



## Lucha contra la desinformación y libertad de información en internet, riesgos de la intervención de la administración y el procedimiento de actuación contra la desinformación en España

*Luta contra a desinformação e liberdade de expressão e em formação na internet, riscos da intervenção da administração através do procedimento de ação contra a desinformação na Espanha*

**Jose Ignacio Herce Maza**

Profesor Asociado de Derecho Administrativo en la Universidad Rey Juan Carlos

Investigador Asociado en Ius Publicum Innovatio

Coordinador Académico en Syntagma.org.

Para consultar más información pueden

consultar [www.joseignacioherce.com](http://www.joseignacioherce.com)

**Abstract:** En más de una ocasión se ha propuesto establecer una regulación de control de los contenidos nocivos en la Red, entre los que se encuentran las conocidas como *Fake News*. El establecimiento de organismos o procedimientos de control de esta información puede colisionar con algunos derechos y libertades fundamentales que, además, son esencia de Internet. En este trabajo se formulará una crítica a la Orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre, por la que se publica el Procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional de España por considerar que pone en riesgo la libertad de expresión y de información en Internet.

**Keywords:** libertad de expresión, internet, buena administración.

**Resumo:** Em várias ocasiões, foi proposto o estabelecimento de um regulamento para controlar o conteúdo nocivo na Internet, entre os quais são conhecidos como Fake News. O estabelecimento de órgãos ou procedimentos para controlar essas informações pode colidir com alguns direitos e libertades fundamentais que também são a essência da Internet. Neste trabalho, será feita uma crítica ao Despacho PCM / 1030/2020, de 30 de outubro, que publica o Procedimento de Ação contra a desinformação aprovado pelo Conselho de Segurança Nacional da Espanha, por considerar que põe em risco a liberdade expressão na Internet.

**Palavras-chave:** fake news, internet, boa administração.

### Para citar este artigo

ABNT NBR 6023:2018

HERCE MAZA, Jose Ignacio. Luta contra a desinformação e liberdade de expressão e em formação na internet, riscos da intervenção da administração através do procedimento de ação contra a desinformação na Espanha. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 4-35, jan./jun. 2021. <http://doi.org/10.5585/prismaj.v20n1.18826>.

## 1 Introducción

Un punto de vista positivo de Internet implica reconocerlo como un magnífico instrumento para el fomento de los derechos fundamentales y en concreto los derechos y libertades públicas, lo que no implica desconocer los riesgos y peligros que también genera.

Internet ha sido un baluarte para la libertad de expresión e información especialmente ante crisis políticas empoderando a la sociedad civil y permitiéndola enfrentarse a poderes totalitarios y autoritarios.

Pero como decía anteriormente, también ha sido una fuente de peligros. Hoy día por todos es conocido el grave efecto que tiene el conocido fenómeno de la desinformación o posverdad para las democracias contemporáneas. Las campañas de desinformación tratan de romper con la estabilidad democrática, especialmente hace unos meses durante la crisis del COVID-19.

Europa ha iniciado su maquinaria tratando de enfrentarse a este fenómeno en aras de garantizar un espacio ciudadano de libre participación y en el que las personas puedan acceder a información veraz.

Una vez señalado este marco, conviene recordar como los poderes públicos han tratado de regular y gobernar Internet, que es una Red libre. Debemos distinguir la intervención de Internet de su regulación en aras del interés general.

Los derechos tienen ciertos límites, también los fundamentales. Por eso los derechos de libertad de expresión e información pueden moderarse sólo bajo casos muy determinados, en circunstancias muy estrictas y por cuestiones de bien común.

Precisamente España tras los ataques de posverdad que ha sufrido durante la crisis del COVID-19 ha aprobado un procedimiento de control de la desinformación que en mi opinión puede alterar el libre ejercicio de la libertad de expresión e información en Internet.

Estudiar este procedimiento es el objeto del presente estudio, que se estructurará de la siguiente forma: i) se estudiará la regulación de Internet desde la óptica de los derechos fundamentales, ii) se estudiarán los derechos de libertad de expresión e información en internet, para hacer referencia iii) al procedimiento aprobado para la lucha contra la desinformación. Finalmente se formularán iv) conclusiones.

