

# **Covid-19 y libertad de expresión en redes sociales: Un análisis de los derechos fundamentales afectados por la desinformación sanitaria**

## ***Covid-19 and freedom of expression in social media: A studie of the fundamental rights involved in the spread of health disinformation***

Mario Santisteban Galarza  
*Investigador Pre Doctoral UPV/EHU*

### **RESUMEN:**

La desinformación sanitaria se ha multiplicado con la llegada de la Covid-19, poniendo en riesgo el derecho de todos a la salud. Este fenómeno informativo se ha amplificado por las redes sociales, dando lugar a lo que se ha denominado como «infodemia». Los propietarios de estos medios han dado una respuesta mucho más contundente en comparación con la que estábamos acostumbrados, alejándose de las directrices europeas para enfrentarse a la desinformación. La remoción del contenido falso que comparten los usuarios plantea diferentes cuestiones jurídicas. En el presente trabajo nos cuestionamos si ideologías negacionistas de la Covid-19 están amparadas por la libertad de expresión y si la protección de la salud pública puede limitar la comunicación de esas opiniones. Asimismo, nos preguntamos en qué medida los derechos fundamentales de los usuarios vinculan la respuesta que las redes sociales den a la desinformación sanitaria.

### **ABSTRACT:**

Health disinformation has increased considerably during the pandemic of the Covid-19. This phenomenon has been amplified by the use of social media companies, leading to a situation defined as a «infodemi». Tech companies intervention has been significantly strong in this context, ignoring the european guidelines to fight disinformation. The deletion of Covid-19 disinformation raises some legal issues. In this paper we ask ourselves if the ideologies of whom negate the existence of Covid-19 are sheltered by freedom of expression, and if the protection of public health can limit the spread of this ideas. In addition, we inquire if social media companies are required to respect the fundamental rights of users in their response to the spread of fake news.

**Palabras clave:** desinformación, Covid-19, libertad de expresión, redes sociales, salud, derechos fundamentales.

**Key words:** disinformation, Covid-19, freedom of expression, social media, public health, fundamental rights.

**SUMARIO.** 1. Introducción. 2. La salud pública en el punto de mira de la desinformación. 3. La desinformación y los derechos del art 20.1 A) y d) de la constitución española. 4. La relación entre los derechos fundamentales e internet ¿deben las redes sociales respetar la libertad de expresión de los usuarios? 5. Conclusiones.

**SUMMARY.** 1. Introduction. 2. Public health threaten by disinformation. 3. Disinformation and the rights enrihed in art 20.1 A) and d) of the spanish constitution. 4 The relationship between fundamental rights and the internet ¿do social media companies have to respect freedom of expression of online users? 5. Conslusions.

## 1. INTRODUCCIÓN

Convivimos con las *fake news* desde hace tiempo. Rebautizadas como «desinformación» en un intento de evitar interpretaciones sesgadas del término, una multitud de fuentes nos indican que tienen una influencia notable en nuestra sociedad<sup>1</sup>. Desde el conocido caso *Cambridge Analytica* hasta las campañas de desinformación rusa, los también llamados bulos han perturbado votaciones, poniendo el peligro los sustentos del sistema. Su existencia nos alarma, pues cualquier tipo de orientación invisible<sup>2</sup> que inflencie la opinión pública no parece admisible en un sistema basado en la libre decisión de los ciudadanos.

Como apunta la Comisión Europea, «nuestras sociedades democráticas abiertas dependen de debates públicos que permiten que los ciudadanos bien informados expresen su voluntad mediante procesos políticos libres y justos»<sup>3</sup>. En la misma línea, el Consejo Constitucional Francés<sup>4</sup> señala que las noticias falsas afectan a la «veracidad de los comicios»<sup>5</sup>, bien jurídico sobre el que pivota la Ley francesa de lucha contra la manipulación de la información de 22 de diciembre de 2018.<sup>6</sup>

Ciertamente la desinformación médica no había sido ignorada por los expertos. Esta ha sido estudiada con profundidad, destacando los bulos sobre las enfermedades

---

<sup>1</sup> Véase «Information disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy-making (2017)», p. 14. Disponible en <https://rm.coe.int/information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-researc/168076277c>

<sup>2</sup> CASTELLANOS CLARAMUNT, Jorge, «La democracia algorítmica: inteligencia artificial, democracia y participación política». *Revista General de Derecho Administrativo*. Núm. 50, 2019, p. 10.

<sup>3</sup> «Comunicación de la Comisión Europea al Consejo, Parlamento Europeo, El Comité Económico y Social, y el Comité de las regiones: La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo».

<sup>4</sup> Decisión n.º 2018-773 DC del 20 de diciembre de 2018 que avala la constitucionalidad de la normativa francesa.

<sup>5</sup> En francés «sincérité du scrutin».

<sup>6</sup> [https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=40A97F629E88213806FE65E5FCC0705B.tplgfr34s\\_2?cidTexte=JORFTEXT000037847559&categorieLien=id](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=40A97F629E88213806FE65E5FCC0705B.tplgfr34s_2?cidTexte=JORFTEXT000037847559&categorieLien=id)

infeciosas y los que circulan en los círculos antivacunas<sup>7</sup>. Ese interés contrasta con la postura de las autoridades, que han venido entendiendo que el principal problema de la desinformación es la distorsión que puede suponer en un proceso electoral. No obstante, como en tantas cosas, la llegada de la pandemia ha alterado el orden de prioridades. La desinformación médica sobre la COVID-19 se mezcla en el aluvión de noticias que demanda la sociedad sobre el virus, creándose una «infodemia»<sup>8</sup>.

En este contexto, el derecho de todos a la salud (art 43.1 de la Constitución española, en lo que sigue CE) se vuelve el principal derecho afectado por los bulos. Las redes sociales, con los propios usuarios como portavoces, se convierten en el ecosistema perfecto para extender esta clase de noticias. En este clima de «posverdad» y polarización surgen nichos en internet en los que se cuestiona la «versión oficial» ofrecida por las autoridades sanitarias. Estos grupos, que estimamos que son minoritarios, lanzan un mensaje que pone en riesgo al conjunto de la sociedad, instando a obviar las medidas contra la COVID-19 y alertando de las implicaciones de una futura vacuna. Así, se altera el paradigma, y frente a la integridad del proceso electoral lo que ahora nos preocupa es la salud pública.

La respuesta de los Estados ante estas «opiniones» es la seguida hasta ahora frente al resto de fenómenos desinformativos: delegar su responsabilidad en las redes sociales. La ausencia de una verdadera respuesta europea se ha justificado por los peligros que podría conllevar para las libertades informativas y el pluralismo político. Esta ha sido la postura de la Comisión, y también la del Congreso de los Diputados, si bien enturbiada por el habitual barullo parlamentario<sup>9</sup>. No obstante, si bien el derecho penal o el derecho administrativo sancionador no parecen estar sobre la mesa<sup>10</sup>, los

<sup>7</sup> WANGA YUXI, MCKEEB Martin, TORBICAA Aleksandra, STUCKLERC David, «Systematic Literature Review on the Spread of Health-related Misinformation on Social Media», *Social Science & Medicine*, Núm. 240, 2019, pp. 1-12.

