una creencia pueda ser distinta dependiendo del contexto, implica que se deje en manos de los estados con algunos matices, la normativa que está relacionada con las ofensas hacia la religión. Como señala el TEDH es necesario ver que las medidas que se toman están previstas en la Ley, atienden a un fin legítimo y son necesarias en una sociedad democrática.

2. El segundo de los parámetros que utiliza el TEDH para fijar los límites de la libertad de expresión es la intención que tiene el emisor del mensaje. No conlleva un tratamiento igual que el emisor haya intentado difundir por ejemplo ideas racistas o que de forma contraria haya difundido asuntos de interés general.

Es relevante para la explicación de este parámetro la sentencia Jersild v. Dinamarca de 1994³⁰. En este caso la condena de un periodista por haber tenido complicidad en una

²⁸ Véase el art. 10.2 del Convenio Europeo de DDHH, https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf, consultado el 6 de junio de 2022.

²⁹ Véase la Sentencia del TEDH Leyla Sahin v. Turquía de 10 de noviembre de 2005. <https://www.womenslinkworldwide.org/files/1136/limites-a-la-libertad-de-manifestar-la-religion-el-caso-de-leyla-sahin-c-turquia-de-10-de-noviembre-de-2005.pdf>, en esta sentencia “el Tribunal considera que la medida estaba prevista por la Ley. Para ello se apoya en la interpretación autorizada que los Tribunales Supremo y Constitucional internos hacen de la Ley aplicable en materia de vestimenta en los centros educativos. El TEDH subraya que la demandante conocía las consecuencias jurídicas de llevar el velo islámico en la Universidad”. Y, además, la medida de prohibir llevar el velo islámico atendía aun fin legítimo, es decir, pretendía la protección del orden público y de los derechos y libertades de los demás mediante la salvaguarda de la laicidad.

³⁰ Véase la Sentencia del TEDH Jersild v. Dinamarca de 23 de septiembre de 1994. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22SPA%22%5D,%22appno%22:%5B%2215890/89%22%5D%7D>

entrevista con varios miembros de un grupo de jóvenes denominados The Greenjackets, que habían realizado una serie de afirmaciones racistas en un programa televisivo, fue considerada por el TEDH como inapropiada. Esto se debe a que el TEDH no consideró que el periodista hubiera hecho la entrevista al grupo con la intención de propagar esas ideas racistas. Y además la materia gozaba de un amplio interés público.

Sin embargo, en la sentencia *Sürek v. Turquía* de 1999³¹, la Corte del TEDH sostuvo que el demandante no tenía la intención de informar sobre asuntos de interés general. Sino que el demandante, que era propietario de una revista, concedió a los autores de dos cartas al director que criticaban impetuosamente unas acciones militares en Turquía un canal que hizo posible la incitación al odio y a la violencia.

3. Otro de los parámetros de los que hace uso el TEDH para fijar los límites del derecho a la libertad de expresión es el emisor del mensaje en sí mismo. Por ejemplo, la Corte del TEDH otorga una protección más amplia a aquellos mensajes que son emitidos por los medios de comunicación y por los políticos, que a aquellos otros que son difundidos por ejemplo por un particular.

La libertad de expresión en el ámbito político, y por tanto de los políticos, no se encuentra sometida a muchas restricciones. En la sentencia *Incal v. Turquía* de 1998³², la Corte sostuvo que es especialmente importante el ejercicio de la libertad de expresión en el ámbito político. Esto se debe a que los miembros de los partidos políticos representan a sus votantes, y por lo tanto tienen que prestar atención a sus intereses y tener en cuenta sus preocupaciones.

Pero la libertad de expresión de los políticos no es para nada absoluta, simplemente está sometida a menos restricciones. Esto se matiza por ejemplo en la sentencia *Erbakan v. Turquía* de 2006³³. Según el TEDH es de vital importancia que los políticos no emitan públicamente en sus discursos mensajes o ideas que incrementen la intransigencia o intolerancia.

También está especialmente protegida la libertad de expresión de los medios de comunicación. No obstante, para ello es clave diferenciar la función del periodista, editor o propietario del medio de que se trate, bien como autor del mensaje que se ha emitido o por el contrario como simple actor que lo emite. De esta forma se ha protegido por ejemplo al periodista que entrevistó al grupo racista The Greenjackets en el caso *Jersild v. Dinamarca* (1994), pero, sin embargo, no se ha otorgado esa protección al propietario de la revista, en el asunto *Sürek v. Turquía* (1999), por la publicación de dos cartas que incitaban a la violencia.

Es, por lo tanto, esencial la distinción entre la función que ejerce un periodista y el propietario o editor de un medio de comunicación, ya sea una revista, un periódico, un programa televisivo, etc., para valorar así la protección que se va a otorgar a cada uno por la difusión de un mensaje.

[%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-164409%22\]}}](#), consultada el 14 de junio de 2022.

³¹ Véase la Sentencia del TEDH *Sürek & Özdemir v. Turquía* de 8 de julio de 1999. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-58278%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-58278%22]), consultada el 8 de junio de 2022.

³² Véase *La libertad de expresión en las...* (2018; p. 10), de L. Díez Bueso.

³³ Véase la Sentencia del TEDH *Erbakan v. Turquía* de 6 de julio de 2006. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-76232%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-76232%22]), consultada el 14 de junio de 2022.

4. Un cuarto parámetro que fija el TEDH es el destinatario del mensaje, es decir, a quién se dirige. En este campo, según la Corte, los límites van a ser menores cuando la crítica se dirige contra un político o representante, que cuando se dirige contra un particular. Con esto se pretende explicar cómo, de manera lógica, los políticos han de ser más transigentes ante las diferentes críticas, ya que están ejerciendo un cargo público y tratando temas que afectan a la sociedad de un estado en su totalidad. Es preciso hacer referencia al caso *Castells v. España* de 1992³⁴, en el que se dispone que tanto sus acciones como omisiones en el ejercicio de sus cargos se encuentran sometidas a un escrutinio por parte de los medios de comunicación, es decir, la prensa y la opinión pública.

5. El siguiente parámetro contemplado por el TEDH es el canal que se utiliza para emitir o difundir el mensaje. Los medios de comunicación social como la radio, la televisión o el periódico tienen una mayor trascendencia, ya que su grado de divulgación es mayor que, por ejemplo, las expresiones artísticas como puede ser la poesía. Las expresiones artísticas interesan a un grupo de personas más reducido. Por lo tanto, está menor difusión favorece su protección por el artículo 10 del Convenio.

6. El último parámetro utilizado por el TEDH para establecer los límites del derecho a la libertad de expresión es el ámbito geográfico en que se emite el mensaje, es decir, el lugar donde se difunde. Se debe valorar lo relevante que es el mensaje en el lugar específico en el que se emite, que traerá como consecuencia una mayor o menor limitación de la libertad de expresión. De esta manera habrá más restricciones si se tratan temas que son delicados o conflictivos en un lugar concreto.

Con este contexto es destacable la sentencia *Jean-Marie Le Pen v. Francia* de 2010. En este caso el fundador del partido Frente Nacional sostuvo en unos mensajes dirigidos contra los inmigrantes que “el día en que en lugar de cinco millones de musulmanes sean veinticinco, ellos estarán al mando”³⁵. No fue protegido por la Corte por dichas declaraciones, ya que en Francia existe un problema grave y específico en relación con la inmigración, lo que implica un mayor margen para limitar su libertad de expresión.

Expuestos los límites constitucionales y los parámetros a los que hace referencia el TEDH para establecer las limitaciones de la libertad de expresión, hay que tener en cuenta que estas restricciones no tienen como único objetivo proteger los bienes jurídicos que establecen los artículos 10.2 del Convenio Europeo de DDHH y 20.4 de la Constitución española. Lo que sostienen el Tribunal Constitucional y el TEDH es que estas restricciones o límites de la libertad son necesarios en una sociedad democrática, ya que en esta sociedad no es posible automatizar los distintos conflictos que surjan entre la libertad de expresión y otros derechos o bienes jurídicos. El ejercicio de una ponderación y la realización de un juicio de proporcionalidad, en función de las circunstancias, va a ser siempre necesario.

De esta ponderación que han hecho los Tribunales mencionados anteriormente, se obtienen algunas conclusiones que permiten delimitar la libertad de expresión. Por ejemplo, que las personas que ocupan cargos públicos (políticos en el ejercicio de su función pública) han de aceptar las opiniones que se hagan sobre ellos, aunque sean desfavorables. Los derechos individuales de estas personas ceden más fácilmente ante la libertad de expresión.

³⁴ Véase la Sentencia del TEDH *Castells v. España* de 23 de abril de 1992. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57772%22%5D%7D>, consultada el 8 de junio de 2022.

³⁵ Véase *La libertad de expresión en las...* (2018; p. 12), de L. Díez Bueso.

La jurisprudencia también señala que la libertad de expresión protege pensamientos, ideas u opiniones favorables, y además aquellos que inquietan y son desfavorables al Estado o a un sector de la sociedad. Esto es así como producto de la sociedad democrática en la que vivimos. Van en esta línea algunas sentencias del Tribunal Constitucional³⁶, en las cuales se sostiene que *“el derecho a la libertad de expresión tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor. (...) este derecho comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige”*. Y la libertad de expresión protege por lo tanto también cualquier opinión, *“por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático”*.

No obstante, esto no quiere decir que las personas que ocupen un cargo público no puedan hacer valer su derecho al honor (regulado en el art. 18 de la Constitución española). Surge así en determinados casos, que se definen en el Código penal, la posibilidad de que se pueda incurrir en los delitos de calumnias e injurias (tipificados en los arts. 205 y ss. del Título XI de delitos contra el honor).