HERCE MAZA, Jose Ignacio. Luta contra a desinformação e liberdade de expressão e em formação na internet, riscos da intervenção da administração através do procedimento de ação contra a desinformação na Espanha

## 2 La regulación de internet desde los derechos fundamentales

### 2.1 La regulación de Internet para proteger los derechos fundamentales de las personas

Por todos es conocido que, como afirma Ferrajoli, los derechos fundamentales son derechos universales indisponibles de la persona<sup>1</sup>. Se han descubierto a partir de la dignidad del ser humano y han ido evolucionando al paso del desarrollo de la sociedad.

Esa dignidad del ser humano, es objetiva y permanente. Podemos coincidir entonces con Fioravanti en que cada momento histórico produce su propia cultura de derechos<sup>2</sup>. En esta dinámica cambiante, más aún en el siglo XXI, el profesor Durán nos recuerda como éstos existen de manera independiente a la valoración que sobre ellos haya dado la sociedad en un momento dado<sup>3</sup>. Con lo anterior se quiere decir que, aunque dichos derechos evolucionen tienen un sustrato inamovible cuya esencia es la dignidad inherente a la persona. Ese sustrato inmanente y permanente está presente también cuando el ser humano se desenvuelve en entornos digitales.

Parece que vivimos un momento histórico que podría considerarse la Era de Internet. Precisamente por esto nos encontramos ante un nuevo contexto en el ejercicio de los Derechos Humanos, que no es otro que el de una sociedad en Red<sup>4</sup>. Debemos preguntarnos si el Derecho está preparado para resolver sus problemas derivados y cómo debe hacerlo.

Para resolver los problemas que nacen de una sociedad en red, que duda cabe considerar que los Derechos Humanos han de ser el elemento de referencia para comprender todo fenómeno regulatorio de Internet, y eso es porque la persona ha de ser el centro del sistema<sup>5</sup> dado que además se trata de un fenómeno global.

Nos planteamos nuevas formas o sistemas de derechos estrechamente relacionados con la capacidad de acceso a Internet, su neutralidad o la libertad de expresión e información a través de redes sociales y medios digitales.

Nos enfrentamos a un gran reto que no es otro que la regulación del mundo de Internet. El Internauta opera en un territorio abierto<sup>6</sup>, cuya dimensión abarca aspectos políticos, económicos, culturales y técnicos<sup>7</sup>. Ha llegado a denominarse *la primera línea del frente de un*

<sup>1</sup> FERRAJOLI, L. "Los derechos fundamentales en la teoría del derecho", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, España, 2001, p. 141; BACCELI, L. "Derechos sin fundamento" en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, óp. cit., p. 198.

<sup>2</sup> FIORAVANTI, M. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, 1996, p. 24.

<sup>3</sup> DURÁN, A. El derecho administrativo entre legalidad y derechos fundamentales, *Revista de Derecho*, Montevideo, núm. 12, 2007, p. 131.

<sup>4</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., "Internet y la garantía de los derechos fundamentales", en *Estudios Jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías. Con motivo del XX aniversario de la Facultad de Derecho de Burgos*, Universidad de Burgos, Burgos, 2005, p. 13.

<sup>5</sup> Como ha señalado el profesor Rodríguez-Arana en numerosos trabajos.

<sup>6</sup> *Ibíd.*, p. 7.

<sup>7</sup> GARCÍA MEXÍA, P.L., "El Derecho de Internet y sus implicaciones para la Administración", *Documentación Administrativa*, núm. 265-266, 2003, p. 98 y ss.

HERCE MAZA, Jose Ignacio. Luta contra a desinformação e liberdade de expressão e em formação na internet, riscos da intervenção da administração através do procedimento de ação contra a desinformação na Espanha

*mundo nuevo*<sup>8</sup> en el que ya estamos inmersos y que supone un verdadero desafío para el regulador, que debe equilibrar la libertad y la intervención desde la centralidad del ser humano.