<sup>8</sup> Término usado por la OMS y la UE que significa «una cantidad desmesurada de información sobre un problema, que dificulta la búsqueda de una solución. Puede consistir en la difusión de información errónea, desinformación y rumores durante una situación de emergencia sanitaria. Las «infodemias» pueden entorpecer la respuesta eficaz de la sanidad pública y generar confusión y desconfianza». Véase el informe de la OMS «Coronavirus disease 2019 (COVID-19) Situation Report-45 e Disponible en: [https://www.who.int/docs/default-source/coronavirus/situation-reports/20200305-sitrep-45-covid-19.pdf?sfvrsn=ed2ba78b\\_4](https://www.who.int/docs/default-source/coronavirus/situation-reports/20200305-sitrep-45-covid-19.pdf?sfvrsn=ed2ba78b_4) (Última consulta 10 de diciembre de 2020).

<sup>9</sup> Véase el debate sobre la Proposición no de ley del grupo parlamentario popular relativa «al impulso de las medidas necesarias para garantizar la veracidad de las informaciones que circulan por los servicios conectados a internet» Disponible online en la Web del Congreso de los Diputados [https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-intervenciones?p\\_p\\_id=intervenciones&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&\\_intervenciones\\_mode=view&\\_intervenciones\\_legislatura=XII&\\_intervenciones\\_id\\_iniciativa=162/000550c](https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-intervenciones?p_p_id=intervenciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_intervenciones_mode=view&_intervenciones_legislatura=XII&_intervenciones_id_iniciativa=162/000550c) (última consulta 10 de diciembre de 2020).

<sup>10</sup> Existen casos extremos, en los que la desinformación se entremezcla con otras conductas que si superan la barrera del principio de intervención mínima. A este respecto véase la noticia de la vanguardia <https://www.lavanguardia.com/sucesos/20200828/483136268717/negacionista-detenido-odio-violencia-zaragoza.html> (última consulta 10 de diciembre de 2020).

Estados no tienen reparo en admitir que las redes sociales sean las que tomen cartas en el asunto. Compañías como Facebook, Google o Twitter, hace tiempo que vienen combatiendo la desinformación, alentadas por la Unión Europea<sup>11</sup>, pero también por la presión de los anunciantes<sup>12</sup>. Su actuación incisiva sobre las libertades informativas se justifica porque estas se ejercen en un entorno privado, donde la red social tiene amplios poderes de gestión, dando a pie a restricciones que fuera del espacio virtual serían de dudosa corrección jurídica.

Conscientes de la incidencia que su potencial «censura» podría implicar para la opinión pública, estas compañías han pretendido realizar una política respetuosa con la libertad de expresión. La remoción de videos, imágenes o noticias se ha circunscrito al contenido manifiestamente reprimido por los ordenamientos jurídicos. Si bien con ciertas dificultades<sup>13</sup>, las redes sociales suprimen contenido contrario a sus políticas como mensajes que fomenten el odio, apoyen al terrorismo o contengan pornografía infantil. Las mal llamadas *fake news*, en cambio, se combaten con técnicas algo más respetuosas con las libertades constitucionales, entre las que se encuentran la lucha contra la monetización de estas noticias, la eliminación de cuentas falsas o el uso de algoritmos e identidades verificadores para denostar su posición en la red social.

La llegada del COVID-19 ha alterado estas políticas, y ante el importante clamor social por enfrentarse a la desinformación médica, las compañías comienzan a suprimir noticias y opiniones que en otro contexto eran admitidas. La plataforma YouTube, propiedad de Google, ha publicado una prolija lista de comportamientos<sup>14</sup> que implican la remoción de videos y la sanción de usuarios (*strike*), entre los que se encuentran «Negar la existencia del COVID-19» o «Afirmar que el origen del COVID-19 se encuentra en las redes 5G». Por otra parte, es conocido el rifirrafe de la red social Twitter con el presidente estadounidense Donald Trump sobre la desinformación médica en sus Tweets. Este se inició con un tímido contraste informativo y el anexo de advertencias a sus publicaciones<sup>15</sup>, y en la actualidad ha pasado a la supresión de

---

<sup>11</sup> Estas empresas son signatarias del Código de Buenas prácticas de la lucha contra la desinformación, al que nos referiremos con más detenimiento *infra*.

<sup>12</sup> [https://blogs.elconfidencial.com/tecnologia/tribuna/2020-07-01/facebook-censura-redes-sociales-anunciantes-zuckerberg\\_2664404/](https://blogs.elconfidencial.com/tecnologia/tribuna/2020-07-01/facebook-censura-redes-sociales-anunciantes-zuckerberg_2664404/) (última consulta 10 de diciembre de 2020).

<sup>13</sup> La aplicación por los moderadores de Google de criterios jurídicos en cumplimiento de la «Network Enforcement Act» (la ley alemana que lucha contra los contenidos ilícitos en línea) no ha estado exenta de problemas. Véase por ejemplo el informe de Google al respecto <https://transparencyreport.google.com/netzdg/googleplus> (última consulta 10 de diciembre de 2020).

<sup>14</sup> Como apunta su reciente actualización en sus políticas «YouTube no permite el contenido en el que se difunda desinformación médica que contradiga las informaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS) o de las autoridades sanitarias locales en lo referente al COVID-19. Esto se limita al contenido que contradice las recomendaciones de la OMS o de las autoridades sanitarias locales con respecto al tratamiento, prevención, Diagnóstico y transmisión del COVID-19» <https://support.google.com/youtube/answer/9891785?hl=es> (última consulta 10 de diciembre de 2020).

<sup>15</sup> <https://elpais.com/tecnologia/2020-05-27/twitter-califica-por-primera-vez-la-cuenta-de-donald-trump-como-informacion-dudosa.html> (última consulta 10 de diciembre de 2020).

contenido del presidente tanto en Twitter como Facebook<sup>16</sup>. Teniendo en cuenta la importancia que ha tenido el uso de Twitter en la estrategia electoral de Trump, se aprecia la capacidad de las redes sociales para influir en la opinión pública.

El presente artículo pretende realizar una reflexión sobre los derechos fundamentales que entran en juego a la hora de encarar la desinformación sanitaria. Se parte de la premisa de que «El sistema constitucional política y jurídicamente tiene la virtud de saber deliberar, ponderar y armonizar derechos fundamentales entre sí y con otros bienes constitucionales»<sup>17</sup>. Por tanto, creemos que la COVID-19 no puede ser excusa para obviar un estudio de los derechos y bienes jurídicos en juego, entre los que se encuentra, además de la salud pública, una libertad bascular como es la de expresión.

## 2. LA SALUD PÚBLICA EN EL PUNTO DE MIRA DE LA DESINFORMACIÓN

El artículo 43.1 de la CE reconoce el derecho a la protección de la salud, y su apartado tercero impone la obligación de los poderes públicos a fomentar la educación sanitaria. La salud no es un derecho fundamental en el sentido estricto del término, al ubicarse el mencionado precepto en el Capítulo Tercero del Título primero de la CE. Eso implica, tal como apunta el art 53.3 CE, que desde el punto de vista constitucional goza de una protección menor que el resto de los derechos fundamentales. Como señala el TC refiriéndose al derecho a la salud «la Constitución no ha prefigurado directamente un contenido prestacional que el legislador deba reconocer necesariamente a cualquier persona, sino que el artículo 43.2 CE impone un mandato a los poderes públicos, y en particular al legislador, para establecer los derechos derivados del apartado 1 de ese mismo precepto» (STC 139/2016 FJ 8). Eso no implica que sea un derecho desprovisto de contenido, y aunque sea un mandato general debe de tenerse en cuenta a la hora de interpretar el resto de la Constitución y las leyes. Atendiendo a la configuración de esta última que se hace en las leyes, la salud puede verse desde distintos puntos de vista.