A la vista de lo anterior, faltaría determinar cuándo se es responsable penalmente y cuando no. Se sería responsable, en principio, en el caso de que las opiniones u expresiones no tengan nada que ver con la crítica política. De esta manera los tribunales deberán determinar cuándo las expresiones o críticas guardan un carácter político y cuando se consideran calumniosas o injuriosas. Las críticas u opiniones que no tengan un carácter político no serán amparadas por la libertad de expresión.

En este sentido, cabe hacer una precisión acerca de la libertad de creación artística. Las expresiones artísticas que realizan una crítica política, aunque están sometidas a los límites de la normativa penal explicados con anterioridad, gozan de protección no solo de manera explícita, sino de manera especial por las normas y la jurisprudencia europea y la española relativa a la libertad de expresión. No obstante, es posible que esas expresiones artísticas critiquen asuntos de interés público. En este caso, y tal y como dice Laura Díez Bueso³⁷, *“estarían igualmente protegidas por el derecho a la libertad de expresión, en concreto por la libertad de creación artística”*, pero su prevalencia sobre otros derechos no será igual de fuerte que el de la crítica política.

Por eso cuando las expresiones artísticas critican temas de interés público hay límites, en el sentido de que, si incitan a la violencia contra la sociedad, razas o creencias, no se encuentran amparadas por la libertad de expresión. Es el denominado “discurso del odio” el cual no se protege por medio de la libertad de expresión.

De hecho, el Consejo Europeo de DDHH³⁸ decidió que la totalidad de los países miembros deberán castigar esa incitación de la violencia si se realiza por medio de la difusión de expresiones artísticas como pueden ser escritos, imágenes u otros

³⁶ Véase STC 174/2006 de 5 de junio en su fundamento jurídico 4, y STC 176/1995 de 11 de diciembre en su fundamento jurídico 2, entre otras. <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/5776>, consultada el 8 de junio de 2022.

³⁷ Véase *La libertad de expresión y sus...* (2007; p. 102), de L. Díez Bueso.

³⁸ Véase el art. 1 sobre delitos de carácter racista y xenófobo de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008F0913&from=ES>, consultada el 8 de junio de 2022.

materiales dirigidos a un grupo por motivo de su raza, religión, etnia, color, ascendencia, etc.

En definitiva, las expresiones artísticas que realizan críticas sobre asuntos o personas con trascendencia pública se encuentran amparadas por la libertad de expresión como regla general, y no se pueden restringir, salvo que estas críticas supongan una incitación del odio.

4.- COMUNICACIÓN A TRAVÉS DE LAS REDES SOCIALES FRENTE A LAS COMUNICACIONES TRADICIONALES

Internet ha supuesto grandes cambios en distintos ámbitos, incluso en la manera de entender los derechos fundamentales, como ocurre en el caso de la libertad de expresión. Esta libertad como consecuencia de la expansión de internet está siendo objeto de revisión.

Se trata de un proceso complejo en el cual se están replanteando distintos aspectos como pueden ser el concepto de autoría y las nuevas formas en que los medios de comunicación despliegan su actividad. Y tanto estos cambios como otros que puedan surgir se encuentran relacionados directamente con nuestro sistema democrático. Por lo tanto, el impacto de los medios de comunicación relacionados con internet (las redes sociales) en la libertad de expresión conlleva una reforma de la misma.

Después de hacer referencia a esta necesidad de reconstrucción de la libertad de expresión, como consecuencia de las nuevas formas de comunicación, es fundamental hacer también referencia al tema de los límites de esta libertad respecto de otros derechos. Y estos límites se van a ver afectados y determinados por los sucesivos cambios económicos, sociales y culturales que se vayan manifestando.

Dicho esto, y como consecuencia de la aparición de las redes sociales, es importante preguntarse ¿si los límites de la libertad de expresión se verían modificados si los mensajes, opiniones o ideas se transmiten o difunden por medio de las redes sociales en lugar de por los medios tradicionales de comunicación?, o dicho de otro modo ¿si porque un mensaje o idea se transmita por las redes sociales la libertad de expresión va a ser mayor o menor?

Para contestar a esta pregunta es importante determinar cuáles son las diferencias entre los medios de comunicación tradicionales y las nuevas formas de comunicación. En otras palabras, es necesario determinar aquellos elementos que permiten distinguir la comunicación a través de medios tradicionales de la comunicación a través de las redes sociales. Y establecer esta diferencia es fundamental ya que tendrá repercusión a la hora de determinar los límites de la libertad de expresión.

Siguiendo la línea de Laura Díez Bueso³⁹ y de Andrés Boix Palop⁴⁰, los elementos diferenciadores más importantes son cuatro, aunque se podrían establecer otros más.

³⁹ Véase *La libertad de expresión en las...* (2018; p. 7), de L. Díez Bueso. Basado en las obras de Boix (2002 y 2016); e *Internet como espacio público de la información* (2013; p. 14), de Marc Carrillo, *Derechos y espacio público: Cátedra de amparo de derechos y libertades*, págs. 11-28.

⁴⁰ Véase la *Libertad de expresión y pluralismo en la red* (2002; p. 146 y 162), por Andrés Boix Palop. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 65.

Estos elementos son, la posición del receptor del mensaje, la posición de igualdad del emisor, el contenido variado, y la interrelación más ágil y masiva.

Respecto a la posición que ocupa el receptor del mensaje que se difunde, ésta ya no es pasiva únicamente, sino que es una posición también activa. Esto es así porque el receptor del mensaje puede reaccionar ante este, es decir, tiene la posibilidad de convertirse en emisor, e incluso publicar documentos, imágenes, enviar mensajes, interactuar en foros, etc. Por lo tanto, en las redes sociales los receptores suelen ocupar una posición de usuario activo.

Además, el emisor de los mensajes ocupa una posición de igualdad en el sentido de que con los mensajes o documentos que difunde tiene la posibilidad de llegar a un gran número de personas, al igual que lo hacen las empresas o corporaciones más importantes o influyentes.

En las redes sociales se tratan además temas de todo tipo. Su contenido es muy diverso, lo que no ocurre siempre en las formas de comunicación tradicional que suelen estar especializadas en algún tema determinado (ej. periódicos deportivos, revistas de cocina, etc.). En el campo de las redes sociales los contenidos pueden ir desde iniciativas de empresas a espacios que crea la sociedad sobre cualquier tema en los que expresan sus opiniones e ideas para ponerlos a disposición de los demás. Por lo general los contenidos que se difunden en las redes sociales son menos formales, ya que la cantidad de emisores de mensajes e ideas es mucho mayor y además las personas que comparten información no suelen ser profesionales, sino que simplemente expresan su opinión personal sobre diferentes asuntos. Sin embargo, en los medios de comunicación tradicionales la profesionalidad es mucho mayor por lo que su contenido es mucho más serio.

Por último, tal y como indica Boix Palop⁴¹, gracias a las redes sociales los ciudadanos se pueden interrelacionar de forma mucho más sencilla y masiva, con todas aquellas personas que sean receptoras de los mensajes u opiniones difundidos. La información se puede recibir desde cualquier lugar del mundo y es difundida por millones de personas. Simplemente con un “click” nuestras opiniones e ideas pueden llegar a cualquier persona. No obstante, no todo son beneficios, ya que estas interrelaciones están bastante más expuestas al escrutinio público y además a la indelebilidad de los mensajes, lo que supone una mayor repercusión de los mensajes que se difunden ya que quedan almacenados y permanecen en la memoria colectiva y también en la memoria digital de las distintas redes y servidores.

5.- LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LAS REDES SOCIALES

El ejercicio de la libertad de expresión no ha sido igual después del desarrollo de las redes sociales.

Por este motivo, es preciso hablar del derecho a la libertad de expresión en el ámbito de las redes sociales. La libertad de expresión en las redes sociales esta interrelacionada con la libertad de expresión en Internet. De hecho, Internet es definido por la Real Academia Española como “Red informática mundial, descentralizada,

⁴¹ Véase *La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales* (2016; p. 60), de Andrés Boix Palop. Revista de Estudios Políticos, núm. 173.

formada por la conexión directa entre computadoras mediante un protocolo especial de comunicación”⁴².

Hoy en día, esta red mundial, es el medio de comunicación que permite una mayor difusión de mensajes, información, opiniones y cualquier otro tipo de documento. Además, Internet ofrece a sus usuarios la posibilidad de poder interactuar por medio de las redes sociales (Twitter, Facebook, Instagram, etc.).

Las redes sociales permiten a los usuarios expresar libremente sus opiniones y compartir su información o ideas sobre cualquier tema. Además, los usuarios son ahora mucho más participativos que cuando no existían las redes sociales, ya que antes el lector de revistas o periódicos, o el televidente eran usuarios pasivos únicamente, mientras que las redes sociales ofrecen la posibilidad a los usuarios de actuar además como emisores, dando, por ejemplo, su opinión sobre una idea u opinión de otro usuario y para ello lo único que se necesita es registrarse en una red social como usuario, o bien participar en un foro o blog. Actualmente, simplemente gravando un video, con el móvil y subiéndolo a continuación a YouTube, se puede ser difusor o suministrador de contenidos, ya que millones de personas hacen uso de ese portal a diario, y si se publica algo los usuarios a los que les interese ese tipo de contenidos van a poder visualizarlo.

