

COMENTARIOS JURÍDICOS



LA VERACIDAD EN LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN:
CONSIDERACIONES PARA UN NUEVO ALCANCE
*THE TRUTHFULNESS IN THE FREEDOM TO INFORM:
CONSIDERATIONS FOR A NEW SCOPE.*



*Hernán VIGUERA FIGUEROA**

RESUMEN. La irrupción y disponibilidad de nuevas tecnologías han permitido que los ciudadanos pasen hacia un rol activo en el tráfico informativo. Frente a los fenómenos como las cámaras ocultas, y más recientemente la desinformación, ha quedado en evidencia que la comprensión jurídica clásica de la diligencia en libertad de información no resulta suficiente para responder a los nuevos paradigmas informativos.

Habrá que considerar que la opinión pública ya no sólo se construye a partir de los medios institucionalizados, que quienes informan no son necesariamente profesionales de la información y que para alcanzar la veracidad en la información se requerirán otros y mayores niveles de diligencia y responsabilidad.

A partir de estos fenómenos se ha configurado un nuevo canon para la ponderación del grado de injerencia permitido frente a los derechos de la personalidad, así como nuevas fórmulas de regulación que suponen las bases para una nueva comprensión jurídica de la libertad de información.

PALABRAS CLAVE. Libertad de informar, autorregulación, cámaras ocultas, *fake news*, desinformación.

* Abogado, Máster en estudios políticos aplicados, Máster en derecho constitucional por la Universidad de Valencia. Profesor e investigador en la Universidad Autónoma de Chile. ORCID: 0002-6562-8283; hernan.viguera@uaautonoma.cl.

Fecha de recepción: 15 de mayo de 2020.

Fecha de dictamen: 06 de agosto de 2020.

HERNÁN VIGUERA FIGUEROA

ABSTRACT. The emergence and availability of new technologies have allowed citizens to take an active role in the traffic of information. Faced with the phenomena such as hidden cameras, fake news and, more recently, disinformation, it has become clear that the classical legal understanding of the diligence in freedom of information is not enough to respond to the new informational paradigm.

92

It will be necessary to consider that public opinion is no longer only built from the already known institutionalized media, that those who report are not necessarily professional communicators and that, to achieve the veracity of the information, it will require higher levels of diligence and responsibility.

Based on these phenomena, a new criterion has been established for weighing the degree of interference allowed against personality rights, as well as new regulation forms that provide the basis for a new legal understanding of freedom of information.

KEYWORDS. Freedom to inform, self-regulation, hidden cameras, fake news, disinformation.

I. INTRODUCCIÓN

El fundamento de las libertades de expresión e información se encuentra en la dignidad de la persona, concretada en el libre desarrollo de la personalidad, en el artículo 10.1 de la Constitución Española (CE); la libertad de conciencia, recogida en la CE en el artículo 16.1, y en el pluralismo político que en la CE de 1978 se halla como valor superior del ordenamiento español en el artículo 1.1. Lo anterior en cuanto elementos indispensables para que el respeto a dicha dignidad y a la libertad de conciencia sea real y efectivo.¹

A pesar de comprender la libertad de información como una libertad individual, el derecho a ésta cuenta con dos dimensiones: el derecho a ser informado, y su configuración como garantía institucional de una opinión pública unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático. Esta última dimensión es la que le otorga al derecho a la libertad de información, en caso de conflicto, una posición preferente respecto a otros derechos protegidos constitucionalmente.

¹ En el mismo sentido, véase, por ejemplo, Llamazares Calzadilla, 1999: 47.

Sin embargo, esta situación privilegiada requiere ciertos presupuestos para que detente la protección constitucional; esto es, por un lado, debe tratar sobre hechos noticiables de interés público, y, por otro, la noticia debe ser veraz.

En los paradigmas tradicionales de la libertad de información se entiende que tanto los medios como el proceso de construcción informativa están en manos de actores institucionalizados, sean editores y/o periodistas, de los cuales se conoce su identidad y es posible perseguir su responsabilidad.

93

A partir de los nuevos fenómenos de la comunicación, como la utilización de cámaras ocultas, los reportajes neutrales y de la desinformación en Internet, ¿es suficiente el alcance tradicional de la veracidad de la información para ponderar el grado de injerencia permitido frente a los derechos de la personalidad de terceros?

En este entendido, sostenemos que sin restringir la libertad de información, es necesario ampliar el alcance las exigencias del canon constitucional, exigiendo otros y mayores niveles de diligencia al informador para detentar la posición preferente de las libertades informativas, demandando ahora un rol activo de los intermediarios de la red digital, a partir de la autorregulación y la transparencia activa.

A partir de esto, la autorregulación se constituye entonces como una evolución del deber de diligencia de quien informa, como una expansión del alcance de los códigos deontológicos de conducta que buscan proteger la confianza del tráfico de información a partir de pautas o códigos compartidos internacionalmente, que por ahora se centra en la exigencia de diligencia y responsabilidad de los propios intermediarios, a quienes poco a poco se va asimilando al rol de editor de un medio tradicional.

Desde el punto de vista metodológico, la primera parte de este trabajo se dedica al análisis de la configuración *ius fundamental* del derecho a la libertad de informar. Para ello se considera tanto su reconocimiento constitucional como su desarrollo jurisprudencial en España, y la influencia recibida desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

En la segunda parte revisamos cómo los fenómenos de desinformación y cámaras ocultas y reportaje neutral han significado un cuestionamiento al alcance tradicional de la veracidad en la libertad de información, así como nuevas fórmulas de regulación que suponen las bases para una nueva comprensión jurídica de la libertad de información.

HERNÁN VIGUERA FIGUEROA

II. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMAR

En la Constitución Española de 1978, la libertad de expresión y el derecho a la información en el artículo 20.1 se reconocen como los siguientes derechos:

- 94 a) expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
d) comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

●
○
● La CE reconoció por separado la libertad de expresión y la libertad de información. En esta línea, el Tribunal Constitucional Español (TCE) ha sostenido que la libertad de expresión hace referencia a la emisión de pensamientos, ideas y opiniones, en tanto que el derecho a la información se relaciona con la transmisión de hechos (STC 107/1988).

Ahora bien, lo anterior tiene especial importancia en la determinación de la legitimidad del ejercicio de estas libertades:

Mientras los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, independientemente de la parte a quien incumba su carga, la legitimidad constitucional del derecho a informar (STC 107/1988).

Así, la libertad de opinión, entendida como el acto de comunicar juicios de valor sobre ciertos hechos, sólo tendría la limitación de no contener expresiones injuriosas, ofensivas o que resultaren innecesarias para expresar dicho dictamen. A su vez, la libertad de información tiene como límite constatable la veracidad de lo que se transmite, veracidad cuyo alcance se revisará en las siguientes páginas.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) en su artículo 10 establece:

[Que] toda persona tiene derecho a la libertad de expresión... 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan 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..., la protección de la reputación... 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 TCE ha señalado que la preservación de esta comunicación pública libre, sin la cual no hay sociedad libre ni soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos y de la interdicción con carácter general del Estado.² Este último tiene el deber de asegurar la objetividad informativa y el pluralismo tanto interno como externo de los medios de difusión, pues con sólo reconocer la autonomía de los medios no se garantiza el debate abierto que es vital en la democracia (Magdaleno, 2006: 58 y 59).