Por una parte, puede verse como un derecho individual, esto es, «como conjunto de acciones dirigidas a tutelar la salud, de personas concretas en casos concretos, normalmente a solicitud de estas» siendo «Los dos componentes típicos del contenido del derecho la asistencia sanitaria y, como prolongación de esta, el derecho al medicamento»<sup>18</sup>. El alcance de esta asistencia sanitaria puede variar notablemente en función del desarrollo legislativo que se dé al principio rector. De esta forma el art

<sup>16</sup> <https://elpais.com/tecnologia/2020-08-06/facebook-retira-un-video-de-trump-por-decir-que-los-ninos-son-inmunes-al-coronavirus.html> (última consulta 10 de diciembre de 2020).

<sup>17</sup> COTINO HUESO, LORENZO, «Inteligencia artificial, big data y aplicaciones contra la COVID-19: privacidad y protección de datos» *Revista de Internet, Derecho y Política*, Núm. 31, 2020, p.3.

<sup>18</sup> ESCOBAR ROCA, GUILLERMO «Los derechos sociales fundamentales y la protección de la salud» *Revista de Derecho político*, Núm. 71-72, 2008, p.129.

43.1 CE permite modulaciones distintas en función del sistema de salud, convirtiendo a esta en un derecho subjetivo en el sentido estricto o supeditando su titularidad a la condición de asegurado<sup>19</sup>.

Asimismo, el derecho a la salud se ha configurado como un derecho de libertad en el sentido de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Este se traduce en que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre, voluntario e informado del afectado» (art. 8.1), como expresión de su dignidad<sup>20</sup>. La desinformación médica indudablemente repercute en la libertad de los ciudadanos a la hora de decidir sobre su salud. No obstante, esta información médica como garantía del paciente se configura como un derecho de este ante el poder público, y en unas circunstancias concretas como son las previas al sometimiento a un tratamiento. Por tanto, el fundamento para atacar la desinformación debemos buscarlo en otra parte.

La salud, además de un derecho subjetivo con raíces en la legislación ordinaria, goza de una dimensión objetiva o colectiva, que se traduce en la protección del bien jurídico de la «salud pública». Históricamente esta es la faceta de la salud que preocupaba al poder público con mayor intensidad pues la existencia de epidemias que amenazaban la existencia del cuerpo social era un problema más recurrente. Este interés del poder público por la salud varió con la construcción del Estado Social, dedicándose más esfuerzos en establecer un sistema de salud que satisficiera las necesidades individuales<sup>21</sup>. De esta forma, fuera de campañas concretas, encuadradas en la llamada *health promotion*, el sistema de salud ha girado en torno al paciente y no desde esta vertiente de carácter colectiva<sup>22</sup>. Ciertos episodios de interés epidemiológico venían anticipando la relevancia de la salud como bien jurídico supra individual, pero ha sido la crisis de la COVID-19 la que rotundamente ha manifestado la relevancia de proteger la salud pública.

Ciertamente nuestro ordenamiento jurídico no desconocía la posibilidad de que se dieran estos supuestos. Así, si bien como un apéndice de la Ley General de Sanidad

---

<sup>19</sup> LEMA AÑÓN, Carlos, «La titularidad del derecho a la salud en España. ¿Hacia un cambio de modelo?» *Revista de Bioética y Derecho*, Núm. 31, 2014, p.10.

<sup>20</sup> El Convenio de Oviedo para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina recoge en su art.5 que «Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento».

<sup>21</sup> CIERCO SEIRA, César, «Las epidemias y el derecho administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población *Derecho y Salud*, Vol. 13, Núm. 2 2005» pp.211-213.

<sup>22</sup> BOMBILLAR SÁENZ, FRANCISCO MIGUEL «Salus publica suprema lex est: intervención administrativa y gestión de la crisis del COVID-19» en ATIENZA MATÍAS, Elena (direct) y RODRÍGUEZ AYUSO Juan Francisco (direct), *La respuesta del derecho a la crisis de salud pública*, Dykinson, 2020. p. 61-63.

de 1986, separada de ella por caracteres de forma<sup>23</sup>, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, contiene previsiones al respecto. Su artículo segundo dispone que «Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad», mientras que su artículo tercero añade que se podrán «adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible». De estos preceptos se deduce la tensión entre la tutela de la salud pública y el ejercicio de ciertos derechos y libertades. Como garantía de posibles extralimitaciones se atribuye a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, la «autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias<sup>24</sup> consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental» (art. 8.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Por su parte, es conocido que uno de los supuestos de declaración del estado de Alarma son las «Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves» (art 4), que conlleva la restricción, que no suspensión (art 55.1 CE a sensu contrario) de ciertos derechos y libertades<sup>25</sup>. La salud pública, como han demostrado los acontecimientos está en el punto de mira de nuestro derecho de excepción.

<sup>23</sup> *Ibíd*em, p.65

<sup>24</sup> La relación entre los distintos instrumentos normativos que disponen las CCAA y los derechos afectados está siendo controvertida en la práctica. Ejemplo de ello es la controversia surgida por el auto de 20 de agosto de 2020 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.2 de Madrid en el que no se ratifican las medidas adoptadas por el Gobierno Autonómico aduciendo que «Desde una Comunidad Autónoma no se pueden limitar derechos fundamentales con carácter general sin una previa declaración de la alarma». Distintas interpretaciones de dicha limitación han llevado en el momento en que se escriben estas líneas a dictar un nuevo estado de alarma, esta vez a través del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

<sup>25</sup> Entre las medidas que prevé la LO destacan «a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos. b) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorios. c) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados. d) Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad. e) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el apartado d) del artículo cuarto». Si bien respecto al supuesto de hecho existe un consenso general, existe una división en la doctrina española sobre la constitucionalidad de las medidas al amparo del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Asimismo, en el Real Decreto 463/2020 por el que se aprobó el Estado de Alarma se establece un supuesto en el que entran en colisión el bien jurídico de la salud con derechos fundamentales como la libertad de comunicación. En su art. 19 se señala que «Los medios de comunicación social de titularidad pública y privada quedan obligados a la inserción de mensajes, anuncios y comunicaciones que las autoridades competentes delegadas, así como las administraciones autonómicas y locales, consideren necesario emitir». Se establece pues un deber de colaboración de los medios de comunicación, que incide tanto en su libertad de empresa (art 38.1 CE) como en sus libertades comunicativas (art 20.1 d CE).

No puede decirse que sea un supuesto inédito. La salud ha sido un límite a la actuación privada del sector audiovisual, particularmente en la publicidad, estando prohibida «la comunicación comercial<sup>26</sup> que fomente comportamientos nocivos para la salud» (art 18.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual). Estas limitaciones descansan en la idea de que es perjudicial para la salud pública la existencia de mensajes engañosos que inciten a los consumidores a adquirir productos contrarios a su bienestar. De la misma manera nuestro ordenamiento se preocupa del conocimiento que tengan los ciudadanos de la situación epidemiológica del país. El artículo seis de la mencionada Ley de Autonomía del Paciente y de Documentación Clínica dispone que «Los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido por la Ley». Desde este punto de vista puede afirmarse que la desinformación sanitaria pone en riesgo el bien jurídico que protege el artículo 43.1 CE y que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la ciudadanía este informada.