Por lo tanto, las redes sociales, ofrecidas por internet, facilitan a los usuarios ampliar su margen de participación, en cualquier tipo de tema, dando incluso la posibilidad de participar en vínculos con información más especializada.⁴³ Según Rodrigo Moya García⁴⁴, “la red es una vía a través de la cual se emiten opiniones, se expresan las ideas, se informa, se comunica”. También sostiene que “Internet, gracias a su estructura libre y descentralizada, ha facilitado el ejercicio de la libertad de expresión”.

No obstante, es preciso reconocer que la aparición de internet y de las redes sociales ha fomentado la realización de acciones ilícitas que perjudican a la sociedad, y por eso se plantea la necesidad de establecer controles y regulación en esta materia. Hay quien señala que los beneficios que Internet y las redes sociales otorgan a la libertad de expresión son muchos, y que por eso no se puede renunciar a ellos solo para evitar la comisión de delitos en la red.

Es necesario que las autoridades garanticen la protección de los ciudadanos estando atentas a los nuevos delitos cibernéticos que puedan surgir.

Hoy en día, es de vital importancia fijar el marco normativo de la libertad de expresión en las redes sociales ya que el ejercicio de esta libertad por medio de este tipo de instrumentos presenta unas características que difieren de la libertad de expresión llevada a cabo por medios tradicionales, como la televisión o el periódico.

Debido al surgimiento y expansión de las redes sociales es importante hacerse la pregunta de, qué consecuencias ha tenido para la libertad de expresión “tradicional” la utilización universal del ciberespacio. En concreto, qué cambios ha experimentado el derecho a la libertad de expresión.

⁴² Definición oficial de Internet. Consultada en la RAE (Real Academia Española) el 21 de abril de 2022, <https://dle.rae.es/internet>.

⁴³ Véase *La libertad de expresión en la...* (2016; p. 172), de E. Bernal.

⁴⁴ Véase *La libertad de expresión en la Red Internet* (2003; p. 8), de Rodrigo Moya García, investigador del Centro de Estudios de Derecho Informático de la Universidad de Chile. *Revista Chilena de Derecho Informático*, núm. 2.

Para resolver esta cuestión es primordial recurrir a la jurisprudencia relativa a esta materia, tanto en su plano internacional, teniendo en cuenta lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como en su plano nacional, haciendo referencia entre otros tribunales al Tribunal Constitucional español y al Tribunal Supremo de Estados Unidos.

De hecho, la referencia al Tribunal Europeo de DDHH es muy relevante ya que ha fijado en numerosos casos el régimen jurídico de la libertad de expresión en las redes sociales e internet en general.

El TEDH (Sentencia Delfi As v. Estonia de 2015)⁴⁵ se ha pronunciado al respecto de esta libertad en las redes sociales o internet diciendo que, *“la actividad expresiva generada por el usuario en Internet proporciona una plataforma sin precedentes para el ejercicio de la libertad de expresión; [...] Internet desempeña un papel importante en la mejora del acceso a noticias y facilitación de la difusión de información en general”*.

En este mismo sentido, haciendo hincapié en las redes sociales, se declaró el Tribunal Supremo de Estados Unidos en la sentencia *Packingham v. Carolina del Norte* de 2017⁴⁶, tal y como lo indica Miguel Ángel Presno⁴⁷. Esta sentencia establece que, todo usuario tiene acceso a las redes sociales en las cuáles pueden *“hablar y escuchar, y luego, después de reflexionar, hablar y escuchar de nuevo”*. Y también establece, la prohibición a los delincuentes sexuales del uso de las redes sociales, *“les impidió acceder a lo que para muchos son las principales fuentes de conocimiento de noticias, de lectura de anuncios de empleo (...)”*.

También se ha pronunciado al respecto de esta libertad de expresión en las redes sociales el Tribunal Constitucional español. En la Sentencia 27/2020 de 24 de febrero⁴⁸, en su Fundamento Jurídico 3, se establece de forma explícita que, *“el aumento de la popularidad de las redes sociales ha transcurrido de forma paralela al incremento de los niveles de intercambio de contenidos a través de la red. Así, se ha pasado de una etapa en la que los usuarios eran considerados consumidores de contenido creado por terceras personas, a una etapa en la que los contenidos son producidos por ellos mismos”*. Gracias a la influencia de las redes sociales, *“los usuarios se han convertido en sujetos colaborativos, que interactúan, y ponen en común lo que tienen, lo que saben o lo que hacen; y comparten con más o menos destinatarios, todo tipo de imágenes, información, datos y opiniones, propios o ajenos. (...)”, así las redes sociales facilitan la actividad colaborativa de los usuarios, en la gestión, elaboración y publicación de contenidos (...)”*.

Como ya se ha indicado hay que tener en cuenta que el uso de las redes sociales como mecanismo de difusión de información y contenido no solo conlleva consecuencias

⁴⁵ Véase la Sentencia TEDH Delfi As v. Estonia del 16 de junio de 2015. Y específicamente los apartados 110 y 133. [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/CASE%20OF%20DELFI%20AS%20v.%20ESTONIA%20-%20\[Spanish%20Translation\]%20by%20the%20Spanish%20Ministry%20of%20Justice.pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/CASE%20OF%20DELFI%20AS%20v.%20ESTONIA%20-%20[Spanish%20Translation]%20by%20the%20Spanish%20Ministry%20of%20Justice.pdf), consultada el 9 de junio de 2022.

⁴⁶ Caso de *Packingham* contra Carolina del Norte de 2017, que gira en torno a una ley por medio de la cual el uso, por personas que han sido condenadas por abusos sexuales, de las redes sociales de carácter comercial queda prohibido, siempre que a esas redes sociales tengan acceso, menores de edad. https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/15-1194_08l1.pdf, consultada el 14 de junio de 2022.

⁴⁷ Véase *La libertad de expresión en internet y las redes sociales: análisis jurisprudencial* (2020; p. 67-68), de Miguel Ángel Presno Linera. Revista Catalana de Dret Públic, núm. 61.

⁴⁸ Véase STC 27/2020 de 24 de febrero el FJ 3, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-4112, consultada el 9 de junio de 2022.

positivas sino también negativas. De esta forma, aunque el ejercicio de la libertad de expresión por medio de instrumentos como Internet o las redes sociales permite aumentar de manera extraordinaria la difusión de información, opiniones y otros tipos de contenido, hay que tener presente que el daño que se pueda llegar a originar, sobre los derechos fundamentales como el honor, la intimidad y la propia imagen, va a ser también mayor.

En esta línea, Ignacio Villaverde⁴⁹ recuerda, que *“la función de la libertad de expresión es la comunicación pública en el ciberespacio”*, y no la protección del mismo.

5.1.- LÍMITES

Las reglas para el ejercicio de la libertad de expresión se supone que en principio son las mismas, tanto en el ámbito de medios de comunicación tradicionales como en el ámbito de Internet o de las redes sociales. Se puede ver expresada esta idea en el trabajo de Andrés Boix Palop⁵⁰, el cuál señala que la libertad de expresión en Internet y las redes sociales es otra forma más de expresión que no altera su posición constitucional.

De este modo, se podría decir que, para delimitar la libertad de expresión en las redes sociales, nos valdría con lo previsto en la Constitución española y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, al igual que ocurre a la hora de delimitar la libertad de expresión por otras vías más tradicionales.

Siguiendo el razonamiento de Miguel Ángel Presno⁵¹, se tendrá por lo tanto en cuenta el límite establecido en el artículo 20.4 CE, según el cual el límite de las libertades recogidas en este artículo, entre las cuales está la libertad de expresión, está en el respeto a los derechos reconocidos en el Título I, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen, y *“en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”*.

El TC también hace referencia a estos límites en su jurisprudencia (por ejemplo, STC 185/2002⁵² de 14 de octubre, y STC 127/2003 de 30 de junio⁵³). Y señala que la libertad de expresión no protege ni los insultos ni expresiones que innecesariamente desvelen

⁴⁹ Véase, *Los poderes salvajes. Ciberespacio y responsabilidad por contenidos difamatorios* (2020: p. 21), de Ignacio Villaverde Menéndez.

⁵⁰ Véase *La construcción de los límites a la libertad de expresión...* (2016: p. 64), de A. Boix Palop, el cual afirma que *“la expresión en Internet y las redes sociales es, sencillamente, una forma más de expresión donde el canal empleado puede suponer ciertos matices, como veremos, pero no altera en lo sustancial la posición constitucional ni el análisis jurídico de los intereses en conflicto”*.

⁵¹ Véase *La libertad de expresión en internet y las redes sociales...* (2020; p. 69-71), de M. A. Presno Linera.

⁵² Véase STC 185/2002 de 14 de octubre, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2002-21857, consultada el 9 de junio de 2022. En su FJ 4 dice que, *“con los reportajes reseñados fueron desvelados de forma innecesaria aspectos relevantes de la vida personal y privada de la joven agredida sexualmente que debieron mantenerse reservados, como lo son su propia identidad y la circunstancia de su virginidad”*.

⁵³ Véase STC 127/2003 de 30 de junio, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2003-15224>, consultada el 10 de junio de 2022. En su FJ 6 establece que, *“quedan fuera de la protección que brinda el art. 20.1 d) CE aquellas expresiones que, al margen de su veracidad, resulten ofensivas u oprobiosas e impertinentes para difundir la información de que se trate”*.

aspectos íntimos de las personas, lo que sería también aplicable en el ámbito de las redes sociales.