Internet se basa en la libertad y nace desde la libertad. Fue fruto de iniciativas que nacieron alejadas de intereses políticos y económicos por lo que debe mantenerse abierta y libre<sup>9</sup>. Afirmar lo anterior implica que el Estado sólo debe intervenir ante afectaciones del interés general y en aquellos casos en los que se vean lesionados los derechos fundamentales de las personas. El Estado ha de mantener un carácter subsidiario en relación con el fenómeno de la Red favoreciendo en ella la dinámica natural de una sociedad libre como la que describía Tocqueville en la Democracia en América.

Nos encontramos ante la creación de una compleja frontera con límites sinuosos. Muñoz Machado ha demostrado como la realidad de Internet es un *territorio incómodo para preservar algunos derechos fundamentales*<sup>10</sup>. Una buena regulación de Internet debe promover su salvaguarda, pero no injerir demasiado pervirtiendo los fundamentos esenciales de la Red. Un difícil equilibrio para el que habrá que acudir siempre al supuesto específico y al principio de razonabilidad.

Señala Villarino que desde la propia regulación de las telecomunicaciones que hacen posible la red misma, el tratamiento jurídico de los contenidos, pasando por la propiedad intelectual hasta llegar a los retos modernos, el Derecho está presente en este mundo de conexión total<sup>11</sup>. Todas estas realidades deben valorarse desde la óptica de los derechos fundamentales del ser humano.

Desde un punto de vista realista y práctico, en mi opinión, creo que no se debe incorporar al modelo regulatorio de Internet la idea libertaria norteamericana<sup>12</sup> que implica una abstención completa en la regulación de la Red. Tampoco considero que debe promoverse aquella hacia una terrible maraña burocrática de intervención profunda a la Red y sus contenidos. El interés general no justifica cualquier tipo de intromisión en la esfera autónoma de los ciudadanos y de los cuerpos intermedios que han de desenvolverse con libertad en la sociedad.

Asimismo, todas estas intervenciones han de estar reguladas con precisión y desde el punto de vista de la proporcionalidad en su establecimiento y posterior aplicación. Una mala

<sup>8</sup> FERNANDEZ RODRÍGUEZ, J. J., “Espionaje en la Red: la amenaza fantasma” en *Defensa e Internet*, Universidad Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2006, citado por CATOIRA, A. A., “Seguridad nacional: libertad y seguridad en el ciberespacio”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019, p.4

<sup>9</sup> Para ampliar información recomiendo consultar GARCÍA MEXÍA, P. L., *Derechos y libertades, internet y tics*, Tirant to Blanch, Madrid, 2014.

<sup>10</sup> MUÑOZ MACHADO, S. *La regulación de la Red (...)* óp. cit.

<sup>11</sup> VILLARINO, J., “Cuarta generación de derechos: reflexiones sobre la libertad de expresión en Internet”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 100-101-102, 2017, p. 2.

<sup>12</sup> Sobre esta visión libertaria hace una interesante reflexión RODRÍGUEZ PUERTO, M. J. “La regulación de Internet y la teoría jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Boletín Oficial del Estado, 2007, p. 443. En este artículo puede encontrarse bibliografía sobre la materia.

**HERCE MAZA, Jose Ignacio. Luta contra a desinformação e liberdade de expressão e em formação na internet, riscos da intervenção da administração através do procedimento de ação contra a desinformação na Espanha**

regulación en la materia puede convertir una norma encaminada a la salvaguarda del interés general en un instrumento al servicio del poder político para coartar derechos y libertades. El principio de legalidad y su correlativo de tipicidad son elementos imprescindibles cuando se estudian las posibles regulaciones y restricciones de Internet en tanto en cuanto su salvaguarda se encuentra en el mismo texto constitucional español.

Para adaptarse a la realidad se debe encontrar la manera más conveniente de resolver cada problema específico en la Net<sup>13</sup> en la medida en que el fenómeno de Internet no es homogéneo ni unitario<sup>14</sup> debiendo respetar sus elementos esenciales a la vez que se promueve los derechos fundamentales de las personas. Todo un desafío para la sociedad contemporánea.