Como ha señalado el Consejo Constitucional Francés recientemente corresponde a los poderes públicos «asegurar la conciliación entre el objetivo de valor constitucional de protección de la salud y el cumplimiento de los derechos y libertades reconocidos a todos los que residen en el territorio de la República. En estos derechos y libertades figuran la libertad ambulatoria, componente de la libertad personal, protegida por los artículos 2 y 4 de la Declaración de 1789, el derecho al respeto de la vida privada garantizado por el mismo artículo 2, la libertad de empresa que se deriva del mismo artículo 4, así como el derecho de expresión colectiva de las ideas y opiniones resultante del artículo 11 de dicha declaración»<sup>27</sup>. Asimismo, el Convenio Europeo de

---

<sup>26</sup> En un sentido similar el art 26 de la Ley General de Sanidad dispone que «Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, realizarán un control de la publicidad y propaganda comerciales para que se ajusten a criterios de veracidad en lo que atañe a la salud y para limitar todo aquello que pueda constituir un perjuicio para la misma, con especial atención a la protección de la salud de la población más vulnerable».

<sup>27</sup> Sentencia n° 2020-800 DC de 11 de mayo de 2020 sobre la ley que se prorroga el estado de

Derechos Humanos admite restricciones en la libertad de expresión que tengan como motivo la salud pública, siempre que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, persigan un fin legítimo y estén previstas por la ley (art 10.2 CEDH).

Tampoco puede obviarse que la vida es un derecho troncal en nuestro ordenamiento, en la medida en que es el presupuesto ontológico del resto de derechos (STC 53/1985). Es cierto que vida y salud tienen una naturaleza jurídica muy distinta; una es un derecho fundamental mientras que el otro es un principio rector, no pudiendo equiparse los pronunciamientos del TC al derecho a la salud. No obstante, las actuales circunstancias ponen de manifiesto que la salud pública es también fundamento físico de un *statu quo* en el que el resto de los derechos y principios puedan llegar a materializarse. Eso explica la aceptación general de las limitaciones derivadas del estado de alarma y la normativa posterior. La cuestión es si la libertad de expresión puede encontrarse entre ellas y el alcance que una intervención puede tener en una situación de necesidad como esta.

### 3. LA DESINFORMACIÓN Y LOS DERECHOS DEL ART 20.1 A) Y D) DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Desde que Donald Trump popularizó el término en 2016, la palabra *fake news* fue denostada por la doctrina<sup>28</sup> y los organismos internacionales que se acercaban al estudio del fenómeno que venía a representar. Actualmente, es más correcto referirnos a este problema como desinformación, habiendo sido propuesta en el ámbito nacional la palabra «bulo» como otro sustitutivo factible<sup>29</sup>. No es lugar para entrar en problemas terminológicos<sup>30</sup>. No obstante, sí que es preciso clarificar que entendemos por desinformación o bulos aquella «información falsa, inadecuada o engañosa, que es intencionalmente promovida para causar daño o un beneficio»<sup>31</sup>. Asimismo, debemos recalcar que la finalidad de la desinformación es mayormente económica<sup>32</sup>, si bien

---

emergencia francés. Téngase en cuenta que la traducción al castellano realizada por los servicios del Consejo se realiza a efectos didácticos y la verdaderamente vinculante es la versión francesa de la resolución.

<sup>28</sup> RUBIO NÚÑEZ, Rafa, «Los efectos de la posverdad en democracia» *Revista de Derecho Político*, Núm. 103, 2018, pp. 202

<sup>29</sup> SALAVERRÍA, Ramón, BUSLÓN, Nataly, «Desinformación en tiempos de pandemia: tipología de los bulos sobre la Covid-19» *El profesional de la información*, Núm. 3, 2020 p.4.

<sup>30</sup> En multitud de trabajos se ha estudiado y criticado el concepto de *fake news*, presentando diferentes alternativas. Una buena síntesis de estas críticas se encuentra en Magallón Rosa, Raul «Unkaing news; cómo combatir la desinformación», Pirámide, Madrid, 2019.

<sup>31</sup> A multi-dimensional approach to disinformation» Report of the independent High level Group on fake news and online disinformation (2018), p. 11.

<sup>32</sup> Muy clarificador para entender el ecosistema virtual del que se nutren los creadores de las Fake News BRAUN, Joshua A, L. EKLUND Jessica, «Fake News, Real Money: Ad Tech Platforms, Profit-Driven Hoaxes, and the Business of Journalism», *Digital Journalism*, Núm. 7, 2019, pp. 1-34.

también puede utilizarse como un arma entre Estados<sup>33</sup>, lo que nos lleva a diferenciarla de comportamientos como errores de periodistas, el discurso político o el uso de titulares llamativos que llaman al *click bait*.

Por último, si bien el uso de técnicas telemáticas que permitan expandir la desinformación de forma artificial, automática o masiva<sup>34</sup> agravan notablemente su influencia, no consideramos su uso preceptivo para entender que estamos ante «desinformación». ¿Es por tanto la información falsa compartida en estos términos un comportamiento antijurídico o por el contrario entra dentro de la protección de algún derecho fundamental?

Cuando hablamos de *fake news* nos viene a la mente una actividad pseudo periodística, y por tanto parece que la discusión debe incardinarse en el ámbito de la libertad de comunicación. Según el enunciado constitucional (art 20.1 d CE), la libertad de información se refiere a la facultad de comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de comunicación, y añadimos, que tenga una relevancia pública. Al contrario que la libertad de expresión, el objeto de lo comunicado es susceptible de prueba, y es por ello que su tutela constitucional se supedita a la veracidad de la información.

Ahora bien, a efectos de la libertad de información veracidad no equivale a verdad, y, por tanto, el Tribunal Constitucional (en lo que sigue TC) no exige que lo comunicado se corresponda necesariamente con los hechos acaecidos en la realidad. Esta visión parte de la premisa de que «las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio» (STC 6/1988 FJ 5). El concepto de información veraz alude pues a una información contrastada y cotejada por el informador. De esta forma se invierte el paradigma, y se coloca al profesional de la información en «el centro de la noción de verdad informativa»<sup>35</sup>.

Se ha aducido, que la desinformación no puede ser objeto del derecho a la libertad de información pues ella únicamente protege el derecho a expresar y difundir información «veraz». Este planteamiento, aunque bien encaminado, puede chocar con la noción de «veracidad» como la viene entendiendo la jurisprudencia constitucional.

Como veníamos diciendo el error periodístico no entra dentro del concepto de desinformación. No obstante, diferenciar el error periodístico de esta última requiere

---

<sup>33</sup> Informe del Centro de Criptología Nacional sobre la desinformación en internet (CCN-CERT BP/13) (p.16)

<sup>34</sup> Este es uno de los requisitos para que la desinformación pueda ser perseguida en Francia (art 162.3 del Código Electoral francés, reformado por La Ley de lucha contra la manipulación de la información de 22 de diciembre de 2018).

<sup>35</sup> AZURMENDI ADARRAGA, Ana, «De la verdad informativa a la información veraz de la Constitución Española de 1978. Una reflexión sobre la verdad exigibles desde el derecho a la información» *Comunicación y Sociedad*, Vol.XVIII, Núm. 2, 2005, p. 16.

un juicio de un órgano jurisdiccional. Por tanto, solo puede ponderarse jurídicamente una información a la luz del art 20.1 d) una vez que se haya valorado la concreta actuación del periodista. Efectivamente la desinformación no está amparada por la libertad de información; es estadísticamente poco probable que los sitios que publican bulos hayan obrado diligentemente y que no fueran concededores de la falsedad de la información que publicaban. Pero eso no quiere decir que pueda prescindirse del control judicial por una suposición. El recurso a la jurisdicción para que se resuelvan estos conflictos entre valores y derechos fundamentales es una garantía de la vigencia del sistema democrático. Dicho lo anterior hay que admitir que extrapolar esta garantía a internet es complicado. La remoción del contenido supervisada por un Juez perjudica una respuesta rápida y efectiva; es previsible que el volumen de noticias falsas desborde al órgano jurisdiccional encargado. Negar este control constitucional por el contrario puede dar pie a arbitrariedades, y a la indefensión de los profesionales de la información.