95



La libertad de informar como libertad preferente

El derecho a la libertad de información posee una doble dimensión: la de comunicar libremente, de acuerdo con los cánones constitucionales, y la de recibir datos veraces por cualquier medio de difusión. Esta segunda dimensión es la que actúa como garantía institucional del sistema democrático, otorgándole en el ordenamiento jurídico una posición preferente. En relación con ello, el TCE expuso:

[Que] estas libertades garantizan el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huera las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1.2 de la Constitución... (STC 6/1981).

Pero el fundamento de esta preferencia la entrega el propio tribunal, al reconocer que en la libertad de información no importa la protección de un interés individual, más bien entraña el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental (la opinión pública) que está ligada con el pluralismo político. De ese modo, la libertad de información contribuye a la formación de una opinión pública libre, y se constituye como uno de los elementos esenciales de una sociedad democrática (STC 21/2000); sin embargo, dicha posición preferente dista de ser absoluta por lo siguiente:

² En este sentido, entre otras, véase STC 6/1981.

HERNÁN VIGUERA FIGUEROA

Solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, es decir, que resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general, careciendo de tal efecto legitimador cuando las libertades de expresión e información se ejerciten de manera desmesurada y exorbitante del fin en atención al cual la Constitución le concede su protección preferente (STC 171/1990).

96

La construcción jurisprudencial del tribunal define y precisa la oportunidad y las condiciones que ha de cumplir el ejercicio de las libertades públicas del artículo 20 de la CE, en el cual se señala:

-
-
-

Que el valor preponderante de dichas libertades públicas... se asienta en la función que estas tienen de garantía de una opinión pública libre indispensable para la efectiva realización del pluralismo político, solamente puede ser protegido cuando las libertades se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática (STC 107/1988).

Así, la protección especial queda sometida a determinados requisitos: la existencia de un interés general o la relevancia pública de la información, y la veracidad de ésta. En ausencia de los dos requisitos mencionados, decae el respaldo constitucional de la libertad de información (STC 107/1988).

No es fácil determinar la naturaleza de las condiciones exigidas, toda vez que la veracidad y la relevancia pública, para algunos, resultan ser presupuestos de un ejercicio justo del derecho fundamental de la libertad de informar, pero para otros constituyen un elemento legitimador de las intromisiones en los derechos de la personalidad.³

³ En este sentido, véase, por ejemplo, Bárcena, 2015: 71.

III. EXIGENCIA DE VERACIDAD

El artículo 20.1.d de la CE reconoce y protege el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

La jurisprudencia constitucional consolidada en estos años ha comprendido que por veracidad debe entenderse el resultado de una actuación razonable por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales, ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando ésta pueda ser desmentida con el paso del tiempo o no se confirme (STC 39/2007 y 29/2009), y, por lo tanto, no defraudar de esta forma el derecho de todos a recibir una información veraz.⁴

La veracidad no involucra una rigurosa y total exactitud en el contenido sustantivo de la noticia, sino que, tal y como lo ha señalado en varias ocasiones el TCE, deja sin esta especial protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación, o meras invenciones o insinuaciones cuya realidad no ha sido comprobada, dado que esto posibilita un espacio a errores circunstanciales que no afectan a la esencia de lo informado.⁵

El juicio de veracidad se trata, entonces, del examen sobre el grado de diligencia desplegado (Verda y Beamonte, 2014: 11) por el profesional en la confrontación de la noticia, de mínimos metodológicos (Villaverde, 2016: 194) para considerarlo un recto ejercicio de la libertad de expresión o de la libertad de informar, según sea la naturaleza de la narración.

En cuanto a los datos auténticos, se tiene que éstos no corresponden necesariamente a la verdad absoluta ni a la verdad judicial. La información auténtica es aquella que se obtuvo de manera recta, en la que el periodista puso toda su diligencia y los medios a su alcance; es decir, es la información contrastada y comprobada, la que se obtiene en fuentes de solvencia, ya sean éstas informativas o no (Verda y Beamonte, 2014: 11).

En definitiva, para el TCE la información veraz, en el sentido del artículo 20.1.d de la CE, “significa información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias” (STC 22/1995). Por lo tanto, lo determinante para la existencia de la veracidad es el comportamiento del emisor, el cual es un atributo de la persona que informa, un adjetivo referido a la persona que dice usa o profesa la verdad.⁶

⁴ En este sentido: STC 240/1992; 28/1996 y 192/1999.

⁵ Véase, por ejemplo, STC 6/1988, 105/1990, 53/2006, entre otras.

⁶ Se alude a la definición del *Diccionario* de la Real Academia de la Lengua Española (Rebollo Delgado, 2008: 229).



HERNÁN VIGUERA FIGUEROA

1. *Libertad de opinión y libertad de información*

El TCE ha señalado:

[La] distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, ...y comunicación informativa de hechos..., tiene [una] decisiva importancia a la hora de revisar la legitimidad del ejercicio de [la libertad informativa], pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su naturaleza abstracta, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación... (STC 107/1988).

98

Por lo general, la información veraz se encuentra en conflicto con dos derechos fundamentales: el derecho al honor y el derecho a la intimidad. Sobre esta confrontación de derechos, el TCE ha sostenido que la veracidad “no actúa de manera uniforme en todos los supuestos”, más bien su incidencia “es muy distinta según se trate de hechos u opiniones o la intromisión afecte al derecho al honor o al derecho a la intimidad” (STC 171/1990).

Cuando la información supone una intromisión en el derecho al honor, la autenticidad suele ser el motivo legitimador de ésta; contrario a ello, si la intromisión tiene lugar respecto al derecho a la intimidad, la veracidad, para el público al cual va dirigida, pierde relevancia en relación con el hecho (STC 197/1991). En cuanto al derecho a la intimidad, éste encuentra especial protección constitucional, por lo que es necesario acreditar la trascendencia de la información y la condición de persona pública del sujeto sobre el que versa el mensaje en cuestión.

En relación con el primer condicionante, el TCE entiende que “en modo alguno puede exigirse a nadie que soporte pasivamente la difusión periodística de datos tan relevantes sobre su vida privada cuyo conocimiento es trivial e indiferente para el interés público” (STC 185/2002). Por su parte, el tribunal estima que “el riesgo asumido por el personaje de notoriedad pública no implica aminoración de su derecho a la intimidad, al honor o su propia imagen, ...tan solo significa que no puede imponer silencio a quienes únicamente divulgan, comentan o critican lo que ellos mismos han revelado (STC 134/1999).

No obstante, el TCE considera que las personas “que son conocidas por la mayoría de la sociedad, han de sufrir mayores intromisiones en su vida privada que los simples particulares” (STC 197/1991), lo cual no significa que cualquier información sobre hechos que les conciernen tengan

relevancia pública *per se* como para legitimarla, y que por ello esté dotada de especial protección.

2. Deber de diligencia exigible

Como se ha señalado, no es posible considerar la exigencia de veracidad como un requerimiento de verdad objetiva. Al respecto, el TCE ha indicado que “la veracidad de la información no debe confundirse con la exigencia de concordancia con la realidad incontrovertible de los hechos, sino que en rigor únicamente hace referencia a una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo” (STC 76/2002).