Creo que sería acertado construir una regulación de Internet partiendo de la célebre frase acuñada por los maestros de la Escuela de Viena: *tanta libertad como sea posible y tanta intervención como sea imprescindible*. Aplicar esta afirmación al mundo en Red implica promover la autorregulación de la sociedad, pero también reconocer que en algunas ocasiones es necesario que el Estado ejerza un papel regulador para proteger los derechos fundamentales de todos, si bien es cierto desde un punto de vista subsidiario. El Estado sólo debe intervenir cuando se acredite que los mecanismos de autorregulación no son suficientes para proteger el bien común, lo que es aplicable en materia de libertad de expresión e información.

Considero que se puede afirmar que históricamente el poder ha tratado de controlar Internet, especialmente aquellos sistemas totalitarios o totalizantes. Ante la aparición nuevas formas de ver la libertad en el ciberespacio se han establecido nuevas fronteras y permitido nuevas intervenciones administrativas<sup>15</sup>. Consecuencia de lo anterior habrá de acudir a cada caso concreto para reflexionar sobre la proporcionalidad de la intervención buscando el máximo respeto posible a la Sociedad Civil y la autonomía que le pertenece por derecho propio. Conviene recordar aquí que la Administración sirve objetivamente al interés general, por supuesto también cuando aplica la legislación reguladora de Internet o ejecuta políticas públicas en Red.

Toman especial relevancia los principios de Buen Gobierno para las decisiones estratégicas y de Buena Administración para la ejecución de dichas decisiones por parte de la Administración. Es, además, la Buena Administración, un derecho fundamental reconocido en la Carta Europea de los Derechos Humanos y en la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en sus relaciones con la Administración Pública<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> *Ibíd.*, p. 446.

<sup>14</sup> Cfr. WU, T. "Application-Centered Internet Analysis" *Virginia Law Review*, Núm. 85, 1999, p. 1163-1164.

<sup>15</sup> TERUEL LOZANO, M. "Libertad de expresión y censura en Internet", *Estudios de Deusto*, núm. 62/2, 2014, p. 12.

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, J., "La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa", *Misión Jurídica: revista de derecho y ciencias sociales*, núm. 6., 2013, p. 23-56.

HERCE MAZA, Jose Ignacio. Luta contra a desinformação e liberdade de expressão e em formação na internet, riscos da intervenção da administração através do procedimento de ação contra a desinformação na Espanha

Intervenir intensamente la *dotcom* es una gran oportunidad del Poder Público para orientar la opinión ciudadana y limitar el acceso a la información, especialmente cuando tiene lugar una importante crisis de legitimidad o se están iniciando movimientos revolucionarios. Internet es un mecanismo que permite encauzar opiniones que cuestionan al Poder y le obligan a legitimar de manera constante sus actuaciones tras el escrutinio de la sociedad en Red. Precisamente dada esta posibilidad que ofrece la Internet ha de estar libre de injerencias que frustren su sentido originario basado en su neutralidad, libertad y autonomía. Esta libertad en el mundo en línea se pone de manifiesto a través de la libertad de expresión y de la libertad de información.

Como uno de los beneficios de la conexión en línea, destaca también la obligación legal de construir por parte de la Administración de Portales de Transparencia en las páginas web de los organismos públicos para rendir cuentas de su gestión, que además de estar prevista en España muestra numerosos ejemplos en el Derecho comparado. En España el marco de referencia lo encontramos en la Ley 9/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Precisamente ante la crisis de legitimidad de los poderes públicos se ha incrementado la demanda de transparencia, cuya información es mucho más accesible mediante los instrumentos que proporcionan las tecnologías digitales e Internet.

La intervención forzada y desmedida de Internet para limitar derechos aparece de forma inequívoca en Estados autoritarios, totalitarios o que se encuentran en vías de transformación hacia modelos restrictivos de libertad. Uno de los derechos que pueden verse más afectados es el de la libertad de expresión e información, a los que se refiere el presente trabajo y que se abordarán con mayor profundidad más adelante.