Hemos mencionado que los bulos se encuadran en la órbita de la libertad de información ¿Pero pueden estar amparadas por la libertad de expresión? Si bien en un momento fueron expresión de un mismo derecho, estas libertades acabaron por diferenciarse en atención a un elemento material. Según el TC «En el art. 20 de la Constitución la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor. El derecho a comunicar y recibir libremente información versa, en cambio, sobre hechos o, tal vez más restringidamente, sobre aquellos hechos que pueden considerarse noticiable» (STC 6/1988 FJ 5). El contenido de lo expresado es lo que distingue una libertad de otra; en el caso de la libertad de información estaremos ante hechos, y por tanto la expresión de una realidad con vocación de objetividad, mientras que en la libertad de expresión estaremos ante un contenido que por definición no puede ser contrastado, y se mueve en el terreno de la subjetividad del emisor.

Sin embargo, ya en la citada resolución se planteó el problema de la existencia de contenidos mixtos, que alberguen tanto mensajes informativos como opiniones. En la realidad periodística es frecuente que noticia y opinión vengan de la mano, siendo cuestionable que puedan desterrarse elementos subjetivos incluso en el relato más neutral. Para determinar cuál es el derecho fundamental en juego el TC acude al criterio de la preponderancia, (STC 4/1996 FJ 3), debiendo esclarecer que interés prevalece en el mensaje: si un afán informativo o un juicio de valor (STC 278/2005 FJ 2). Al atender a la desinformación médica, podemos concluir que la mayoría del contenido tiene una apariencia informativa. Estas «noticias» están exentas de juicios subjetivos relevantes, que decanten la balanza a favor de la libertad de expresión; si bien de nuevo caemos en el terreno de hacer ponderaciones que deberían comprobar caso a caso los jueces y tribunales.

No obstante, también existen una serie de comportamientos, por ejemplo, los de las personas que niegan la existencia de la COVID-19 que sí que están tutelados por

la libertad de expresión. Asimismo, hay que tener en cuenta que los usuarios no son únicamente creadores o receptores pasivos de contenido en las redes sociales, sino que contribuyen a su tráfico mediante la opción de compartirlo o se manifiestan a favor en contra de él con opciones con el «me gusta» o enlazando un comentario. Esta clase de posicionamientos parecen protegidos por la libertad de expresión pues suponen un juicio de valor frente a las noticias sin poder considerarse en puridad parte de las mismas ¿Se encuentran las redes sociales o el ordenamiento jurídico habilitados para limitarlas?

A mi juicio existen problemas para justificar tales limitaciones, pues esta clase de discursos «negacionistas» están amparados por el art 20.1 a) de la CE. Esta aseveración encuentra su apoyo en una serie de sentencias del TC<sup>36</sup>, entre las que destaca la STC 235/2007<sup>37</sup>. En ella se enjuicia la constitucionalidad de una norma penal que sanciona la negación de hechos históricos como el holocausto judío. El TC falla a favor de la inconstitucionalidad de la norma pues viene a sancionar un comportamiento comprendido dentro de la libertad de expresión. A diferencia de otros Altos Tribunales europeos, el TC entiende «que las conductas descritas en el precepto cuestionado consisten en la mera transmisión de opiniones»<sup>38</sup> y por tanto atentan contra el contenido esencial del derecho fundamental (FJ 6). En la medida en que la Constitución Española no impone un sistema de democracia militante, es posible sostener un ideario contrario a los valores fundamentales. Eso hace que para que puedan ser sancionadas ideas contrarias a la Constitución, como las xenófobas, sea necesario que estas constituyan una apología a la constitución de hechos delictivos. Esta idea descansa en el precedente americano de los límites al *freedom of speech*, que solo puede ser reprimido cuando de las manifestaciones controvertidas se derive un riesgo inminente de daño<sup>39</sup>. La inexistencia de ese riesgo da cobertura al TC para negar la constitucionalidad de la simple negación del holocausto, pero no en el caso de la justificación pública del

<sup>36</sup> Otro interesante precedente es la STC 176/1995 que por su importancia se trae a colación aquí en distintas ocasiones. En ella el TC ya anunciaba que «Es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución -se ha dicho- protege también a quienes la niegan. En consecuencia, no se trata aquí de discutir la realidad de hechos históricos, como el Holocausto. La libertad de expresión comprende la de errar y otra actitud al respecto entra en el terreno del dogmatismo, incurriendo en el defecto que se combate, con mentalidad totalitaria. La afirmación de la verdad absoluta, conceptualmente *distinta* de la veracidad como exigencia de la información, es la tentación permanente de quienes ansian la censura previa».

<sup>37</sup> Para un análisis más exhaustivo véase BILBAO URIBILLOS, Juan María «Comentario a la STC 235/2007» *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 85, 2009, pp. 299-352.

<sup>38</sup> El TC establece que «la literalidad del precepto, en la medida en que castiga la transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos, viene aparentemente a perseguir una conducta que, en cuanto amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) e incluso eventualmente por las libertades científica [art. 20.1 b)] y de conciencia (art. 16 CE) que se manifiestan a su través».

<sup>39</sup> *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969)

genocidio, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión (FJ 9). Esto se da cuando se da un menosprecio patente a las víctimas, pues un uso de la libertad de expresión que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, situándose fuera de la protección constitucional (STC 176/1995 FJ 5).

Extrapolando esta doctrina al caso del negacionismo de la COVID-19, este ideario solo podría ser constreñido cuando implicase un peligro directo para la salud pública. Así, una manifestación pública en la que no se siguieran las medidas anti COVID-19 sí podría ser limitada por el riesgo claro que ello supone, y los manifestantes no podrían ampararse en su derecho a la libertad de expresión y de reunión. No obstante, perseguir la difusión de las ideas que niegan el COVID-19 o que cuestionen la versión oficial de los hechos presenta problemas con el respeto a la libertad de expresión en la medida en que ese riesgo es mucho más abstracto y difuso.

Realmente lo que está en juego con esta clase de «injerencias» en los derechos fundamentales amparados por el art 20.1 CE es la garantía de la opinión pública libre. Como recuerda el TC en la propia STC 235/2007 «Desde la primera ocasión en que este Tribunal tuvo que pronunciarse sobre el contenido constitucionalmente protegido de la libertad de expresión, venimos afirmando que «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, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política». Congruentemente con el doble carácter de los derechos fundamentales, estas libertades protegen una dimensión objetiva y colectiva que es denominada garantía de la opinión pública libre<sup>40</sup>. Esta opinión pública no alude a la existencia de un público con intereses y un ideario homogéneo, es decir un pensamiento transversal a todo el grupo social que en caso de haber existido solo pudo darse en momentos pasados del Estado contemporáneo<sup>41</sup>. En el concreto estadio del Estado democrático se refiere a la existencia de un clima de pluralismo, en el que sea posible sostener diferentes alternativas al poder establecido.