Además de lo previsto en la CE, es necesario a la hora de fijar los límites de la libertad de expresión en relación con las redes sociales, tener en consideración lo establecido por el TEDH. Y también es obligatorio acudir a la jurisprudencia, tratados y acuerdos internacionales ya que la CE remite a ellos a través del artículo 10.2, y van a proporcionar criterios útiles en la interpretación de los derechos fundamentales⁵⁴.

El TEDH ha recogido distintas ideas que ayudan a delimitar el ámbito protegido por la libertad de expresión. La sentencia *Handyside v. Reino Unido* de 1976⁵⁵ es un caso muy conocido en relación con esta materia. En ella se sostiene que la libertad de expresión es un elemento esencial para el progreso de las “sociedades democráticas”. Y este tipo de sociedad es posible puesto que la libertad de expresión no protege únicamente ideas inofensivas o bien vistas, sino que también ampara aquellas que ofenden a un Estado e inquietan a un conjunto cualquiera de la población.

En este sentido, la libertad de expresión en el ámbito de la política ostenta una protección especial, y solo se podría interferir en su ejercicio en el caso de que exista una necesidad social absoluta. Esta protección especial está justificada por la existencia de la libertad de debate. Así aparece en el asunto *Lingens c. Austria* de 1986⁵⁶, en el cual se afirma, que “*en términos más generales, la libertad de las controversias políticas pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática que inspira el Convenio*”.

En este mismo asunto se señala que “*los límites de la crítica permitida son más amplios en relación a un político considerado como tal que cuando se trata de un mero particular: el primero, a diferencia del segundo, se expone, inevitable y deliberadamente, a una fiscalización atenta de sus actos y gestos*”. Un político, por consiguiente, tiene que mostrarse más tolerante hacia la crítica, ya que sus actos y gestos se exponen a una gran fiscalización, tanto por los ciudadanos en general como por los periodistas.

Es también relevante aun no siendo expresamente de redes sociales, el asunto *Otegui Mondragón c. España* de 2011⁵⁷, en donde el TEDH destaca que “*es precisamente cuando se presentan ideas que ofenden, chocan o perturban el orden establecido cuando la libertad de expresión es más preciosa*”.

Sin embargo, hay que tener claro que no se encuentra protegido por la libertad de expresión la publicación en Internet o en las redes sociales de expresiones que son injuriosas y que sobrepasan los límites de este derecho.

A este respecto y en el ámbito de las redes sociales, se están produciendo en los últimos años persecuciones de cierto tipo de expresiones o manifestaciones que se producen

⁵⁴ El art. 10.2 CE dice así: “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”.

⁵⁵ Véase la sentencia *Handyside v. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-165143%22%5D%7D>, consultada el 9 de junio de 2022.

⁵⁶ Véase asunto *Lingens v. Austria*, de 8 de julio de 1986, apartado 42. <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22languageisocode%22:%5B%22SPA%22%5D%2C%22appno%22:%5B%229815/82%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-165091%22%5D%7D>, consultada el 9 de junio de 2022.

⁵⁷ Véase asunto *Otegui Mondragón v. España*, de 15 de marzo de 2011, apartado 56.

por estas vías. Esto es así ya que todo lo difundido por medio de estos instrumentos de comunicación tiene mucha más repercusión. En relación con esto cabe mencionar los denominados “delitos de odio” o también llamado “discurso del odio”.

Como dice Andrés Boix Palop⁵⁸ han aparecido cada vez más límites al denominado “discurso del odio” (*hate speech*). Resulta necesario regular este tipo de expresiones o manifestaciones expresivas en el seno de un estado democrático. La tendencia que se sigue va dirigida a incrementar las restricciones y las posibilidades de represión frente a las apelaciones dirigidas a la comisión de actos de violencia contra determinadas personas o grupos de personas.

La emisión de este tipo de expresiones violentas está cada vez más castigada. Por ejemplo, en el ordenamiento español, se incluyen los delitos de enaltecimiento, y además el art. 510 del Código Penal⁵⁹, que contiene estos delitos, ha sufrido numerosas reformas desde 1995, y tipifica además determinados comportamientos o conductas de incitación al odio racial o por razones discriminatorias.

El art. 510 CP en su apartado 1 dice así: *“1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:*

a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad”.

Además, la evolución de este fenómeno, de castigar el “discurso del odio”, no solo se da en Europa. En Estados Unidos, por ejemplo, se usan cada vez más técnicas jurídicas para perseguir ciertas expresiones relacionadas con “actividades terroristas”.

Actualmente con el impacto de las redes sociales es mucho más fácil que las opiniones ofensivas y desagradables, siendo delictivas, lleguen a muchas más personas y más lejos. Pero esto no tiene por qué ser una mala noticia, ya que se incrementan de esta forma las posibilidades de que esa opinión u idea sea conocida y se discuta entre un mayor número de personas.

De hecho, hoy en día se tienen mejores y más mecanismos de refutación que alcanzan a mucha más gente, lo que permite un óptimo debate público libre en una sociedad democrática, y los riesgos sociales que se generan son menores.

No obstante, las redes sociales suelen tener carácter semipúblico o cerrado lo que supone un obstáculo para que este debate se desarrolle de manera correcta. Se segmenta la opinión pública y no se valora cuando hay que determinar si una opinión o idea es ofensiva o desagradable. En este tipo de redes más cerradas los usuarios solo reciben ciertos tipos de opiniones, por lo que el contraste no es posible y por consiguiente aumentan en gran medida los riesgos sociales de este discurso. Resulta

⁵⁸ Véase *La construcción de los límites a la libertad de expresión...* (2016; p. 68-69), de A. Boix Palop.

⁵⁹ Véase el art. 510 CP, se encuentra en el Título XXI del Libro II. Exactamente en el Capítulo IV, en la Sección I (de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución).

de este modo necesario evitar que algunos contenidos se difundan por las redes sociales.⁶⁰

La libertad de expresión en el campo de las redes sociales y de Internet, se encuentra sometida a límites, al igual que pasa en los medios de comunicación tradicionales. Estos límites son necesarios ya que cabe la posibilidad de que la libertad de expresión entre en colisión con otros derechos fundamentales que han de ser igualmente garantizados.

Los derechos fundamentales con los que la libertad de expresión suele entrar en conflicto son los expresados en el art. 20.4 CE, es decir, el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

Y estos límites de la libertad de expresión, siguiendo el razonamiento de Miguel Ángel Presno⁶¹, es muy posible que vayan a tener que atender a las circunstancias o características de los medios de comunicación a los que nos referimos, es decir, estos límites tendrán que considerar las particularidades de las redes sociales. Esto es así ya que, a la hora de valorar el daño causado por una expresión u opinión, si esta se produce por ejemplo en la red social Twitter, su efecto o repercusión no va a ser el mismo que si se produce en el periódico de una ciudad. De esta forma valorar la lesión o daño que se causa es muy importante ya que en las redes sociales se puede agravar de forma desmesurada como consecuencia de su “efecto amplificador”, que recoge el asunto *Cicad v. Suiza*⁶², de 7 de junio de 2016, en su apartado 60. No obstante, ese efecto es más propio de las redes sociales y no tiene por qué producirse en Internet, en donde se pueden encontrar espacios más privados, y por lo tanto el daño que causaría una expresión ofensiva sería menor.

Teniendo esto en cuenta no se puede olvidar que, como dice Ignacio Villaverde⁶³, el tratamiento de la información en el ciberespacio requerirá de nuevos desarrollos legislativos para su correcta regulación. En todo caso, las nuevas tecnologías deberán respetar la normativa constitucional y sus normas de desarrollo.

En relación con este asunto la STC 27/2020⁶⁴, afirma que con el surgimiento de las redes sociales no se puede negar que *“los derechos fundamentales, al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 18 CE), garanten todos ellos de la vida privada de los ciudadanos, pueden quedar desdibujados y que la utilización masificada de estas tecnologías (...) unida a los cambios en los usos sociales que ellas mismas han suscitado, añaden nuevos problemas jurídicos a los ya tradicionales”*.

En la sentencia del TC anteriormente citada se condenó a un medio de comunicación escrito por usar fotografías de personas obtenidas de Facebook sin autorización de sus propietarios. Es importante tener presente que *“la aparición de las redes sociales ha cambiado el modo en que las personas se socializan y hay que advertir que sin embargo”*, los usuarios de una red social siguen siendo titulares de los derechos

⁶⁰ Véase *La construcción de los límites a la libertad de expresión...* (2016; p. 71-72), de A. Boix Palop.

⁶¹ Véase *La libertad de expresión en internet y las redes sociales...* (2020; p. 71), de M. A. Presno Linera.

⁶² Véase la Sentencia TEDH *Cicad v. Suiza* de 7 de junio de 2016. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-163453%22%5D%7D>, consultada el 14 de junio de 2022.

⁶³ Véase *Los poderes salvajes. Ciberespacio y responsabilidad...* (2020; p. 42), de I. Villaverde Menéndez.

⁶⁴ Véase STC 27/2020 de 24 de febrero, FJ 3 (La sociedad digital y la utilización no autorizada de la imagen ajena) y FJ 4 (La necesidad de autorización expresa para la utilización por terceros de la imagen ajena en el entorno digital). https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-4112, consultada el 9 de junio de 2022.

fundamentales reconocidos en la CE. De esta forma afirma esta sentencia que, *“salvo excepciones tasadas, 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, siempre que no hayan prestado su consentimiento de una manera inequívoca para ser observados o para que se utilice y publique su imagen”* (FJ 3).