El enfoque de una noticia no tiene relación propiamente con el juicio sobre la autenticidad de lo que se dice, por más que sí deba tenerse en cuenta para examinar la posibilidad de que su fondo y su forma pueden resultar lesivos para el derecho de un tercero.

En cuanto a las fuentes de la información, el periodista debe atenerse “a los datos objetivos procedentes de fuentes serias y fiables disponibles en el momento en que la noticia se produce, y sin que tales datos sean sustituidos por los personales y sesgados criterios del periodista que transmite la noticia” (STC 154/1999), al punto que si “la fuente reviste características objetivas que la hacen fidedigna, seria o fiable, puede no ser necesaria mayor comprobación que la exactitud o identidad de la fuente” (STC 4/1996). Entre las variables que han de ser valoradas se encuentran:

La cualidad del sujeto que informa, las características que concurren en el objeto de la información, como son la relevancia y fiabilidad de las fuentes utilizadas, la determinación o indeterminación de estas, el número de ellas, la oportunidad en que ha publicarse la información, valoración de los derechos susceptibles de ser afectados y el grado de esta afectación, la relevancia pública de la noticia (STC 29/2009; STC 129/2009 y Sentencia Gutiérrez Suárez España, de 1o. de junio de 2010).

El alcance de lo que se necesita entender por “deber de diligencia” lo ha construido el TCE a partir de pautas en las que confluyen dos dimensiones, a saber: “el carácter de la información que se publica y la conducta del sujeto informador en relación con la fuente de la información” (STC 52/1996).

Respecto al carácter de la información, “ella debe ser comunicada cuando se constituye como de interés general, exigiéndoles al informador,



HERNÁN VIGUERA FIGUEROA

el máximo de diligencia profesional, cuando la información puede suponer, por su propio contenido, un descrédito de la persona a la que la información se refiere” (STC 52/1996).

En relación con la conducta del sujeto comunicador, la jurisprudencia constitucional entiende como cumplido el requisito de veracidad cuando el emisor ha indagado sobre los hechos, previo a la difusión de la noticia, con la diligencia que es exigible a un profesional de la información, puesto que se distingue como parte de la obligación mínima de éstos que la noticia haya sido contrastada con datos objetivos (STC 1/2005). La indagación y la contrastación conllevan una obligación de no ocultar o tergiversar datos relevantes (STC 21/2000).

Dicha contrastación implica estar disponible para quienes se sientan afectadas por la información entregada, que puedan realizar los descargos, alegaciones o aclaraciones que estimen convenientes para defender su buena fama (STC 41/1994 y STC 53/2006).⁷

3. *Actitud hacia la verdad*

Ese deber profesional conlleva una actitud para indagar la verdad y narrarla de una manera más ajustada a la realidad, cuya búsqueda debe ser realizada con el celo suficiente para tener la convicción de que aquello que se comunica es lo acontecido. Se entiende por celo suficiente la comprobación de los hechos a través de diversas fuentes, los cuales deben ser contrastados con datos objetivos, y las versiones sobre éstos que merezcan dudas deben ser verificadas; en definitiva, es demostrar una actitud positiva hacia la verdad (STC 136/2004).

La fiabilidad de la fuente de información es una característica que ha de ponerse en relación con el objeto concreto de lo que se obtiene de dicha fuente. Una fuente fiable, referente a determinados contenidos, puede no serlo con respecto a otros, como lo señaló el TCE (STC 53/2006).

4. *La ponderación necesaria para el conflicto de derechos*

No se debe estimar que el ordenamiento jurídico entregue de manera anticipada la prevalencia de unos derechos sobre otros; por lo que se debe

⁷ Respecto a esto, la Ley Orgánica 2/1984 del 26 de marzo establece el derecho del afectado por una información difundida en un medio de comunicación, que considere inexacta y le perjudique, a que sea rectificad.

ponderar,⁸ caso a caso, si el ejercicio del derecho ha sido exigido, de acuerdo con los cánones constitucionales, para otorgar la protección constitucional (STC 20/1992).

Por el método de ponderación se debe contemplar que las libertades comunicativas, si bien no son superiores en jerarquía, sí han de valorarse en abstracto como prevalentes sobre los derechos de la personalidad en situaciones de conflicto. Estos últimos son considerados por su doble significación, como derecho de libertad que atribuye una potestad jurídica a su titular, y como garantía institucional para el debate público y la formación de una opinión pública libre indispensable para una sociedad democrática.⁹ Lo anterior determina:

[Que] se trataría de una preferencia *flexible* o preferencia *condicionada*, es decir, cuya legitimidad estará dada por el cumplimiento de ciertas conductas o requisitos. De ahí que algunos autores señalen que ni el Tribunal Constitucional ni los jueces ordinarios *ponderan*, sino que lo que hacen es subsumir ciertos hechos a las reglas previamente delimitadas (Miguel Bárcena, 2015: 69).

Cuando los hechos que se comunican cumplen con los parámetros de veracidad y relevancia pública, el derecho a la libre información merece la máxima protección. Así pues, se sitúa en una posición preferente y las lesiones al honor y las intromisiones en la intimidad de las personas pueden considerarse justificadas (STC 148/2002; STC 185/2002; STC 127/2003; STC 54/2004).

Es propio de la noción de “garantía institucional” que la misma implique a su vez un sacrificio incondicionado e indiscriminado de las libertades y los derechos fundamentales. De lo contrario, supondría una ruptura con el sistema democrático, cuyo fundamento último se encuentra en la libertad y dignidad de las personas, lo que en teoría es asegurado por las libertades de expresión e información.¹⁰

IV. CONSIDERACIONES PARA UN NUEVO ALCANCE

Las nuevas tecnologías, en particular Internet, cuentan, entre sus cualidades más relevantes, la fácil accesibilidad y una imponderable capacidad de

⁸ A partir de la STC 104/1986 ya citada, el tribunal acude sistemáticamente al método de ponderación de los bienes en conflicto, con lo que se reafirma la negación del carácter absoluto del artículo 20.4 de la CE.

⁹ STS, Civil sección 1 del 20 de junio de 2016.

¹⁰ En este sentido, véase, por ejemplo, Garriga Domínguez, 2010: 130.



HERNÁN VIGUERA FIGUEROA

irradiación, por las que ofrecen mayor rapidez para obtener la información sin tener que realizar grandes esfuerzos a la hora de comprobar la veracidad, esto hace difícil distinguir los hechos de las opiniones.

En la inmediatez que le es inherente a las redes, la investigación y verificación de la información se realiza en una segunda fase de la divulgación, cuando ya se reprodujo en otros medios, evaluando recién ahí si la información era verdadera o falsa (Cotino, 2005: 69).

102

El TCE reconocía, en principio, que el derecho a comunicar “es [un] derecho del que también gozan sin duda todos los ciudadanos, aunque en la práctica sirva sobre todo de salvaguardia a quienes hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión específica” (Moretón Toquero, 2014: 121), quienes ya no sólo actúan en el ejercicio de un derecho, sino como el deber de entregar a toda la sociedad datos veraces para que pueda existir de manera real y efectiva una opinión pública libre, condición necesaria para el correcto funcionamiento de la democracia (Moretón Toquero, 2014: 67).