Para que exista ese clima son necesarias ambas libertades constitucionales. La libertad de información «para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, informándose am-

<sup>40</sup> En la STC 176/1995 el TC afirmó que «la libre expresión y la no menos libre información se configuran en principio como derechos fundamentales de la ciudadanía, aun cuando con talante instrumental de una función que garantiza la existencia de una opinión pública también libre, indispensable para la efectiva consecución del pluralismo político como valor esencial del sistema democrático».

<sup>41</sup> El caso de la burguesía en HABERMAS Jürgen, «Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública» Gustavo Gili, Barcelona, 1994. pp.109-122.

pliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas» (STC 159/1986 FJ 6), la libertad de expresión para que se puedan sostener ideas contrarias al pensamiento mayoritario. Es por ello por lo que este derecho fundamental debe proteger necesariamente la crítica «aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» (STC 174/2006 FJ 4).

De lo anterior no se deriva necesariamente que toda actuación del poder público o de sujetos privados como las redes sociales que ataque la desinformación necesariamente sea invariable a la luz del contenido de las libertades del art 20.1 a) y d). Lo que se trata de poner relieve es que toda respuesta debe tener en cuenta su posible incidencia en la existencia de una opinión pública libre, y deberá implicar limitaciones a derechos congruentes con este instituto. Particularmente debe analizarse si las medidas propuestas puedan contribuir a un «*chilling effect*»<sup>42</sup> (efecto paralizador), esto es, que desalienten el debate público y la labor de la prensa<sup>43</sup>. Pese a que se haga un flaco favor al respeto del rigor científico, tan necesario en tiempos como los que corren, limitar el discurso negacionista de la COVID-19 puede ir en esta línea.

#### **4. LA RELACIÓN ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES E INTERNET ¿DEBEN LAS REDES SOCIALES RESPETAR LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS USUARIOS?**

Cuando hablamos de desinformación sobre la COVID-19 hablamos primordialmente sobre desinformación en línea, la que se extiende en redes sociales como Twitter, Facebook o YouTube. Eso añade un interés más a la ecuación: la autonomía que tienen estos espacios para gestionar lo que los usuarios comparten. La relación de esta autonomía con los derechos fundamentales plantea como mínimo dos preguntas. En primer lugar, si esta autonomía puede ejercerse ante el poder público, esto es, el alcance de la intervención del Estado tanto en la propia red o el contenido que comparten los usuarios. Y por otro lado si los derechos fundamentales de los usuarios

---

<sup>42</sup> En la STC 177/2015 el Tribunal Constitucional puso de manifiesto al respecto que «los límites a los que está sometido el derecho a la libertad de expresión deben ser siempre ponderados con exquisito rigor, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión, cuando esta libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales o intereses de significada importancia social y política respaldados por la legislación penal. A ese respecto se incide en que, cuando esto sucede, esas limitaciones siempre han de ser interpretadas de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de expresión no resulte desnaturalizado, lo que obliga al juez penal a tener siempre presente su contenido constitucional para ‘no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático» (FJ 2).

<sup>43</sup> STEDH CASE OF DŁUGOŁĘCKI v. POLAND (Application no. 23806/03) apdo. 45 y ss.

pueden proyectarse en la red, de tal manera que la gestión de estas empresas puede verse limitada por ellos.

Al hilo de la primera de las cuestiones el TC ha realizado recientemente una aseveración que merece la pena recalcar. En su STC 27/2020 afirma que «Contemplado de esta manera el panorama tecnológico actual y aceptando que la aparición de las redes sociales ha cambiado el modo en el que las personas se socializan, hemos de advertir, sin embargo –por obvio que ello resulte– que los usuarios continúan siendo titulares de derechos fundamentales y que su contenido continúa siendo el mismo que en la era analógica. (FJ 3). En la misma línea Boix Palop defiende 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. Su mayor capacidad de penetración, multiplicada cuando nos referimos a redes sociales que difunden y rebotan de usuario en usuario todo tipo de contenidos, es simplemente la concreción de sus particulares bondades como mecanismo para ser un eficaz instrumento comunicativo al servicio del pluralismo»<sup>44</sup>.

Además de ser los derechos fundamentales los mismos en el entorno digital que en el físico, puede afirmarse con rotundidad que el acceso a internet ya constituye un derecho fundamental en la mayoría de las sociedades democráticas<sup>45</sup>. En el ámbito europeo destacan dos pronunciamientos judiciales que vienen a reconocer este derecho; ambos conectándolo con la libertad de expresión.

En el caso AHMET YILDIRIM contra TURQUÍA<sup>46</sup> el Tribunal Europeo de Derechos Humanos marca un precedente importante en el ámbito de las libertades en Internet, considerando que el bloqueo injustificado de un sitio web constituía una violación de la libertad de expresión (art 10.1 CEDH). La restricción que afectó al recurrente fue consecuencia de un bloqueo general al sitio <http://sites.google.com>, pues era la única medida que el gobierno turco disponía para impedir el acceso a una publicación en específico, ya que los servidores estaban alojados en el extranjero<sup>47</sup>. La resolución justifica que «Internet es en la actualidad el principal medio de la gente para ejercer su derecho a la libertad de expresión y de información, pues se encuentran herramientas esenciales de participación en actividades y debates relativos a cuestiones políticas o de interés público»<sup>48</sup>. El TEDH no declara la imposibilidad de restringir el acceso a internet o bloquear las publicaciones, sin embargo, exige que dicho bloqueo no pueda ser arbitrario y se acomode a estándares del Convenio. La necesidad de que

<sup>44</sup> BOIX PALOP, Andrés, «La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales», *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 173, 2016, p. 64.

<sup>45</sup> EDOARDO FROSSINI, Lombardo, «Libertad, Igualdad, Internet» *Tirant lo Blanch*, 2018, Ciudad de México, pp. 41-63.

<sup>46</sup> Demanda 3111/10.

<sup>47</sup> Apd. 19.

<sup>48</sup> Apd. 54.

existan garantías democráticas ante la privación del acceso a Internet también ha sido reconocida por el Consejo Constitucional Francés. En una decisión de núm. 2009-580 DC, de 10 de julio de 2009, declaró inconstitucional que una autoridad administrativa pudiera privar de acceso a un particular a Internet, exigiendo que existiera un control jurisdiccional para adoptar la medida. La justificación de ese requisito era la necesaria ponderación entre los derechos a la propiedad intelectual y el derecho a la libertad de expresión en su vertiente de acceso a Internet.

En nuestro ordenamiento jurídico ocurre un supuesto similar. Las redes sociales han sido consideradas empresas prestadoras de servicios en la sociedad de información<sup>49</sup> y por tanto sujetas a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico<sup>50</sup>. El art 8.1 permite de la mencionada normativa la adopción de medidas para la cesación del servicio de estas empresas, siempre que su actividad afecte a determinados valores como la «La salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional». El amplio abanico de supuestos previstos en la normativo, así como su vaguedad da un margen notable para justificar la cesación del servicio. Ese riesgo se atempera con la necesidad de que sea la una autoridad judicial competente la que adopte la medida «en tanto garante del derecho a la libertad de expresión, del derecho de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra y el derecho de información». Esta garantía es indispensable pues «La interrupción de un servicio o la retirada de un contenido en internet pueden representar una gravísima afectación de las libertades informativas equiparable al secuestro de una publicación»<sup>51</sup>. Nótese que estamos ante un supuesto distinto: la cesación del servicio de la red social o sitio web y no la privación del acceso a un particular. No obstante, la necesidad de esta ponderación por un órgano judicial tiene un fundamenta similar: respetar los derechos de usuarios y empresas en la Web.