A continuación, y teniendo en cuenta lo anterior, el TC finaliza diciendo que, *“el hecho de que circulen datos privados por las redes sociales en Internet no significa de manera más absoluta (...) que lo privado se haya tomado público, puesto que el entorno digital no es equiparable al concepto de «lugar público» del que habla la Ley Orgánica 1/1982, ni puede afirmarse que los ciudadanos de la sociedad digital hayan perdido o renunciado a los derechos protegidos en el art. 18 CE”*. Además, sostiene que, *“aunque los riesgos de intromisión hayan aumentado exponencialmente con el uso masivo de las redes sociales, para ahuyentarlos debemos (...) afirmar que el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales comprendidos en el art. 18 CE conlleva la potestad de la persona de controlar los datos que circulan en la red social y que le conciernen”*. Dicho esto, *“salvo que concurra una autorización inequívoca para la captación, reproducción o publicación de la imagen por parte de su titular, la injerencia en el derecho fundamental a la propia imagen debe necesariamente estar justificada por el interés público”* para tener acceso a ella e incluso divulgarla (FJ 3).

El TC termina por concluir que, *“el titular del derecho fundamental debe autorizar el concreto acto de utilización de su imagen y los fines para los que la otorga”*. Por lo tanto, *“el usuario de Facebook que «sube», «cuelga» o, en suma, exhibe una imagen para que puedan observarla otros, tan solo consiente en ser observado en el lugar que él ha elegido (perfil, muro, etc.)”* (FJ 4).

En relación con la aplicación de los límites, también hay que tener en cuenta, como dice Laura Díez Bueso⁶⁵, que el surgimiento de las redes sociales ha supuesto dudas sobre si los límites a la libertad de expresión tradicionales continúan siendo válidos o no. En otras palabras, analizar si son diferentes los límites de la libertad de expresión en las redes sociales respecto de los medios tradicionales de comunicación.

Como ya se trató en el presente trabajo⁶⁶, para resolver esas dudas es fundamental determinar aquellos elementos que diferencian a las nuevas formas de comunicación (las redes sociales) de las formas de comunicación tradicionales. Esos elementos eran la posición que ocupa el receptor del mensaje que se convertía en un usuario activo; la posición de igualdad del emisor; la gran variedad de contenidos en las redes sociales; y la mayor capacidad de interrelación de los ciudadanos y el carácter indeleble de los mensajes que se difunden.

A continuación, es necesario recordar cuáles son los límites clásicos, es decir, cuáles son los límites de la libertad de expresión en los medios de comunicación tradicionales y compararlos con esos elementos diferenciadores de las redes sociales mencionados antes. Es decir, lo que se pretende es determinar si es posible aplicar los límites clásicos a la comunicación en red.

Como ya se ha indicado al hablar de los límites de la libertad de expresión, el TEDH mencionado antes, ha establecido un conjunto de límites considerados clásicos. Este

⁶⁵ Véase *La libertad de expresión en las...* (2018; p. 8-12), de L. Díez Bueso.

⁶⁶ Véase el apartado 4 del presente trabajo sobre COMUNICACIÓN A TRAVÉS DE LAS REDES SOCIALES FRENTE A LAS COMUNICACIONES TRADICIONALES, págs. 18 y 19.

tribunal hace uso de unos criterios por medio de los cuáles decide si un mensaje o información ha de ser protegido o no.

Estos criterios o parámetros de los que hace uso para establecer los límites son: la materia sobre la que trata el mensaje, la persona que emite el mensaje, la intención que tenga el emisor, a quién se dirige el mensaje, el canal por el que se emite el mensaje, y el lugar o ámbito geográfico en el cual se emite el mensaje.

Estos criterios ya han sido explicados en relación con la libertad de expresión en los medios de comunicación tradicionales. Por este motivo ahora explicaremos estos parámetros, pero en relación con la comunicación en red.

1. Respecto a la materia sobre la que trata el mensaje, el criterio que aplica el TEDH es el de la jerarquización de contenidos. Esto significa que los mensajes de carácter político o de interés público que se difunden gozan de una mayor protección que los mensajes que versan sobre otro tipo de materias. Y de esta forma, parece lógico que este parámetro también se puede aplicar a la comunicación a través de las redes sociales. De hecho, debido al gran abanico de materias o temas que existen en la red, esta jerarquización de los contenidos es conveniente. En las redes sociales es muy fácil opinar y emitir mensajes sobre una gran variedad de materias, y por ello los mensajes que se difundan sobre asuntos políticos gozarán de una mayor protección que el resto. Por otro lado, las restricciones a la libertad de expresión serán muy superiores en los mensajes que versen sobre contenido religioso.

2. El segundo parámetro es el de la persona que emite el mensaje. Según el TEDH existen sujetos que gozan de una mayor protección que los demás cuando emiten sus mensajes. Estos sujetos son los políticos y los medios de comunicación. No obstante, en el ámbito de las redes sociales muchas veces resulta muy complejo identificar al emisor del mensaje. Sin embargo, esta incertidumbre no va a impedir que se aplique este criterio en el ámbito de las redes sociales, porque cuando no sea posible identificar al autor del mensaje lo único que se va a hacer es dejar de aplicar el criterio sobre la mayor protección de los políticos y de los medios de comunicación. Se adecuará el mensaje sin tener en cuenta esta especial protección ofrecida a determinados grupos.

3. La intención que tenga el emisor del mensaje es el siguiente de los criterios que se va a tratar. Este parámetro hace referencia a si el emisor tuvo intención de difundir mensajes o ideas de interés general o por el contrario fueron, por ejemplo, ideas racistas o xenófobas. Este criterio parece totalmente aplicable a la comunicación en las redes sociales, ya que se puede saber cuál ha sido la intención del emisor del mensaje observando determinados elementos. Además, en el ámbito de las redes sociales se deben tener en cuenta los códigos habituales, que han de estar presentes en la valoración de los elementos del mensaje. Estos códigos a veces no están tan claros, ya que por ejemplo en la red social Twitter, hacer un “retuit”, no tiene por qué significar estar de acuerdo con la información del mensaje que se “retuitea” sino que se puede retuitear con intención de queja o denuncia de ese contenido por no estar de acuerdo con él.

4. Otro criterio es a quién se dirige el mensaje, es decir, los destinatarios del mensaje que se difunde. La protección de la libertad de expresión es mayor cuando los mensajes se dirigen por ejemplo contra políticos, siempre que las críticas estén relacionadas con el ejercicio de su cargo o función. Y la protección es menor cuando los mensajes críticos se dirigen contra un individuo particular. Este criterio se puede aplicar

de igual forma en la comunicación a través de las redes sociales. La libertad de expresión quedará garantizada cuando el mensaje emitido vaya en referencia a los políticos.

5. El canal por el que se emite el mensaje es el siguiente criterio que establece el TEDH para fijar los límites de la libertad de expresión. Este es un parámetro algo conflictivo, en el sentido de que igual nos puede obligar a valorar la comunicación a través de las redes sociales de un modo distinto a la comunicación a través de medios tradicionales.

A la hora de establecer los límites de la libertad de expresión se deben valorar una serie de datos en relación con el canal de difusión, específicamente tres variables de vital trascendencia para la comunicación en red: el grado de seriedad del programa por el cual se difunden los mensajes, el grado de inmediatez de la comunicación y el grado de difusión. En las redes sociales, por lo general, los mensajes que se difunden tienen un grado de seriedad menor que los difundidos en los medios tradicionales, por lo que sería suficiente con no otorgar una especial protección a esos mensajes considerados menos serios o profesionales. No obstante, no todas las redes sociales tienen el mismo grado de credibilidad. En cuanto a la inmediatez, es una ventaja para los emisores de los mensajes. Con la inmediatez se favorece una reacción y respuesta rápida a determinados mensajes, lo que es una característica y valor fundamental de las redes sociales. No obstante, es importante hacer referencia a la capacidad de retractarse del emisor ante mensajes considerados inadecuados, capacidad que es valorada por la Corte del TEDH. Esta capacidad de retractación es más exigible en las redes sociales ya que se puede ejercitar mucho más sencillo y rápido que en los canales de comunicación tradicionales. Por otra parte, el grado de difusión de los mensajes en las redes sociales es mucho mayor que en otros canales tradicionales. Y por este motivo, la difusión de un mensaje inapropiado por las redes sociales va a jugar en contra del emisor, en el supuesto de que se confirme que difundió el mensaje por ese canal con el fin de conseguir más publicidad. Sin embargo, si por usar las redes sociales la difusión del mensaje es mayor, y por lo tanto el daño también es mayor que si se difunde por canales convencionales, la valoración del grado de difusión y el daño va a ser igual que si esa difusión o perjuicio se hubieran producido por medio de otros canales convencionales.

Por lo tanto, el criterio del canal de difusión es aplicado de distinta forma en la comunicación en red.

6. El último criterio del TEDH es el del lugar o ámbito geográfico en el cual se emite el mensaje. Este parámetro va a tener consecuencias en el grado de limitación de la libertad de expresión. Como parece lógico habrá más restricciones a la libertad de expresión si los mensajes que se difunden son conflictivos o delicados en un lugar o ámbito geográfico determinado. No obstante, en el ámbito de la comunicación a través de las redes sociales este criterio no plantea ningún problema, ya que el ámbito geográfico es irrelevante. Lo que sí es cierto es que un mismo mensaje puede juzgarse de diferente forma o tener distinta consideración en un lugar u otro.

Tras haber establecido y analizado los criterios del TEDH se puede llegar a la conclusión de que los mensajes emitidos a través de las redes sociales no deben ser tratados de un modo totalmente diferente a los emitidos por los medios de comunicación tradicionales. En su mayor parte los límites a la libertad de expresión pueden ser aplicados en el ámbito de la libertad de expresión en las redes sociales. El único criterio

que requeriría un tratamiento diferente es el del canal de difusión del mensaje, teniendo en cuenta la seriedad, la inmediatez (capacidad de retractarse) y el grado de difusión.