Uno de los nuevos desafíos que imponen los medios digitales es la dificultad de determinar quiénes son los informantes y cuál es el nivel de diligencia que se les puede exigir a éstos. Asimismo, cabe preguntarse sobre estas plataformas: ¿a quién informan?, ¿se les puede aplicar el canon de diligencia profesional que recae sobre los profesionales del periodismo en medios de difusión tradicionales? Estas preguntas tienen su origen en la pretensión de querer trasladar el periodismo de papel al periodismo digital, tanto en el ejercicio profesional como en el ejercicio de los derechos fundamentales para los ciudadanos y usuarios, con todas sus consecuencias jurídicas en Internet (García Sanz, 2019: 82).

El reconocimiento del artículo 20.1 de la CE, respecto a la cláusula de conciencia y el secreto profesional, implicaría de parte del ordenamiento jurídico un instrumento para facilitar el trabajo periodístico de una exigencia de especial esmero con el que tienen que realizar su trabajo.

En este contexto, el TCE desestimó que los profesionales de la información tuvieran un derecho fundamental reforzado en comparación con los demás ciudadanos, y reconoció que éstos gozan de una protección específica porque se hallan sometidos a mayores riesgos (STC 6/1981; STC 225/2002). En el mismo sentido, el TEDH consideró que la garantía de ocultar las fuentes periodísticas no es un privilegio, sino que forma parte del derecho de la información (STEDH, *Nagla v. Latvia*, 16 de julio de 2019).

Ahora bien, de ningún modo se refiere a que los profesionales de las comunicaciones son los únicos que pueden informar, sino que sobre ellos

opera el carácter privilegiado de la libertad de información y, por ende, el máximo de protección en su ejercicio diligente y responsable (Capodiferro, 2017: 708). La veracidad informativa coloca al periodista en el centro de la información, pues el deber de diligencia exigido se constituye en estándar de conducta de quien informa (Arzumendi, 2005: 28).

El problema se suscita en el rol del emisor, quien, a falta de formación y conocimiento técnico para comunicar con el canon de diligencia adecuada, interactúa con el riesgo de afectar derechos de la personalidad de terceros. Si bien puede tratarse de falta de verdad, en sentido objetivo, ante estos informadores resulta difícil exigir el deber de esmero que pesa sobre los profesionales y los medios de comunicación institucionalizados.

Cuando el TCE y el TEDH se refieren a los profesionales del periodismo, comprenden que éstos tienen criterios, habilidades técnicas y éticas que aportan un valor añadido a la interlocución, dando como resultado algo más que una simple transmisión de datos (Moretón Toquero, 2014: 73).

Determinar quién informa no es baladí, pues el deber de diligencia exigible se construye con base en ciertos principios deontológicos que no siempre están disponibles para un no profesional. Luego, el máximo de protección en la libertad de comunicar está configurado para quienes hayan dado un tratamiento informativo basado en dichos códigos, y desde un paradigma de medios de comunicación que presuponen un canal institucionalizado.

Lo cierto es que la ciudadanía está instalada como participante activa en la construcción de la opinión pública, y junto con ella los riesgos de que el diseño jurídico no alcance para resguardar los derechos fundamentales y las libertades necesarias para un sistema democrático.

1. Consideraciones a partir del uso de las cámaras ocultas

En 2012, el TCE se pronunció por primera vez respecto a la utilización de cámaras ocultas en el periodismo de investigación. En ese momento precisó los cánones que legitiman la intromisión en los derechos de la personalidad al aducir la veracidad de la información obtenida de manera subrepticia, captada de manera oculta y, posteriormente, transmitida. Asimismo, el TEDH se pronunció sobre esto y declaró que la intromisión en los derechos fundamentales de terceros resultante del ejercicio de la libertad de información sólo será legítima en la medida en que la afectación de dichos derechos resulte adecuada, necesaria y proporcionada para la rea-



HERNÁN VIGUERA FIGUEROA

lización constitucional del derecho a la libertad de información (STEDH, *Tierberfreir E.V. con Alemania*).¹¹

El TCE consideró, además, “[que] allí donde quepa acceder a la información pretendida sin necesidad de colisionar con los derechos referidos, queda deslegitimada, por desorbitada o desproporcionada, aquella actividad informativa innecesariamente invasora de la intimidad o la imagen ajenos” (STC 12/2012). En la misma sentencia, el TCE estableció:

104

[Que] la utilización de cámaras ocultas no habría resultado imprescindible para obtener la información pues el carácter altamente ingerente de la cámara oculta hace que su utilización deba considerarse como un recurso técnico de última instancia, solo admisible cuando el registro periodístico no pueda obtenerse por otros medios y siempre que concurra un interés general altamente relevante o cualificado (STC 12/2012).

En su fundamento jurídico 4 el TCE argumentó en torno a la jurisprudencia del TEDH (STEDH del 24 de junio de 2004, *Von Hannover vs. Alemania*) que abría un amplio debate sobre el interés público general como concepto legal indeterminado. Por otra parte, en el apartado 65 de la sentencia se estableció la importancia de distinguir entre el fomento de un debate de interés general, y el ánimo curioso de la sociedad por conocer aspectos de la vida privada de personas que cuentan con notoriedad.

El tribunal refiere los criterios que se deben considerar en la necesaria ponderación (STC 12/2012, considerandos 109-112), por lo que señala que, en primer lugar, es necesario evaluar si el contenido y las imágenes contribuyen a un debate de interés general, el que se circunscribe a asuntos políticos o hechos constitutivos de delitos; luego se considera si el sujeto incluido en los hechos relatados es alguien que ejerce una función pública o es una persona de notoriedad, casos en los cuales justifica el control que ejercen los medios de comunicación. Posteriormente, el TEDH considera el comportamiento previo a la divulgación, colaborando o permitiendo el acceso y registro de imágenes, y evalúa tanto el contenido como la forma y el impacto de la publicación o la difusión de ésta. Por último, estudia el impacto que la difusión de dicha grabación tendrá en la persona y su círculo íntimo, analizando si la persona prestó su consentimiento o si hubo fraude en la obtención de la imagen.

Si bien el TEDH reconoce a los profesionales la libertad de elegir los métodos que consideren pertinentes para la transmisión informativa,¹² el

¹¹ El TEDH ha establecido que la necesidad está dada en la medida en que satisfaga el interés público y no exista otro mecanismo.

¹² En este sentido, STEDH del 23 de septiembre de 1994, *Jersild c. Dinamarca*.

mismo tribunal también ha señalado que “en la elección de los medios, la libertad de los periodistas tiene límites, y no son legítimas las técnicas invasivas de los derechos protegidos, ni los métodos vulneradores de las exigencias de la ética periodística sobre la solvencia y objetividad del contenido informativo” (STEDH del 10 de mayo de 2011, *Mosley c. Reino Unido* y del 18 de enero de 2001, *MGN Limited c. Reino Unido*).

El uso de cámaras ocultas importa la utilización de engaño por el establecimiento de una falsa relación de confianza, posibilitada por la circunstancia de ocultar la verdadera condición de periodista y emplear una identidad ficticia, por lo que se estima no diligente, debido a que rompe con los principios de convivencia básicos, como las relaciones de buena fe y libres de engaño, que lesionan el derecho a la autodeterminación informativa. Al respecto, el artículo 8.1 de CEDH establece como límite las “expectativas razonables de privacidad” de la propia persona o de otra que cualquier situación podría tener en resguardo de la observación ajena.