Hay Estados que han articulado instrumentos de desconexión del país en la Red, establecido filtros del Gobierno a contenidos e incluso exigido determinadas autorizaciones. Países como China pueden limitar los contenidos volcados en el Ciberespacio, Estados Unidos tiene articulado un sistema de control de servicios de inteligencia sobre el control de comunicaciones<sup>17</sup>, y en Inglaterra se propone la creación de una agencia reguladora para suprimir los daños en línea a través del *Online Harms White Paper*<sup>18</sup>. Como vemos el fenómeno del control de Internet se encuentra presente en la realidad política y jurídica eso sí, con

<sup>17</sup> GALINDO, F. & MOURA DO CARMO, V. “¿Libertad e Internet?” *DIXI*, núm. 26, 2017, p. 5.

<sup>18</sup> Que ha sido objeto de estudio detallado por mi parte en la siguiente publicación: HERCE MAZA, J. I. “El camino al infierno está plagado de buenas intenciones: reflexiones sobre el Online Harms White Paper y la libertad de expresión en Internet”, *Revista de Privacidad y Derecho Digital*, núm. 19, 2020.

**HERCE MAZA, Jose Ignacio. Luta contra a desinformação e liberdade de expressão e em formação na internet, riscos da intervenção da administração através do procedimento de ação contra a desinformação na Espanha**

diferentes intensidades<sup>19</sup>. Una de las partes más importantes del debate se centra en la intensidad de la intervención y en los instrumentos jurídicos para su despliegue.

Además, el estudio de las distintas posibilidades de control de Internet debe abordarse con amplitud de miras y perspectivas a largo plazo. Como sabemos las normas jurídicas en su generalidad abarcan distintos supuestos, e incluso la vaguedad de algunas puede generar una importante discrecionalidad e inseguridad jurídica.

Quiero decir que en ocasiones incluso normas jurídicas con una finalidad buena pueden tener efectos negativos sobre la materia objeto de ordenación, y este riesgo en la regulación de la libertad de expresión e información en línea, es evidente. Normas garantistas pueden sufrir aplicaciones en fraude de Ley que busquen lograr objetivos muy alejados del interés general pero sí próximos a intereses políticos o de estructuras de poder. En este caso hablaríamos de interrumpir la dinámica natural de la opinión pública en un Estado democrático, lo que no es cuestión baladí en la medida en que el marco constitucional ofrece una especial protección a los derechos y libertades públicas, que son derechos fundamentales.

No obstante, debemos de ir más allá en la defensa de la autonomía de Internet. Garton Ash considera que debe protegerse *Internet y otros sistemas de comunicación contra las intrusiones ilegítimas de los poderes tanto públicos como privados*. Se trata de salvaguardar que la Red sea libre de las intrusiones indebidas de los Estados y las corporaciones privadas dadas las enormes posibilidades de Internet para influir en las conciencias<sup>20</sup>, ya sea desde la política, ya sea desde un punto de vista empresarial.

A la luz de lo expuesto podemos formular una serie de conclusiones: i) que la Red es un espacio de libertad que debe regularse conservando sus elementos esenciales, entre ellos la libertad, ii) que por tanto la intervención del Estado debe limitarse a lo meramente imprescindible promoviendo la autorregulación, iii) que el Estado debe garantizar los derechos fundamentales a través de Internet, iv) que un abuso la regulación de Internet forzando una penetración del Estado en su dinámica además de romper con la naturaleza de internet puede colisionar (y de facto colisiona) con otros derechos fundamentales como pueden ser los de libertad de expresión y de información, ambos reconocidos en el texto constitucional español.

<sup>19</sup> Intervenciones de menor intensidad que en Estados autoritarios o totalitarios no excluye en ningún caso el riesgo de atentar en situaciones concretas con los derechos fundamentales. Así por ejemplo la propuesta de creación de una Agencia Reguladora de Internet a través del Online Harms White Paper entrañaba muchos riesgos de censura que podrían romper con la libertad de expresión.

<sup>20</sup> Entrevista a Carrillo López en Teoría y Realidad Constitucional. CARRILLO LÓPEZ, M., CORREDOIRA ALFONSO, L., RODRÍGUEZ, A., SÁNCHEZ FÉRRIZ, R., URÍAS MARTÍNEZ, J. & VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. "Encuesta sobre la libertad de expresión", *Teoría y realidad constitucional*, núm. 44, 2019, p. 18.