Por todo esto, no sería necesario crear o establecer unos límites diferentes a la libertad de expresión dependiendo de si los mensajes, ideas, opiniones o documentos son emitidos a través de las redes sociales o por medio de otros medios de comunicación convencionales.

5.2.- PAPEL DE LOS TITULARES DE LAS REDES SOCIALES

Al hablar de los titulares de las redes sociales, se hace referencia a los intermediarios de la sociedad de la información. Como dice Ignacio Villaverde⁶⁷, se puede decir que son la totalidad de sujetos que actúan en el ciberespacio (las redes sociales están comprendidas dentro de éste) y prestan o realizan diversos tipos de servicios en relación con el procedimiento de comunicación pública.

Los intermediarios de la sociedad de la información (o los prestadores de servicios) no solo prestan servicios de carácter público (más relacionado con las redes sociales), sino que también pueden actuar en el ámbito privado como operadores en empresas de telefonía, o en servicios de mensajería, en foros privados, etc. En este caso la comunicación sería privada y no todos los usuarios tendrían acceso a ella. Se intercambian y difunden, por lo tanto, mensajes, contenidos o información entre dos o más sujetos, pero sin que puedan participar en esta comunicación personas que no estén autorizadas.

Hay que tener presente que un mismo prestador de servicios o intermediario de la sociedad de la información puede prestar al mismo tiempo servicios en el marco de la comunicación pública (ciberespacio que incluye las redes sociales) y de la comunicación privada. No obstante, en el presente trabajo nos interesan aquellos intermediarios que prestan servicios de comunicación pública.

El proceso de comunicación permite que se difundan libremente y en las mismas condiciones opiniones, ideas o información. Esto es fundamental en un Estado democrático. La función de estos intermediarios de la sociedad de la información es asegurar la comunicación imponiendo determinadas reglas que puedan garantizar unas óptimas condiciones para debatir públicamente, libremente y en igualdad de condiciones.

Además, este tipo de intermediarios brindan a los usuarios en el ciberespacio distintos tipos de servicios. Y esto ha dado lugar a que la jurisprudencia haya hecho diversas clasificaciones de los intermediarios o prestadores de servicios. No obstante, la mayor parte de estos intermediarios de la sociedad de la información ofrecen distintos tipos de servicios de manera simultánea. Tal y como señala Ignacio Villaverde⁶⁸, se trata de plataformas multiservicio, como ocurre en el ámbito de las redes sociales, en donde los

⁶⁷ Véase *Los poderes salvajes. Ciberespacio y responsabilidad...* (2020; p. 59 y ss), de I. Villaverde Menéndez.

⁶⁸ Véase *Los poderes salvajes. Ciberespacio y responsabilidad...* (2020; p. 61 y ss), de I. Villaverde Menéndez.

usuarios tienen la posibilidad de acceder a múltiples categorías de servicios desde una misma red.

En ocasiones va a tener una gran importancia la distinción entre las diferentes clases de servicios que se ofrecen, en el sentido de cómo se va a regular legalmente su específica prestación. Puede haber situaciones en las que sea necesaria una autorización administrativa, o reglas sobre la competencia de los intermediarios de la sociedad de la información.

Lo que nos interesa son aquellos intermediarios que realizan sus funciones en el proceso de comunicación pública. Esto es, los intermediarios que fomentan y hacen más sencilla la difusión y el intercambio de información y contenidos entre las personas por medio de canales de comunicación públicos/abiertos, y que son accesibles por lo general a toda la sociedad. Estos canales son por ejemplo las redes sociales, sin importar el servicio que ofrecen.

Una vez explicado el rol o papel de los titulares de las redes sociales (prestadores de servicios o intermediarios de la sociedad de la información), es muy relevante tener conocimiento de cuál es su responsabilidad por los contenidos que se mueven o circulan por el ciberespacio, y las redes sociales en específico. Esos contenidos han de ser expresivos en el sentido del art. 20.1 CE: “pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”. Dicho esto, se trata de determinar si el intermediario tiene influencia o alguna clase de control sobre los contenidos que se difunden en sus plataformas.

Por último, antes de hablar del régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios es preciso señalar que la prestación de servicios es en principio libre. Así se establece en el art. 7 de la LSSICE⁶⁹. Este artículo establece que: *“La prestación de servicios de la sociedad de la información que procedan de un prestador establecido en algún Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo se realizará en régimen de libre prestación de servicios, (...)”*.

Y en su segundo párrafo sostiene que la aplicación de este principio de libre prestación de servicios *“a prestadores establecidos en Estados no miembros del Espacio Económico Europeo se atenderá a los acuerdos internacionales que resulten de aplicación”*.

5.3.- RESPONSABILIDAD EN LAS REDES SOCIALES

Cuando se habla de responsabilidad en las redes sociales se está haciendo referencia, como dice Andrés Boix Palop⁷⁰, a la responsabilidad del prestador de servicios o de la red social en la cual se produzcan.

⁶⁹ Véase la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE), art. 7. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758>, consultada el 15 de mayo de 2022.

⁷⁰ Véase *La construcción de los límites a la libertad de expresión...* (2016: p. 93), de A. Boix Palop.

El régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información se encuentra regulado en la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE), en los arts. 13 a 17⁷¹.

La regla general es que los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación están exentos de responsabilidad por la información transmitida, según lo establecido en el art. 14.1 LSSICE.

Pero el mismo art.14.1 LSSICE establece una excepción en la que los prestadores de servicios sí responderían, y esto ocurre cuando “ellos mismos hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado éstos o a los destinatarios de dichos datos”.

La protección general que se da a los prestadores de servicios, ya que, en principio, no son responsables, se extiende también a las personas que se encargan de la gestión de sitios web, en los cuales participan terceros (art. 16.1 dice así, “*Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que: a) No tengan conocimiento efectivo de que (...) la información almacenada es ilícita (...). b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos (...)*”) y, además, a las personas que se dedican a facilitar enlaces a contenidos o mecanismos de búsqueda (art. 17.1 dice así, “*Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que: (...)*”).

Se puede llegar a la conclusión, por lo establecido en estos preceptos, que las redes sociales se encuentran protegidas sustancialmente. Y en específico están amparadas por lo que recoge el art. 16 LSSICE.

Digamos que existe una aceptación social o empresarial de que esto sea así, ya que en el seno de las redes sociales se producen interacciones y relaciones de carácter masivo con los usuarios, lo que dista totalmente de las interacciones que tienen lugar en un medio de comunicación tradicional respecto de las personas que en él realizan publicaciones.

Sin esta regla, la posibilidad de expresarse y negociar por medio de las redes sociales sería totalmente diferente e incluso no existiría.

Como se recoge de manera expresa en la LSSICE, en estos casos mencionados con anterioridad, se prevé la no responsabilidad de terceros por esos contenidos, y tampoco habría responsabilidad por esos contenidos almacenados o enlazados. No obstante, hay que tener en cuenta como establece expresamente la ley, que no habrá responsabilidad, siempre que “*no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información (almacenada, o a la que remiten o recomiendan) es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización*”.

De esta forma hoy existe una exclusión a la regla general de no responsabilidad, y es que no se tendrá en cuenta si se puede tener conocimiento efectivo de la ilicitud. Pero ¿qué se entiende por el “conocimiento efectivo” tratado en el art. 16 de la LSSICE?

⁷¹ Véase la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE), arts. 13 a 17. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758>, consultada el 16 de mayo de 2022.

Como indica Ángela Patricia Rojas⁷², el conocimiento efectivo se genera tanto en las manifestaciones hechas por los titulares de derechos fundamentales afectados por mensajes de terceros en las redes sociales, como por los órganos judiciales a través de medidas cautelares o por la decisión firme de una sentencia cuando se declara que los comentarios son ilícitos.

La ley añade una definición legal de lo que se entiende por “conocimiento efectivo”, que depende de diversos elementos, y se encuentra redactado de la misma manera en los arts. 16 y 17 LSSICE⁷³.

Este concepto de “conocimiento efectivo” es, por lo tanto, esencial a la hora de atribuir responsabilidad al prestador de servicios de intermediación o de alojamiento de datos por la información almacenada.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que la comunicación en Internet y en las redes sociales es mucho más generalizada y se realiza masivamente, y por lo tanto requiere de una exención de responsabilidad (civil) superior que los medios de comunicación tradicionales, para que de esta forma sea posible su buen funcionamiento manteniendo la seguridad jurídica (a ello se refiere Andrés Boix Palop⁷⁴). Y, por lo tanto, como parece lógico, solamente responderán si son responsables de alguna actuación negligente o culposa al momento de controlar, en un momento posterior, lo que se derive de las redes sociales.

Los controles en el mundo digital son menores, en parte debido a que muchas veces no se conoce al autor de la información y datos que se difunden. Además, las posibilidades de repercusión son mucho mayores y se da la posibilidad de retirar los contenidos o enlaces que puedan resultar controvertidos (en virtud de acuerdos voluntarios de los prestadores y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse). Por todo esto la ley excluye, en principio, la responsabilidad, siempre que se entienda que la emisión del contenido o enlace ilícito se ha hecho inconscientemente.

Además, la exención de responsabilidad tampoco operará en el caso de que el destinatario del servicio, o el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite, “actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador” (arts. 16.2 y 17.2 LSSICE).