El TC, a través de su jurisprudencia, ha sostenido que dicha dimensión de privacidad estaría resguardada dentro de la protección a la dignidad humana del artículo 10 de la CE, que conlleva “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana, y que el TEDH ha configurado como las expectativas razonables de privacidad” (STC 29/2013).

El TEDH ha avanzado en intentar generar pautas para determinar el ámbito “de esfera privada” que tiene especial resguardo (STEDH del 16 de diciembre de 1992, *Niemietz c. Alemania*). Este último es la prerrogativa de cada individuo a saber quién, cómo y cuándo se tiene información sobre uno mismo; es decir, el derecho a elegir libremente al destinatario de la conversación y al testigo de su esfera privada (STC 60/2010; STC 236/2007 y 231/1988).

El pronunciamiento del TCE respecto a la utilización de cámaras ocultas significa un nuevo deslinde para el tratamiento informativo, un paso adelante en lo que ha de entenderse por diligencia del emisor, puesto que el hecho de que los datos sean auténticos y tengan relevancia pública ya no será suficiente para estimar si cumple con el canon de veracidad que entiende el ordenamiento jurídico.

El Tribunal Supremo (TS) ha resuelto que en algunos casos donde se tiene lugar una captación de video no consentida, mediante la utilización de cámaras ocultas para su posterior difusión, “no existe intromisión ilegítima en el honor porque prevalece la libertad de expresión e información ante el interés general” (STSE 4093/2017, sección I). La resolución pone



HERNÁN VIGUERA FIGUEROA

de manifiesto el enfrentamiento entre el criterio seguido por el TCE y el TS; este último considera que pueden existir métodos para obtener y difundir la información que no necesariamente comprometen otros derechos. Así, entonces, la utilización de una cámara oculta sería legítima si su uso resulta proporcionado al interés público de los hechos registrados, pues a través de ellos se podrían detectar hechos delictivos que deben ser conocidos y transmitidos a la opinión pública con la contundencia y el poder expresivo inherentes a la grabación de la imagen y la voz.

106

Si bien el deber de diligencia que recae sobre quien informa se enfoca preferentemente al trabajo previo a su publicación (divulgación, en sentido amplio), el criterio del TS aporta un nuevo elemento a considerar, pues distingue entre la forma o método en que se accede a la información (subrepticia) e incorpora en el análisis la efectiva difusión del material obtenido de manera subrepticia.

No obstante, la sentencia del TCE incluye elementos que se tienen que entender como un nuevo canon de constitucionalidad para determinar el alcance del deber de diligencia del profesional, donde el hecho de no permitírsele al sujeto investigado reaccionar e impedir ese acceso subrepticio o la difusión de la información obtenida en ejercicio de sus derechos fundamentales a la intimidad y la propia imagen, resultan suficientes para restarle protección constitucional a esta investigación periodística.¹³ La contrastación implica, a partir de esta doctrina, la obligación de estar disponible para quienes se sientan afectados por la información entregada, a fin de que puedan realizar los descargos, alegaciones o aclaraciones que estimen convenientes para defender su buena fama (STC 41/1994; STC 53/2006).

2. *El reportaje neutral*

El reportaje neutral es una construcción jurisprudencial que exonera al informador de la obligación de comprobar la veracidad de lo comunicado, cuando él mismo no es autor de la información, siempre que ésta verse sobre un asunto de interés público y cite una fuente digna de solvencia (STC 139/2007). Al respecto, el TCE ha determinado en sus sentencias:

¹³ Según se entiende, esta idea va en la misma línea que lo señalado por el TEDH por la utilización de cámaras de videovigilancia en una empresa, se estima que el hecho de no informar previamente a los trabajadores de la instalación de éstas constituía una grave injerencia en su derecho a la vida privada protegido por el artículo 8o. del CEDH (STEDH, *Caso López Ribalda y otros c. España* del 9 de enero de 2018).

[Que] para que pueda hablarse de reportaje neutral, el objeto de la noticia ha de estar constituido por declaraciones que imputen hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticias y comunicarse expresamente quienes las emitieron y el medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia (STC 41/1994), de modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral (STC 144/1998).

107

Cuando se reúnen ambas condicionantes, la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de dichas declaraciones y a la fidelidad a su contenido; en estos casos, el medio queda exonerado de responsabilidad.¹⁴

No obstante, de manera reiterada la jurisprudencia constitucional ha matizado el alcance del reportaje neutral, al señalar que “el reportaje o información neutrales exige la ausencia de indicios racionales de falsedad evidente de lo comunicado, a fin de evitar que el reportaje neutro se utilice para la divulgación de simples rumores o insidias” (STC 262/2009).

La jurisprudencia es consciente de que no siempre la información es transmitida sin valoraciones adicionales. Para reconocer la mayor o menor proximidad al reportaje neutral, ésta modula la responsabilidad por el contenido de las declaraciones, lo que da por entendido que el incumplimiento del todo o de una parte de los requisitos del reportaje neutral significa el alejamiento de la exoneración constitucional (Tejedor, 2009: 2209).

Sin embargo, la construcción jurisprudencial del reportaje neutral tiene matices. Al efecto, es necesario revisar si en determinada publicación “se limitó el periodista a dar cuenta de las declaraciones o afirmaciones de un tercero, o bien, quien lo redactó asume una determinada versión de unos hechos con base a una determinada fuente” (STC 53/2006). En este mismo sentido, la versión que se asume por parte del informador no necesariamente está dada por el tenor del contenido, por lo que debe considerarse al momento de la ponderación, por ejemplo, si la ubicación y jerarquía de la noticia resulta razonable.¹⁵

¹⁴ En la jurisprudencia europea, la teoría del reportaje neutral se aplicó en la STEDH, caso *Jersild vs. Dinamarca*, en el que el tribunal afirmó que, dada la importancia del debate público, un presentador no podía ser perseguido criminalmente por difundir el contenido de unas entrevistas con personas que hacían manifestaciones racistas. El tribunal entiende que durante la entrevista el periodista se mantuvo en una posición neutral, limitándose a transmitir los comentarios xenófobos desde una posición imparcial o no instigadora de las declaraciones.

¹⁵ Corresponde a la teoría desarrollada por la jurisprudencia norteamericana denominada *headline*, la cual considera que la inclusión de determinados contenidos en los titulares,

HERNÁN VIGUERA FIGUEROA

No se está frente a un reportaje neutral cuando el medio reelabora la noticia o cuando es éste el que la provoca. Asimismo, “un reportaje de contenido neutral puede dejar de serlo si se le otorgan unas dimensiones informativas a través de las cuales el medio contradice de hecho la función de mero transmisor del mensaje” (STC 41/1994).

108 Por ser un derecho cuya titularidad recae en todos los ciudadanos, resulta relevante examinar el caso de aquellas publicaciones que los propios interesados en su difusión envían al medio de comunicación, como, por ejemplo, las cartas al director. En relación con lo anterior, será parte “del deber de diligencia del director del periódico comprobar la identidad de la persona que figura como autor de la carta antes de autorizar su publicación” (STC 336/1993). Dicha comprobación de identidad permite que este sujeto asuma su responsabilidad en caso de que la carta sea constitutiva de delito, puesto que una interpretación contraria abriría la puerta a la creación de espacios inmunes y se desvirtuaría la exoneración que brinda el reportaje neutral.¹⁶

La teoría del reportaje neutral adquiere especial importancia en estos días, pues el deber de diligencia del profesional exige la ausencia de indicios racionales de falsedad evidente de lo comunicado, esto es, un mínimo de lógica en la comprobación de los hechos, lo cual lleva a cuestionarse por el rol de los comunicadores en las noticias falsas.