HERCE MAZA, Jose Ignacio. Luta contra a desinformação e liberdade de expressão e em formação na internet, riscos da intervenção da administração através do procedimento de ação contra a desinformação na Espanha

## 2.2 Internet como mecanismo para promover los derechos fundamentales de las personas

Sentadas las premisas anteriores es obligado hacer referencia a Internet no sólo como una fuente de peligros, sino como un instrumento para fomentar derechos fundamentales, como el de igualdad a través del principio de neutralidad. Una visión positiva y constructiva de Internet lo considera un espacio idóneo para promover el libre desarrollo de la personalidad. Libre desarrollo que se proclama en el art. 10 de la Constitución Española como fundamento del orden jurídico y paz social.

Un ejemplo de la afirmación anterior se encuentra previsto en el Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (en adelante, **Reglamento 2015/2120**). Esta norma incluye unas previsiones destinadas a garantizar un trato equitativo y no discriminatorio del tráfico en la prestación de servicios de acceso a Internet asegurando el derecho a los usuarios finales a *acceder a información y contenidos, a distribuirlos y a utilizar y ofrecer aplicaciones y servicios sin discriminación, a través de su servicio de acceso a internet*.

En virtud de esta disposición los proveedores de acceso a Internet están obligados a prestar un trato equitativo a todo el tráfico sin restricciones o interferencias. Se encuentran sometidos, por tanto, al principio de igualdad. Se obliga a las operadoras que prestan servicio en Internet a no discriminar los paquetes de datos<sup>21</sup> y el deber de garantizar un acceso a los usuarios en mínimas condiciones de igualdad<sup>22</sup> a través de las cuales se puede potenciar la libertad de expresión y de información.

La discusión sobre la neutralidad de la Red es necesaria para conservar los derechos fundamentales y evitar que se extermine Internet como un espacio libre de intercambio de ideas. Internet es un espacio que ha de preservar el pluralismo de actores y visiones, evitando oligopolios que terminen por ejercer una posición de dominio y rompan con el principio de igualdad<sup>23</sup>. Las interferencias pueden provenir de actores privados y de intervenciones directas

<sup>21</sup> FUERTES, M. "En derecho de la neutralidad de la red" *R.V.A.P.*, núm. 99-100, 2014, p. 1397.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 1402.

<sup>23</sup> RODRIGEZ PRIETO, R. "De la neutralidad a la imparcialidad en la red. Un análisis crítico de la política de la UE sobre internet y algunas propuestas de mejora", *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 57, 2017, p. 221.

HERCE MAZA, Jose Ignacio. Luta contra a desinformação e liberdade de expressão e em formação na internet, riscos da intervenção da administração através do procedimento de ação contra a desinformação na Espanha

gubernamentales. Estas últimas pueden tener un carácter fuerte, como el bloqueo directo de informaciones; o un carácter suave, como el desarrollo de campañas de desinformación<sup>24</sup>.

La Unión Europea a través del principio de neutralidad pretende que el servicio no se vea intervenido por los Proveedores de Servicios de Internet (en adelante, **PSI**) y bloqueen contenido, webs o aplicaciones. A través de esta prohibición se impide el empleo de mecanismos de filtrado y censura previa lo que coartaría la libertad de expresión. Precisamente la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de diciembre de 2012 declaró que el bloqueo de acceso a Internet suponía una violación de la libertad de expresión. Vemos que el principio de neutralidad en la Red es un pilar en el Ciberespacio que asegura su carácter abierto y, sobre todo, los derechos fundamentales.

Conviene detenernos brevemente en el intervencionismo suave. Un ejemplo de ello son las políticas y campañas contra la desinformación, que tan de moda está en los tiempos del COVID-19. En ciertas ocasiones esas campañas pueden ser necesarias en materia de salud pública, aunque con ciertos límites. Imaginemos la información falsa (ya contrastada) en materia de salud que puede difundirse y los graves perjuicios que pueden ocasionar a los ciudadanos en el caso de que un bulo que proponga el empleo de una sustancia determinada para luchar contra el COVID-19 se haga viral y quien tome dicha sustancia vea pueda sufrir graves daños en su integridad física y psicológica.