Después de haber visto y explicado estos preceptos la LSSICE contiene algunas reglas más para completar el régimen relativo a la responsabilidad. De esta forma, en el art. 15 se establece la exención de responsabilidad de los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios, en el caso de que no modifiquen la información, permitan acceder a ella únicamente a determinados usuarios, respeten la normativa generalmente aceptada y aplicada por el sector para la actualización de la información, no interfieran en la utilización ilícita de tecnología aceptada y empleada por

⁷² Véase las *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías* (2011; p. 294-295), de Lorenzo Cotino Hueso. PUV, Valencia.

⁷³ Definición de “conocimiento efectivo” en arts. 16 y 17 LSSI: “Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”.

⁷⁴ Véase *La construcción de los límites a la libertad de expresión...* (2016; p. 93-94), de A. Boix Palop.

el sector con fines de obtención de datos sobre la utilización de la información, y retiren la información almacenada o hagan imposible el acceso a ella en determinados casos.

Una vez que estas normas sobre responsabilidad estén asentadas en nuestro sistema va a ser necesario controlar su aplicación y ser exigentes en cuanto a su reconocimiento y expansión hacia cualquier forma de expresión.

5.4.- CONTENIDOS ILEGALES EN LAS REDES SOCIALES E INTERNET

Tanto en internet en general como en el ámbito de las redes sociales existen contenidos ilegales o ilícitos, es decir, aquellos cuya consulta y difusión está limitada o restringida con el objetivo de proteger intereses mayores. Existen distintas clases de contenidos que se pueden considerar ilegales o ilícitos, pero explicaremos dos que son muy frecuentes (se refiere a ellos y los explica Edwin Bernal⁷⁵): la propaganda que incita al odio (abarca contenidos racistas y xenófobos, contenidos relacionados con la violencia, terrorismo, etc.) y la pornografía infantil.

La propaganda o contenidos que incitan al odio: tanto Internet en general, como las redes sociales en específico ofrecen a los usuarios un lugar en el cual les es posible emitir ideas u opiniones racistas, xenófobas, etc., que incitan al odio. Y día a día estos sitios, que hacen posible la difusión de este tipo de ideas, van creciendo. Este hecho es sin ninguna duda bastante preocupante, puesto que cada vez es más fácil que los usuarios de las redes sociales e internet accedan a este tipo de ideas, opiniones o propaganda que incita al odio.

Además, es frecuente que muchos de los usuarios que acceden a este tipo de contenidos sean menores de edad, y es muy posible que accedan sin la supervisión o permiso de una persona adulta que se pueda hacer responsable, puesto que se trata de contenido que está en la red y no es de difícil acceso. También es habitual, que este tipo de contenidos que incitan al odio estén disponibles en varios idiomas, lo que supone una difusión a escala global.

La pornografía infantil: este tipo de contenidos en Internet y las redes sociales ha sido objeto de profundas regulaciones, mayoritariamente en Europa. Cabe destacar, por ejemplo, la Decisión nº 276/1999/CE⁷⁶ del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales.

Esa Decisión en su art. 2 establece un objetivo que consiste en *“propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet y fomentar a nivel europeo la creación de un entorno favorable para el desarrollo de la industria vinculada a Internet”*.

Y específicamente en su art. 3 hace referencia a la pornografía infantil: *“Para cumplir el objetivo mencionado en el artículo 2, se llevarán a cabo las acciones siguientes de*

⁷⁵ Véase *La libertad de expresión en la...* (2016; p. 175-178), de E. Bernal.

⁷⁶ Véase la Decisión nº 276/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de enero de 1999. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999D0276&from=ES>, consultada el 27 de abril de 2022.

apoyo (...) fomentar la autorregulación del sector y los mecanismos de supervisión de los contenidos (por ejemplo, los relativos a contenidos tales como la pornografía infantil o aquellos que inciten al odio por motivos de raza, sexo, religión, nacionalidad u origen étnico) (...)”.

Por lo tanto, con medidas de este estilo se quieren restringir aquellos contenidos que se encuentren relacionados con la pornografía infantil, entre otros contenidos.

Cabe mencionar en esta materia, por ejemplo, la Propuesta de la Unión Europea contra la pornografía infantil en Internet⁷⁷, de 2010. Lo que se pretende es obligar, a través de nuevas normas, a los países miembros de la Unión Europea a restringir el acceso a este tipo de contenidos, bloqueando la entrada a determinadas páginas que difundan contenidos de pornografía infantil. Con esta propuesta se quiere, entre otras cosas, motivar a los prestadores de servicios a crear “normas de actitud voluntarias y principios” que prohíban a los usuarios el acceso a estos contenidos pornográficos infantiles. Incluso se podría permitir a las autoridades obligar a los prestadores de servicios a bloquear ese tipo de contenidos. No obstante, el Gobierno de Alemania se mostró reticente frente a tal propuesta, ya que “busca la cancelación en vez de sólo un bloqueo”.

La conclusión que se puede sacar respecto a este tipo de contenidos ilícitos es que su difusión por medio de internet y las redes sociales está restringida. Hay que ser consciente de los contenidos que se pueden difundir y cuáles no. Es destacable que en la actualidad la difusión de este tipo de contenidos se encuentra muy limitada e incluso prohibida a través de legislación específica (ej. tratados internacionales que vinculan a los Estados), y también existe jurisprudencia al respecto, que tienen como fin la protección de intereses legítimos, como los intereses de las personas menores de edad.

De hecho, como por medio de internet y de las redes sociales se pueden difundir contenidos e información de todo tipo, incluso ilícitos, en todo el mundo, resulta de gran importancia que las autoridades de los Estados estén dispuestas a denunciar toda clase de contenidos que no sean aptos, y de esta forma poder contribuir con el buen funcionamiento de la sociedad mundial en el ciberespacio.

5.5.- PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS MENORES EN LAS REDES SOCIALES

Los menores de edad disponen de capacidad jurídica (aptitud para ser titular de derechos) pero no disfrutan de una capacidad de obrar plena (se alcanza con la mayoría de edad), por lo que no pueden ejercer por sí mismos todos los derechos reconocidos en el ordenamiento, sino que necesitan muchas veces de la intervención de sus representantes legales (padres o tutor). No obstante, no requieren de esta capacidad de obrar para disfrutar de los principales derechos.

De esta manera, se reconoce a los menores libertad, pero queda restringida por la edad y la protección del interés del menor. Específicamente, se reconoce la capacidad de los

⁷⁷ Véase la noticia, “Propuesta de la UE contra la pornografía infantil en el internet” en Bruselas el 29 de marzo de 2010. Nuevas normas para el bloqueo de contenido pornográfico infantil propuestas por Cecilia Malström (Comisaria del Interior de la UE).

menores de edad en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)⁷⁸ según el cual:

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

En este art. 12 se reconoce el derecho de opinión del menor y a ser oído. Y en el art. 13 se reconoce el derecho a la libertad de expresión de los menores de edad, según el cual:

“1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias: a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas”.

También en España se reconocen pluralidad de derechos a los menores de edad mediante la Ley Orgánica 1/1996 de protección Jurídica del Menor⁷⁹, y expresamente en su art. 8 se reconoce el derecho a la libertad de expresión. Este artículo establece que:

“1. Los menores gozan del derecho a la libertad de expresión en los términos constitucionalmente previstos. Esta libertad de expresión tiene también su límite en la protección de la intimidad y la imagen del propio menor recogida en el artículo 4 de esta Ley.

2. En especial, el derecho a la libertad de expresión de los menores se extiende:

a) A la publicación y difusión de sus opiniones.

b) A la edición y producción de medios de difusión.

c) Al acceso a las ayudas que las Administraciones públicas establezcan con tal fin.

3. El ejercicio de este derecho podrá estar sujeto a las restricciones que prevea la Ley para garantizar el respeto de los derechos de los demás o la protección de la seguridad, salud, moral u orden público”.

⁷⁸ Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Tratado Internacional adoptado el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de Naciones Unidas. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>, consultada el 8 de junio de 2022.

⁷⁹ Véase la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>, consultada el 8 de junio de 2022.

Una vez fijado el marco jurídico de la libertad de expresión de los menores de edad cabe precisar cómo se ejercita este derecho en el ámbito de las redes sociales y cómo se va a proteger.

Como indica Ana Alba Catoira⁸⁰, la protección de los menores de edad como usuarios de Internet y de las redes sociales requiere de un tratamiento especial, ya que forman parte de un colectivo especialmente vulnerable. De hecho, de los menores entre 10 y 14 años, más del 50% usa Internet.

Sin embargo, este grupo de personas no goza de una cobertura legal propia, y las normas que les son aplicables son en ocasiones insuficientes para resolver los problemas que surjan. Es necesaria por tanto una autorregulación de este ámbito.

Para promover un buen uso de internet y de las redes sociales el Estado debe participar con las entidades privadas para regular así las relaciones de los menores de edad en estos espacios virtuales, y además sancionar peligros, abusos o comportamientos considerados delictivos.

También resulta aplicable en el ámbito de la protección de los menores el art. 39 CE, comprendido en el Título I sobre derechos y libertades fundamentales (derechos que nunca pueden ser vulnerados). En este artículo se establece que, *“los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”* y *“(…) la protección integral de los hijos (…)”*. También se recoge que *“los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”*. Y añade en su último párrafo que *“los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*.