3. Noticias falsas o fake news

En 1964, la Corte Suprema de ese país dictaminó, en el caso *New York Times Company vs. Sullivan*, que la publicación de historias falsas sin verdadera malicia (*actual malice*) era un discurso protegido, con lo cual eximió al emisor de responsabilidad. De esta manera, dejaba claro que se protegía el discurso público, aun a riesgo de error, pero no habría protección cuando exista un ánimo de comunicar algo falso.

o en la portada de un medio, implicarían asumir una versión de lo comunicado y, por tanto, quedaría fuera de lo que ha de considerarse reportaje neutral.

¹⁶ En este sentido: STC 336/1993. Respecto a los medios digitales, en el mismo sentido, la STEDH, *Delfi vs. Estonia* del 10 octubre 2013, condena como responsable a un portal de noticias de Internet por los comentarios anónimos que hacen terceros a las noticias publicadas. El TEDH consideró que al ser una decisión del propio portal de Internet permitir comentarios de usuarios no registrados (anónimos), a pesar de los sistemas de filtros dispuestos al efecto, la empresa debe asumir la responsabilidad por estos comentarios.

A partir de la noticia de la salida del Reino Unido de la Unión Europea y de los resultados en las últimas elecciones presidenciales de los Estados Unidos de Norteamérica, irrumpen los denominados trastornos de la información, entre los que se cuentan las *fake news*, posverdad, hechos alternativos, *bots*, entre otros. Para algunos, la desinformación no sería sino una versión 2.0 de un problema ya existente, en donde Internet ha generalizado esta práctica, logrando una amplia visibilidad e integrándose de manera natural a otros contenidos (Rubio Nuñez, 2018: 194).

109

La noticia falsa surge como una idea asociada a una acción deliberada por comunicar ciertos hechos o circunstancias en sentido diverso al real. Si se mira desde una perspectiva amplia, es posible que los términos “propaganda”, “desinformación”, “información engañosa” y “noticia falsa” se usen para describir el mismo tema. Cada concepto proporciona una forma alternativa de diseminar lo que se percibe como historias inexactas, llamadas hechos alternativos (*alternative facts*).

Las noticias falsas o *fake news* son una alteración deliberada de la realidad, la cual desvirtúa o aísla el relato de los hechos. No se trata necesariamente de mentiras, sino de modificar lo que se transmite, deformar los hechos o fragmentar la información al generar un contexto diverso o al quitarlo. La verdad es un proceso de confianza implícita, por lo que el principal daño de las noticias falsas es que socava justamente esa confianza.

De ahí que sea necesario distinguir entre aquella información errónea, de aquella que se comunica con conocimiento de su falsedad, o con abandono o falta de diligencia sobre la comprobación de su veracidad. En términos jurídicos, el problema con las noticias falsas llega cuando se produce un conflicto de derechos, el cual se origina entre la información transmitida y los derechos fundamentales de las personas afectadas por dicha información, en especial los del honor y la intimidad.

Ciertamente, el mayor daño atribuible al fenómeno de las noticias falsas es que deslegitima igualmente a las que gozan de veracidad como aquellas que simplemente persiguen la desinformación.

4. Internet es un nuevo mercado de ideas

Para estos días ya se encuentra instalado el concepto de que Internet constituye el nuevo mercado de las ideas (*Marketplace of ideas*),¹⁷ al que

¹⁷ La teoría del mercado de las ideas, modelo que se ha entendido como el inspirador de la primera enmienda, supone que, desde la metáfora del mercado, el cúmulo de ideas

HERNÁN VIGUERA FIGUEROA

aludió el juez Holmes, donde cualquier ciudadano es capaz de comunicar libremente sus ideas. Ello posibilita, para cualquier persona, el acceso y conocimiento a un sinnúmero de ideas, cuya presentación permite que la ciudadanía determine cuáles son verdaderas y cuáles son falsas.

En la primera enmienda está subsumida la idea de que la mejor prueba de la verdad es conseguir su aceptación en una competencia de pensamientos en el mercado,¹⁸ cuestión que se ha acelerado con la irrupción de Internet, lo que ha permitido ampliar y amplificar el intercambio y la competencia de las ideas.

110 ●
●
● A partir de la primera enmienda no cabe espacio para las ideas falsas (Sentencia *Gertz v. Welch*, 1974). El alcance del mercado de las ideas está dado por la inexistencia material de ideas falsas (datos o pensamientos); así pues, no le cabría ningún rol al Estado respecto a las noticias falsas debido a que serían los propios usuarios quienes deberían alcanzar la convicción de veracidad respecto a una idea. Como señalaba Mill (2013: 66):

Aun cuando la opinión reducida al silencio fuera un error, puede contener, lo que sucede la mayor parte de las veces, una porción de verdad; y puesto que la opinión general o dominante sobre cualquier asunto raramente o nunca es toda la verdad, no hay otra oportunidad de conocerla por completo más que por medio de la colisión de opiniones adversas.

Se trata de reconocer en el usuario las capacidades y la disponibilidad de herramientas de ponderar adecuadamente la información que circula en este mercado de ideas (*self-correction*). Por lo tanto:

en libre producen el descubrimiento de la verdad. En el mercado de las ideas, más discurso debería ser el correctivo para el falso discurso. En 1997, la Corte Suprema de los Estados Unidos tomó y actualizó la metáfora refiriendo que Internet es el nuevo mercado de las ideas (Corte Suprema de los Estados Unidos, *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 US 844).

¹⁸ Opinión disidente del juez Holmes en el caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos, *Abrams v. Estados Unidos*, 250 U.S. 616 (1919). A partir del periodo de la Primera Guerra Mundial, el alcance de la libertad de expresión estuvo asociado a la idea de que su desenvolvimiento debía estar dado por el libre flujo de las ideas, entendidas como mensajes en sentido amplio, y diferenciando entre opinión e información, las que debían configurar la opinión pública sin mayores restricciones, salvo la que la propia jurisprudencia había asentado basado en el test del peligro claro e inminente (*clear and imminent danger*). No obstante, la libertad de expresión en el sistema norteamericano ha ido mutando su alcance jurisprudencial, restándole el carácter absoluto cuando incluye un lenguaje obsceno, difamatorio o insultante, o utilizan palabras cuya simple divulgación inflige daño o incita a una inminente ruptura de la paz. Se trata de expresiones cuya exposición de ideas tiene escaso valor social en el conocimiento de la verdad (*Chaplinsky v. New Hampshire* 315 U.S. 571-572).

Nunca podemos estar seguros de que la opinión que tratamos de ahogar sea falsa, y si lo estuviéramos, el ahogarla sería también un mal... Negarse a oír una opinión, porque se está seguro de que es falsa, equivale a afirmar que la verdad que se posee es la verdad absoluta. Toda negativa a una discusión implica una presunción de infalibilidad (Mill, 2013: 66).