Pese a que se ha reconocido esta eficacia de los derechos fundamentales en Internet, los esfuerzos del legislador y de los órganos jurisdiccionales, salvo contadas excepciones<sup>52</sup>, han ido en la línea de reconocer una eficacia vertical, es decir, frente al poder público y no una eficacia entre particulares de estas libertades. Caso paradig-

---

<sup>49</sup> Conforme a la Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de julio de 1998 constituye un servicio de la sociedad de información aquel «servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios» (art 1.2 a).

<sup>50</sup> Trasposición de Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información y parcialmente la Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores

<sup>51</sup> GARCÍA MORALES, María Jesús «La prohibición de censura en la era digital» *Teoría y Realidad Constitucional*, Núm. 31, 2013, p. 255.

<sup>52</sup> Quizás la más célebre sea la del derecho al olvido derivado Google Spain, S.L., Google Inc. vs. la Agencia Española de Protección de Datos (aepd) y Mario Costeja González

mático es el de EE UU., en el que la Sección 230 de la Decency Act de 1996 excluye de la responsabilidad de los intermediarios en línea por los actos difamatorios que comentan los usuarios<sup>53</sup>. Esta regulación tiene el propósito de que estos entes privados sean libres a la hora de moderar el comportamiento de los usuarios, de tal forma que la amenaza de la sanción estatal no los lleve a coartar el discurso político.

Tal como dispone el Tribunal Supremo Federal «Como cuestión de tradición constitucional, a falta de pruebas en contrario, suponemos que la regulación gubernamental del contenido del habla es más probable que interfiera con el libre intercambio de ideas que para alentarlo. El interés por fomentar la libertad de expresión en una sociedad democrática supera cualquier beneficio teórico, pero no probado de la censura».<sup>54</sup> Es pues una preferencia de la libertad de expresión «frente a la restricción de contenidos aun a costa de los inevitables errores que ello implica»<sup>55</sup>.

No obstante, no ha llegado a reconocerse una protección a los usuarios en un sentido inverso; poniendo a la red social como posible ente que ejerza la censura. Recientemente un juzgado de New York ha calificado que el Twitter de Donald Trump es un foro público que el presidente no puede restringir a otros usuarios<sup>56</sup>. Sin embargo, el juez americano no ha llegado a decir que el propio Twitter sea un foro público, y congruentemente no se pronuncia sobre si la Primera Enmienda de la Constitución Americana le impone alguna clase de límite a la red social en la gestión de ese espacio. Negar esta realidad es complicado si se tiene en cuenta de que el hecho de que Twitter bloquee a los usuarios tiene consecuencias similares a que lo haga el presidente. Pese a ello, en el actual estadio de la concepción de la Primera Enmienda Americana es un planteamiento jurídico difícil de sostener<sup>57</sup>.

En Europa la situación es distinta. Las redes sociales sí que pueden ser objeto de responsabilidad por el contenido de los usuarios, siempre que estas tengan conocimiento efectivo de la actividad y no actúen con prontitud para eliminar el contenido o hagan imposible su visualización (art 14.1 de la Directiva de Comercio Electrónico).

Existen asimismo otros ejemplos en el continente europeo que inciden en la regulación de las redes sociales para prevenir ilicitudes como la Ley alemana de protección en redes sociales (Netzwerkdurchsetzungsgesetz- NetzDG), que impone obligaciones de remoción del contenido delictivo a las redes sociales o la Ley de lucha contra la

<sup>53</sup> Para un estudio más pormenorizado véase la nota de la «Harvard Law Review» Disponible online en: <https://harvardlawreview.org/2018/05/section-230-as-first-amendment-rule/> (última consulta 10 de diciembre de 2020).

<sup>54</sup> Reno v. American Civil Liberties Union, 521 U. S. 844 (1997)

<sup>55</sup> COTINO HUESO, LORENZO «Responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet en Europa y en Estados Unidos y su importancia para la libertad de expresión» Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías, Núm. 17, 2017, p.8.

<sup>56</sup> Hablamos del caso Knight First Amendment Institute v. Trump.

<sup>57</sup> Véase VÁZQUEZ ALONSO, VÍCTOR, «Twitter no es un foro público pero el perfil de Trump Sí lo es. Sobre la censura privada de y en las plataformas digitales en los EE UU», *Estudios Deusto*, 68/1, 2020, pp. 475-508.

manipulación de la información francesa de 22 de diciembre de 2018. Desde este punto de vista una regulación que trata de imponer a las redes sociales la lucha contra la desinformación médica sería congruente con el modelo europeo. A eso hay que sumarle que al igual que en EE UU., no puede afirmarse que la libertad de expresión vincule a estas entidades privadas. Salvo pronunciamientos muy pioneros y actualmente minoritarios, no puede decirse que la gestión que hagan las empresas pueda ser susceptible de algún tipo de control<sup>58</sup>.

Todo ello no quiere decir que esa actividad no preocupe a los poderes públicos. El art 15 de la Directiva de Comercio Electrónico dispone a este respecto que «los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios de la sociedad de la información una obligación general de supervisión de los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas». EL TJUE en el asunto *Scarlet* analiza tal disposición desde la ponderación entre el derecho a la propiedad intelectual y otras libertades, entre las que nos interesa especialmente la libertad de recibir y comunicar información. A este respecto considera que la implantación del filtrado implica el riesgo de que «el sistema no distinga suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, por lo que su establecimiento podría dar lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito»<sup>59</sup>. De nuevo debemos aclarar que lo que impide la Directiva Europea es que los Estados miembros hagan obligatorios esos sistemas, no que los prestadores de servicios los utilicen; no estamos ante un supuesto de eficacia horizontal de derechos. A pesar de ello es evidente que el ordenamiento comunitario no quiere fomentar que esta supervisión exista pues pondría en riesgo la libertad de expresión en Internet.

Otro ejemplo se da en la estrategia de La Comisión Europea en su lucha contra la desinformación. En su Código de Buenas prácticas contra la lucha de la desinformación se posiciona en contra de prácticas que tiendan a eliminar contenido de los usuarios. Concretamente se expone que «los signatarios no deben adoptar, obligados por los gobiernos ni de forma voluntaria, políticas para eliminar o impedir el acceso a contenido o mensajes lícitos basándose únicamente en que parecen «falsos». Como destaca el informe una práctica así violentaría lo dispuesto en el art 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

No obstante, esta situación puede cambiar con la actual tramitación de la Ley de servicios digitales de la Unión Europea<sup>60</sup>. Distintos Comités en el seno del Parlamento Europeo han puesto de relieve que «cualquier disposición sobre la moderación de los contenidos para los prestadores de servicios debe garantizar el pleno respeto de la

---

<sup>58</sup> Los únicos pasos en este sentido se han dado por ciertos órganos italianos. Véase CORRADO CARUSO «I custodi di silicio. Protezione della democrazia e libertà di espressione nell'era dei social network» CONSULTA ONLINE (periodiqui online), 2020.

<sup>59</sup> Asunto C-70/10, *Scarlet Extended SA* Apdo 50.

<sup>60</sup> Resumen de prensa disponible en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-services-act-package> (última consulta 10 de diciembre de 2020).

libertad de expresión, y que el acceso a una amplia variedad de opiniones contribuye al desarrollo de sociedades abiertas y democráticas, incluso cuando esos puntos de vista sean controvertidos o desagradables»<sup>61</sup>. Queda por ver si el futuro texto de la norma europea limita esta potencial «censura privada» a la libertad de expresión de los usuarios.