Los menores de edad que navegan por Internet utilizan principalmente las redes sociales. Y es en estos espacios en los que los usuarios menores de edad publican datos, fotos y contenidos que pueden ser sensibles sin ser conscientes de ello. Se relacionan sin limitaciones, con total libertad e incluso cabe la posibilidad de que lo hagan bajo una identidad falsa, lo que les da una seguridad que les hace sentirse mayores cuando en realidad no lo son. Y tampoco se dan cuenta de los riesgos y peligros que conlleva en la mayoría de los casos, ya que todos los usuarios o terceras personas van a poder acceder a esos datos y fotografías que no se protegen.

Por lo tanto, es necesario en estos espacios asegurar un mínimo de seguridad y que las redes sociales fijen unas normas de protección frente a los riesgos que nacen de la actuación de uno mismo realizada de manera irresponsable o frente a comportamientos delictivos de terceros. Por ejemplo, Facebook eliminó de sus condiciones de uso la licencia irrevocable para usar, transmitir, almacenar, etc., los datos y contenidos publicados. No obstante, no siempre es fácil protegerse.

Además, existen desajustes entre el marco jurídico que ampara a los menores y la realidad vigente. En el ámbito de las redes sociales los intereses económicos tienden a prevalecer frente a los intereses de los menores. Si no se denuncia un abuso de derecho, el daño se puede extender en el tiempo y no llegarse a reparar.

⁸⁰ Véase las *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ...* (2011; p. 486-492), de L. Cotino Hueso.

CONCLUSIONES

El derecho a la libertad de expresión ha sido analizado a través de un recorrido por los primeros textos jurídicos que han recogido su ejercicio tanto en el ámbito internacional, a través de diferentes convenios, como en España y en especial se ha hecho hincapié en su tratamiento como derecho fundamental en la Constitución Española de 1978.

Cuando se hace referencia al derecho a la libertad de expresión resulta esencial tomar en consideración lo establecido por la jurisprudencia, tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como del Tribunal Constitucional. El ejercicio de este derecho por parte de los ciudadanos es un pilar básico de nuestro actual Estado Democrático. Es un derecho que debe ser respetado por los Estados y que se debe garantizar a los ciudadanos. Sin libertad de expresión no habría democracia.

Se puede concluir que el derecho a la libertad de expresión ostenta una posición de prevalencia en caso de que colisione con otros derechos, pero el juez estará obligado a realizar un juicio ponderativo de las circunstancias para justificar de esta forma que la conducta, al ejercer la libertad de expresión, está justificada. No se la puede considerar como un derecho absoluto, y por esta razón está sometida a límites. Y estos límites a la libertad de expresión son fijados y tratados por una amplia jurisprudencia.

Además, la aparición de las redes sociales en nuestra sociedad ha tenido una gran influencia tanto en el derecho a la libertad de expresión como en las nuevas formas de su ejercicio, al aparecer nuevos medios y formas de comunicación. Se ha hecho necesaria, debido a su gran difusión, la revisión de los límites tradicionales al ejercicio de este derecho y su tratamiento jurisprudencial. No obstante, siguiendo la interpretación del TEDH se puede llegar a la conclusión de que las opiniones difundidas por las redes sociales no deben ser tratadas de forma totalmente distinta a las difundidas por medios tradicionales. Por lo tanto, la mayoría de los límites tradicionales a la libertad de expresión resultan aplicables en el ámbito de las redes sociales, y no sería necesario crear otros nuevos.

Por otro lado, la facilidad de acceso a estas redes sociales hace que millones de personas puedan expresar sus ideas y opiniones sobre multitud de posibles contenidos. Este gran desarrollo hace necesario revisar el ámbito de protección de los ciudadanos y la posibilidad de la aparición y la regulación de nuevos delitos, o el daño y colisión que pudiera tener este ejercicio de la libertad de expresión con otros derechos fundamentales como pudieran ser el honor, la intimidad o la propia imagen, lo que me lleva a concluir que el tratamiento de cómo se difunde la información en el ciberespacio requerirá sin duda de nuevos desarrollos normativos, pero sin dejar de lado el respeto a la Constitución Española y sus normas de desarrollo.

Considero, además, que no se puede ir en contra del desarrollo de las redes sociales ya que son parte indisoluble del desarrollo de nuestra sociedad y que a la hora de fijar límites a la libertad de expresión dentro de este ámbito se habrán de tener en cuenta las normas ya vigentes, si bien prestando especial atención a los posibles delitos que se pudieran cometer al amparo de las redes sociales, a los “delitos de odio” y a la protección de la intimidad y la imagen del menor de edad.

Es evidente, por otro lado, que la protección de los menores de edad requiere un tratamiento especial en el ámbito de las redes sociales. Es el Estado el que, junto con

las entidades privadas participantes en la difusión de la información, debe regular las relaciones y el acceso de los menores al ciberespacio.

Por último, habría que señalar que la respuesta penal, ante las posibles infracciones del derecho a la libertad de expresión en el ámbito de las redes sociales, habrá de ser la última instancia a utilizar, y se habrá de prestar especial atención a la formación y la educación de la ciudadanía en el uso responsable de las redes sociales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ, JUAN DIEGO Y ITURRALDE, MANUEL. (2011). *Libertad de expresión y litigio de alto impacto*. Editorial: Universidad de los Andes.
- BASTIDA FREIJEDO, FRANCISCO JOSÉ. (1994). *El régimen jurídico de la comunicación social*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos.
- BASTIDA FREIJEDO, FRANCISCO JOSÉ, VILLAVERDE MENÉNDEZ, IGNACIO, REQUEJO RODRÍGUEZ, PALOMA, PRESNO LINERA, MIGUEL ÁNGEL, ALÁEZ CORRAL, BENITO, Y FERNÁNDEZ SARASOLA, IGNACIO. (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos.
- BERNAL, EDWIN. (2016). *La libertad de expresión en la Internet*. Colombia: Misión Jurídica, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, núm. 10, págs. 163-180.
- BOIX PALOP, ANDRÉS. (2016). *La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales*. Revista de Estudios Políticos, núm. 173, 55-112.
- BOIX PALOP, ANDRÉS. (2002). *Libertad de expresión y pluralismo en la red*. Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 65, pág. 133-180
- CARBONELL SÁNCHEZ, MIGUEL. (2004). *La libertad de expresión en la Constitución Mexicana*. Derecho Comparado de la Información, núm. 3, págs. 3-59.
- CORONADO CONTRERAS, LAURA VERÓNICA. (2015). Tesis Doctoral: *La libertad de expresión en el ciberespacio*. Madrid
- CARRILLO, MARC. (2013). *Internet como espacio público de la información*. Derechos y espacio público: Cátedra de amparo de derechos y libertades, págs. 11-28.
- COTINO HUESO, LORENZO (2011), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*. PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia), Valencia.

- DÍEZ BUESO, LAURA. (2007). *La libertad de expresión y sus límites*. Quaderns del CAC: número 27, págs. 97-103.
- DÍEZ BUESO, LAURA. (2018). *La libertad de expresión en las redes sociales*. Revista de Internet, Derecho y Política, núm. 27.
- MOYA GARCÍA, RODRIGO. (2003). *La libertad de Expresión en la Red Internet*. Revista Chilena de Derecho Informático, núm. 2.
- POU, FRANCISCA. (2006). *El precio de disentir. El debate interno en la Corte*. Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 24, págs. 187-198.
- PRESNO LINERA, MIGUEL ÁNGEL. (2020). *La libertad de expresión en internet y las redes sociales: análisis jurisprudencial*. Revista Catalana de Dret Públic, núm. 61.
- PRESNO LINERA, MIGUEL ÁNGEL, Y TERUEL LOZANO, GERMÁN M. (2017). *La libertad de expresión en América y Europa*. Lisboa: Juruá.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, IGNACIO. (2020). *Los poderes salvajes. Ciberespacio y responsabilidad por contenidos difamatorios*. Madrid: Marcial Pons.

JURISPRUDENCIA

Sentencias del Tribunal Constitucional:

STC 20/1990, de 15 de febrero (FJ 1).

STC 6/1981, de 16 de marzo (FJ 3).

STC 214/1991, de 11 de noviembre (FJ 6).

STC 174/2006, de 5 de junio (FJ 4).

STC 176/1995, de 11 de diciembre (FJ 2).

STC 27/2020, de 24 de febrero (FJ 3).

STC 185/2002, de 14 de octubre (FJ 4).

STC 127/2003 de 30 de junio (FJ 6).

STC 27/2020, de 24 de febrero (FJ 3 y 4).

Sentencias del TEDH:

Sentencia 5493/72 (Handyside v. Reino Unido), de 7 de diciembre de 1976.

Sentencia 6538/74 (The Sunday Times), de 26 de abril de 1979.

Sentencia 44774/98 (Leyla Sahin v. Turquía), de 10 de noviembre de 2005.

Sentencia 15890/89 (Jersild v. Dinamarca), de 23 de septiembre de 1994.

Sentencia 24277/94 (Sürek & Özdemir v. Turquía), de 8 de julio de 1999.

Sentencia 59405/00 (Erbakan v. Turquía), de 6 de julio de 2006.

Sentencia 11798/85 (Castells v. España), de 23 de abril de 1992.

Sentencia 64569/09 (Delfi As v. Estonia), de 16 de junio de 2015.

Sentencia 9815/82 (Lingens v. Austria), de 8 de julio de 1986.

Sentencia 2034/07 (Otegui Mondragón v. España), de 15 de marzo de 2011.

Sentencia 17676/09 (Cicad v. Suiza), de 7 de junio de 2016.

Sentencias del Tribunal Supremo de EEUU:

Sentencia 15/1194 (Packingham v. Carolina del Norte), de 19 de junio de 2017.