No obstante, la sentencia de *New York Times Co. vs. Sullivan* marcó un punto de inflexión en el alcance de la primera enmienda; se avanza en que el mercado de las ideas ya no se basta por sí, sino que será necesario probar la intención dolosa de quien informa (*actual malice*). Esto quiere decir que se debe generar la convicción en el tribunal de que las declaraciones se realizaron con el conocimiento de que éstas eran falsas, o con ignorancia temeraria de dicha falsedad.¹⁹

El impacto de los fenómenos de desinformación ha sido tal que desde instancias internacionales han surgido declaraciones que buscan resguardar este espacio constructor de procesos democráticos.

Luego de los procesos electorales que llevaron a la salida del Reino Unido de la Unión Europea y de las últimas elecciones presidenciales en Estados Unidos en 2016, se produce una preocupación mundial por las implicancias políticas contenidas en el fenómeno de las noticias falsas.

A partir de estos hechos, Naciones Unidas adoptó la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión y Noticias Falsas, Desinformación y Propaganda (Declaración adoptada el 3 de marzo de 2017), en la que, por un lado, se reconocía la preocupación por el daño provocado por las noticias falsas, al tiempo que veía un riesgo de censura o supresión de pensamiento crítico en las medidas para contrarrestarlas.

En esa misma línea, en 2018, la Unión Europea, a partir de un informe multidisciplinar de expertos convocados por la Comisión Europea, declaraba el riesgo de regular en caliente, sugiriendo además sustituir la denominación *fake news* por desinformación. Asimismo, se aportó por la autorregulación de los propios medios y plataformas, creando una red europea independiente de verificadores de datos, el apoyo a nuevas herramientas

¹⁹ Más recientemente, la jurisprudencia ha avanzado a un mayor grado de protección basado en la doctrina de las *Fighting Word*, al considerar que constituye una categoría de comunicaciones que encarna una particular e intolerable (y socialmente innecesaria) forma de expresar cualquier idea que el hablante desea expresar. Sin embargo, la regulación sólo versa sobre la forma de cómo se comunica, no sobre el fondo del contenido, pues entiende que, aunque cuestionable, representa a una parte de la sociedad, ser un participante más del mercado de las ideas. Corte Suprema de los Estados Unidos, *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 393 (1992).



HERNÁN VIGUERA FIGUEROA

tecnológicas para hacer frente a la información falsa y el fomento de la alfabetización mediática y del periodismo de calidad.

Al igual que la declaración de Naciones Unidas, la Comisión Europea²⁰ “propugna un enfoque global en relación con la protección de los europeos contra la desinformación... Las medidas correctoras deben respetar plenamente la libertad de expresión y el pluralismo informativo”.

112 A partir de la experiencia del Código de Conducta contra el discurso de odio a través de Internet, la Comisión Europea, sin excluir la regulación como posibilidad de medida, recomendó el desarrollo de un “Código de Buenas Prácticas en materia de desinformación”. Sin duda, los mecanismos de verificación de datos (*fast checking*) de los propios medios institucionalizados han permitido discriminar contenidos en la red a partir de la aplicación del Código Internacional de Principios de Verificación (*The code of principles of the International Fact-Checking Network*), buscando orientar con ello el consumo responsable de información.

No obstante los esfuerzos supraestatales, ya existen Estados, como Alemania, que han abordado el asunto a nivel normativo a través, en este caso, de la Ley para la Mejora del Cumplimiento Jurídico de las Redes Sociales (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz- NetzDG*, 1o. de septiembre de 2017, BGBl. I S. 3352). Esta Ley se aplica a los proveedores de servicios telemáticos, con la intención de permitir a los usuarios compartir o acceder libremente a cualquier contenido con otros usuarios (redes sociales), quienes serán los responsables de bloquear o eliminar los contenidos que se consideren ilícitos, siempre después de haber recibido una queja o notificación al respecto, estableciendo plazos perentorios de veinticuatro horas para contenidos manifiestamente ilícitos y siete días para el resto de los contenidos (artículo 1o., sección 3).

Preocupados de los efectos en los procesos electorales, Francia²¹ aprobó durante 2018 las denominadas “leyes contra la manipulación de la información”, mediante las cuales se establece la posibilidad de que un candidato o partido político acuda a un juez para que impida la difusión de informaciones falsas durante los tres meses anteriores a la celebración de unas elecciones, requiriendo para ello que la información sea “manifiestamente

²⁰ Es necesario precisar que, si bien la Comisión Europea se refiere al término “información” como equivalente a “mensaje”, por lo que, a su vez, en la idea de desinformación a la que alude, se deben diferenciar mensajes como opiniones, ideas o propaganda, por un lado, y noticias y hechos por otro, cada cual con su régimen jurídico.

²¹ En el ordenamiento francés ya se sancionaba con multa la publicación, difusión o reproducción de noticias falsas cuando sea probable que éstas perturben la “paz pública” (artículo 27 de la Ley de Libertad de Prensa del 29 de julio de 1881).

falsa y difundida de manera deliberada, masiva y artificial”. La ley dispone, asimismo, ciertas condiciones de transparencia respecto a sus algoritmos de funcionamiento, estableciendo, además, la necesidad de designar un representante legal en el territorio francés.

El caso francés no deja de ser paradigmático, pues si bien tiene otras herramientas jurídicas para contrarrestar las informaciones falsas, lo cierto es que la regulación de 2018 da por sentado la existencia de información falsa, pero acotándola a la especial protección de periodos electorales.

Detrás de la idea de neutralidad en la red existe un reconocimiento implícito a que Internet era un coto vedado, un espacio de prescindencia, de equivalencia, una suerte de ágora (Desantes Guanter, 1991: 23) a la que toda sociedad debería aspirar, donde la forma de acceso y los paquetes de contenidos son garantizados.

Sin el ánimo de pretender arribar a una conclusión definitiva al respecto, las intrusiones de las distintas regulaciones que se han generado especialmente en Estados Unidos han dejado en evidencia que en el ecosistema digital existen infinitas fórmulas de poder restringir el acceso,²² espacios o contenidos por parte de los poderes públicos y con ello restringir las libertades de expresión e información.

Debido a estas regulaciones, es necesario avanzar en transparencia hacia los usuarios finales, respecto de los criterios de gestión del tráfico, como también la transparencia con el suministro de información entre los operadores, de modo que puedan desarrollar los contenidos, aplicaciones y servicios que mejor se adapten a las características y tráfico de las redes.

A nuestro entender, la abstención del Estado respecto a la comunicación en Internet permitió que se instalase la idea de que la red constituía un coto vedado, un espacio donde no hay lugar a regulación, por lo que no es de extrañar que cualquier intento de institucionalizar la red sea vista como una restricción a las libertades comunicativas.

²² Hasta 2017, los servicios de Internet (OTT) en Estados Unidos se encontraban catalogados como “servicios de información”, encontrándose mayormente desregulados, salvo algunas cuestiones específicas. El 14 de diciembre de 2017 se deroga la *Open Internet Order*, con lo cual se elimina la protección a la neutralidad de la red. Esta legislación favoreció los “servicios de telecomunicaciones” (ISP-Telco), traspasando prácticas restrictivas de los ISP-Telco hacia las OTT, dejando a la red sujeta a un régimen de mayor regulación que permite discrecionar velocidades, bloqueando o eliminando paquetes de contenidos de manera indirecta, alterando con ello la interacción de los usuarios y con ello conduciendo su consumo de contenidos. Al respecto, creemos necesaria resguardar normativamente la neutralidad de la red, pero basada en el principio de no discriminación de los derechos de los ciudadanos, la responsabilidad y transparencia de las empresas, sin que implique un desaliento a la innovación y competencia de las empresas.