## 5. CONCLUSIONES

Nos encontramos en una situación excepcional, en la que la salvaguarda de la salud pública es un objetivo prioritario para el ordenamiento jurídico. No obstante, como señala Álvarez García «La finalidad previsoras del Derecho ante las emergencias tiene una importancia vital para hacer frente a las crisis cuando éstas aparecen, pero es imprescindible comprender también el riesgo que siempre existe de los posibles abusos de los poderes de necesidad, que pueden poner en riesgo el respeto de los derechos fundamentales de las personas»<sup>62</sup>. Ello nos ha llevado al estudio de la libertad de expresión en el modelo español, señalando que hasta ahora considerábamos discursos negacionistas como el antivacunas manifestación de este derecho fundamental. A pesar de ello, una regulación que sancione esta clase de discursos no es inconcebible siempre que sea una medida necesaria en una sociedad democrática. Particularmente entendemos que la protección de la salud pública puede ser base suficiente para poner algún límite a estos idearios. En esta línea, existe al respecto ya una regulación que contempla la tutela de este bien jurídico como un factor que puede constreñir los derechos de entes privados a expresar determinadas informaciones.

Desde esta óptica es factible que el legislador imponga deberes de colaboración a las redes sociales, o que las propias empresas actúen por sí mismas, con el fin de limitar la incidencia y la expansión de estas ideas. Como hemos puesto de relieve las redes sociales en la gestión de las respectivas plataformas no quedan vinculadas por la libertad de expresión de los usuarios, y por tanto es concebible jurídicamente la remoción o supresión de comentarios, opiniones o informaciones que por el contrario un poder público no podría imponer sin la necesaria intervención judicial.

A pesar de todo, no puede obviarse que un uso indiscriminado de esta facultad podría poner en riesgo la existencia de una opinión pública libre, en atención a la importancia que tienen estas empresas en la comunicación humana. Es por ello, que

<sup>61</sup> Opinión conjunta del «Committee on Culture and Education for the Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs» El estado de la iniciativa legislativa y todas las opiniones vertidas hasta el momento disponibles en [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2020/2022\(INI\)&l=en](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2020/2022(INI)&l=en)

<sup>62</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente «El Covid-19 (coronavirus) respuestas jurídicas ante frente a una situación de emergencia sanitaria» *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Núm. 86-87, 2020, p.7.

toda regulación que trate de incidir en la expresión de opiniones e informaciones debe ser especialmente cautelosa, priorizando otra clase de medidas más respetuosas que la remoción del contenido presuntamente fraudulento. Toda normativa que exija responsabilidades a las redes por el contenido que publiquen sus usuarios o que imponga obligaciones específicas de remoción necesariamente va a contribuir a un «*chilling effect*» que no es deseable en democracia. Pero la desinformación sanitaria es igualmente un problema democrático. Una respuesta proporcionada podría ofrecer seguridad jurídica y conciliar dos bienes jurídicos que están condenados a encontrarse.

Que compañías privadas sean las que articulen la respuesta no puede desvincularnos del problema de fondo. Ciertamente enjuiciar la actividad de un ente público o privado es muy relevante para el Derecho; las obligaciones de las redes sociales no son las mismas que las de los Estados soberanos con la libertad de expresión. No obstante, si no se pone límite a su actuación se corre el riesgo de que las consecuencias materiales pueden llegar a ser las mismas.

## BIBLIOGRAFÍA:

- ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente «El Covid-19 (coronavirus) respuestas jurídicas ante frente a una situación de emergencia sanitaria» *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Núm. 86-87, 2020, p.7-23.
- AZURMENDI ADARRAGA, Ana, «De la verdad informativa a la información veraz de la Constitución Española de 1978. Una reflexión sobre la verdad exigibles desde el derecho a la información» *Comunicación y Sociedad*, Vol.XVIII, Núm. 2, 2005, pp. 8-48.
- BRAUN, Joshua A, L. EKLUND Jessica, «Fake News, Real Money: Ad Tech Platforms, Profit-Driven Hoaxes, and the Business of Journalism», *Digital Journalism*, Núm. 7, 2019, pp. 1-34.
- BILBAO URIBILLOS, Juan María «Comentario a la STC 235/2007», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 85, 2009, pp. 299-352.
- BOIX PALOP Andrés, «La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales», *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 173, 2016, pp. 55-112.
- BOMBILLAR SÁENZ, Francisco Miguel «Salus publica suprema lex est: intervención administrativa y gestión de la crisis del COVID-19» en Atienza Matías, Elena (direct) y Rodríguez Ayuso Juan Francisco (direct), *La respuesta del derecho a la crisis de salud pública*, Dykinson, 2020. pp. 61-78.
- CASTELLANOS CLARAMUNT, Jorge, «La democracia algorítmica: inteligencia artificial, democracia y participación política». *Revista General de Derecho Administrativo*. Núm. 50, 2019, pp. 2-32.
- CIERCO SEIRA, César, «Las epidemias y el derecho administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población» *Derecho y Salud*, Vol. 13, Núm. 2, 2005, pp. 211-156.
- CORRADO CARUSO, «I custodi di silicio. Protezione della democrazia e libertà di espressione nell'era dei social network» *CONSULTA ONLINE* (periodiqui online), 2020.

- COTINO HUESO, Lorenzo «Responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet en Europa y en Estados Unidos y su importancia para la libertad de expresión» *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, Núm. 17, 2017, p.1-32.
- COTINO HUESO, Lorenzo, «Inteligencia artificial, big data y aplicaciones contra la COVID-19: privacidad y protección de datos» *Revista de Internet, Derecho y Política*, Núm. 31, 2020, p.1-17.
- EDOARDO FROSSINI, Lombardo, «Libertad, Igualdad, Internet» Tirant lo Blanch, 2018.
- ESCOBAR ROCA, Guillermo «Los derechos sociales fundamentales y la protección de la salud» *Revista de Derecho político*, Núm. 71-72, 2008, pp. 111-148.
- HABERMAS, Jürgen, «Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública» *Gustavo Gili*, Barcelona, 1994.
- GARCÍA MORALES, María Jesús «La prohibición de censura en la era digital» *Teoría y Realidad Constitucional*, Núm. 31, 2013, pp. 237-276.
- LEMA AÑÓN, Carlos, «La titularidad del derecho a la salud en España. ¿Hacia un cambio de modelo?» *Revista de Bioética y Derecho*, Núm. 31, 2014, pp. 3-16.
- SALAVERRÍA, Ramón, BUSLÓN, Nataly, «Desinformación en tiempos de pandemia: tipología de los bulos sobre la Covid-19» *El profesional de la información*, Núm. 3, 2020 pp. 1-15.
- RUBIO NÚÑEZ, Rafa, «Los efectos de la posverdad en democracia» *Revista de Derecho Político*, Núm. 103, 2018, pp. 191-228.
- VÁZQUEZ ALONSO, Víctor, «Twitter no es un foro público pero el perfil de Trump Sí lo es. Sobre la censura privada de y en las plataformas digitales en los EE UU», *Estudios Deusto*, 68/1, 2020, pp. 475-508.
- WANGA, Yuxi, MCKEEB, Martin, TORBICAA, Aleksandra, STUCKLERC, David, «Systematic Literature Review on the Spread of Health-related Misinformation on Social Media», *Social Science & Medicine*, Núm. 240, 2019, pp. 1-12.