HERNÁN VIGUERA FIGUEROA

Esta abstención del Estado respecto a las comunicaciones digitales ha sido visto por algunos autores como una posición liberal de mercado respecto a las empresas tecnológicas, generándose procesos de comunicación pública sin garantías constitucionales (García Sanz, 2019: 101).

114 No obstante el riesgo que anota tanto la declaración de Naciones Unidas como la Comisión Europea, respecto a la posibilidad de censura y restricción de las libertades que podrían importar estas regulaciones, las exigencias de autorregulación de acuerdo con códigos y estándares compartidos se constituyen como expresión del deber de diligencia propio de la libertad de comunicación, en donde se incorporan cuotas de transparencia y responsabilidad necesarias para la construcción de una opinión pública.

V. CONCLUSIONES

El sistema democrático y la opinión pública libre presuponen una libertad de información a la cual el propio ordenamiento le entregará el carácter preferente cuando esté basada en una comunicación de relevancia pública y veraz. Esta veracidad se entiende como un proceso fundado en la diligencia de quien informa, que se construye de acuerdo con cánones deontológicos propios de los profesionales de la información.

La masividad, inmediatez y accesibilidad a la información en la red ha evidenciado la insuficiencia de la concepción jurídica clásica de la libertad de información frente a los nuevos paradigmas informativos, pues detrás de los fenómenos de las cámaras ocultas, la desinformación o los reportajes neutrales, surgen nuevas exigencias que implican un canon constitucional que exige mayores niveles de diligencia en pos de alcanzar la posición preferente de las libertades informativas. Niveles de exigencia en las comunicaciones digitales que incluyen ahora a los ciudadanos como participantes activos de los procesos informativos y en donde la neutralidad de los intermediarios de la red transita hacia un rol activo de autorregulación y transparencia.

La autorregulación supone en sí un reconocimiento de institucionalidad a medios que se consideraban excluidos de la regulación, constituyéndose entonces como una evolución del deber de diligencia de quien informa, como una expansión del alcance de los códigos deontológicos de conducta que buscan proteger la confianza en el tráfico de información, a partir de pautas o códigos compartidos, que por ahora se centra en la exigencia de diligencia y responsabilidad de los propios intermedia-

rios, a quienes poco a poco se va asimilando al rol del editor de un medio tradicional.

Entregar la posibilidad a las propias plataformas de discriminar sobre los contenidos y usuarios, conlleva en sí un riesgo para el tráfico informativo, máxime considerando la envergadura que alcanzan algunos de estos operadores, de ahí la importancia de avanzar en medidas de transparencia de los algoritmos que utilizan para gestionar sus contenidos.

En ningún caso se trata de quitarle su condición preferente a la libertad de información; por el contrario, existe consenso en cuanto a la importancia de la red, de la participación de los ciudadanos en ella como espacio de construcción de la opinión pública, base de una sociedad democrática, por lo que el Estado social y democrático de derecho debe remover los obstáculos y promover las condiciones para que el ejercicio de los derechos sea real para todos.

Habrá que considerar que la opinión pública ya no sólo se construye a partir de los medios institucionalizados ya conocidos, que quienes informan no son necesariamente profesionales de la información y que, para alcanzar la veracidad en la información, se requerirá otros y mayores niveles de diligencia.

Reconociendo la importancia actual que la red tiene para la opinión pública, estas medidas regulatorias no hacen sino *institucionalizar la red*, exigiéndole diligencia informativa y responsabilidad, por lo que, al igual que los medios informativos de la concepción jurídica informativa clásica, los intermediarios o prestadores de servicios de Internet deberán responder por los contenidos que a través de sus plataformas circulan o se alojan.

VI. FUENTES DE INFORMACIÓN

- ARZUMENDI, Ana, 2005, “De la verdad informativa a la «información veraz» de la Constitución Española de 1978. Una reflexión sobre la verdad exigible desde el derecho de la información”, *Comunicación & Sociedad*, vol. 18 (2).
- CAPODIFIERRO CUBERO, Daniel, 2017, “La libertad de información frente a Internet”, *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 100, septiembre-diciembre.
- COTINO HUESO, Lorenzo, 2005, “Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los blogs)”, *Estudios jurídicos sobre la*



HERNÁN VIGUERA FIGUEROA

sociedad de la información y nuevas tecnologías, Burgos, Facultad de Derecho de Burgos.

DESANTES GUANTER, J. M., 1991, “De la libertad de expresión al derecho a la información”, *Persona y Derecho*, núm. 24.

116 GARCÍA SANZ, Rosa María, 2019, “La difícil relación del instituto de la opinión pública y los procesos de comunicación pública en Internet: la desinformación desafiando las garantías constitucionales”, *Revista de Derecho Político*, núm. 106, septiembre-diciembre.

● GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana, 2010, *Nuevos retos para la protección de datos personales. En la Era del Big Data y de la computación ubicua*, Madrid, Dykinson.

○ LLAMAZARES CALZADILLA, María, 1999, *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Madrid, Civitas.

● LLAMAZARES CALZADILLA, María, 2015, “Las Libertades de expresión e información como garantía del pluralismo político”, *Colección Gregorio Peces-Barba*, núm. 4, Madrid, Dykinson.

MAGDALENO ALEGRÍA, Antonio, 2006, “Los límites de las libertades de expresión e información en el Estados social y democrático de derecho”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20.

MIGUEL BÁRCENA, Josu de, 2016, “Las transformaciones del derecho de la información en el contexto del ciberperiodismo”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 173, julio-septiembre.

MIGUEL BARCENA, Josu de, 2015, “Libertades comunicativas y derechos de personalidad: límites y colisiones”, en GAVARA DE CARA, J., *Control judicial de los medios de comunicación*, J. M. Bosch.

MILL, John Stuart, 2013, *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial.

MORETÓN TOQUERO, María, 2013, “La cláusula de conciencia y el secreto profesional del periodista en Internet”, en CORREDOIRA, Loreto y COTINO HUESO, Lorenzo (dirs.), *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*, Madrid, CEPC.

MORETÓN TOQUERO, María, 2014, “El estatuto de los profesionales de la información en la prensa digital”, en GAVARA DE CARA, J. et al. (eds.), *El control de los cibermedios*, Barcelona, J. M. Bosch.

MORETÓN TOQUERO, María, 2015, “Novedades en torno a las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en GAVARA DE CARA, J., *El control judicial de los medios de comunicación*, J. M. Bosch.

- REBOLLO DELGADO, Lucrecio, 2008, *La verdad como límite del derecho a la información*, Madrid, Dykinson.
- RUBIO NÚÑEZ, Rafael, 2018, “Los efectos de la posverdad en la democracia”, *Revista de Derecho Político*, núm. 103, septiembre-diciembre.
- TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, 2009, “La responsabilidad de los periodistas en el llamado reportaje neutral y de investigación”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 714. 117
- VERDA Y BEAMONTE, José de, 2014, “El deber de veracidad del informador”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana IBIDE*, núm. 1, agosto.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I, 2016, “Verdad y Constitución. Una incipiente dogmática de las ficciones constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 106. ●
○
●