La necesidad de intervención contra la desinformación que en materia de salud hemos visto que puede ser legítima, puede convertirse en otros supuestos en un mecanismo de intromisión de determinadas visiones oficialistas sobre algunas realidades, y por ello, elementos que tiendan a eliminar un pensamiento distinto o disidente.

Parece que en relación con el modelo regulatorio más adecuado es necesario efectuar cierto control de los contenidos nocivos en la Red sin perder nunca de vista las garantías propias de un Estado Democrático y de Derecho. El reto es establecer dónde se encuentra el control legítimo y el ilegítimo. Esta perspectiva se abordará en el siguiente capítulo desde el derecho fundamental a la libertad de expresión y su concreción en la libertad de información.

El modelo regulatorio de Internet ha de tender a proteger la dignidad de la persona y los derechos humanos que le son inherentes. Partiendo de esta premisa el principio de razonabilidad en cada caso específico nos ayudará a delimitar las esferas de intervención y sus límites, debiendo tener siempre presente que no toda intromisión o campaña contra la desinformación

---

<sup>24</sup> No debe considerarse la división entre intervencionismo fuerte y suave con la diferenciación entre *hard law* o *soft law*. Cuando hablamos de intervencionismo fuerte y suave hacemos referencia a formas de *hard law* de distintas intensidades.

HERCE MAZA, Jose Ignacio. *Luta contra a desinformação e liberdade de expressão e em formação na internet, riscos da intervenção da administração através do procedimento de ação contra a desinformação na Espanha*

es legítima por el mero hecho de venir por parte del poder público o estar regulada mediante instrumentos normativos, que incluso pueden ser de dudosa constitucionalidad.

A modo de conclusión, considero debe generarse un sistema protector de los derechos fundamentales en la red que preserve la dignidad de la persona sin absorber a la Sociedad impidiendo la instalación de instrumentos que rompan de manera irracional e irrazonable derechos fundamentales como la libertad de expresión y de información.

### 3 Derecho fundamental a la libertad de expresión e información en internet

#### 3.1 Algunas referencias a los aspectos fundamentales de la libertad de expresión y de información

La preocupación por la efectiva libertad de expresión y de información no es ni mucho menos reciente. Si acudimos a una perspectiva histórica nos encontramos con que Chateaubriand afirmaba que sin libertad de expresión no hay régimen constitucional<sup>25</sup>. Unos cuantos años después Stuart Mill expresaría lo siguiente: “En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y espíritu, el individuo es soberano”<sup>26</sup>.

Manifestaciones como las anteriores demuestran que es un elemento esencial en los Estados democráticos, aunque su ejercicio sea incómodo para los titulares de los poderes públicos o rebasen los límites del buen gusto o de la ética política. La libertad de conciencia está directamente vinculada con la libertad de expresarla. Es un requisito de la democracia que protege, en esencia, la comunicación sin trabas del pensamiento<sup>27</sup>.

Rodríguez-Arana ha puesto de relieve como las libertades públicas en el Estado Social y Democrático de Derecho son incluso impulsos y directivas hacia los que debe orientarse el Derecho Público en su conjunto<sup>28</sup>. Por ello los derechos de libertad de expresión e información son derechos de libertad que reconocen una capacidad de decisión o de autodeterminación individual<sup>29</sup>.

Una primera noción de la libertad de información entra en contacto con la libertad de expresión. La libertad de información se dirige a difundir el mensaje informativo y a recibir

<sup>25</sup> La referencia a esta afirmación de Chateaubriand se encuentra en: SOLOZABAL ECHEVARRÍA, JUAN JOSÉ, “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32, 1991, p. 79.

<sup>26</sup> STUART MILL, J., *Sobre la libertad*. 3ª edición. Alianza Editorial. (Madrid, 2013). Pág. 80

<sup>27</sup> SOLOZABAL ECHEVARRÍA, JUAN JOSÉ, “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32, 1991, p. 79.

<sup>28</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, J. “Consideraciones sobre la libertad de información en el Estado Social de Derecho”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 26, 1990, p. 2.

<sup>29</sup> DE VEGA RUIZ, Las libertades públicas y sus limitaciones en casos y circunstancias especiales, *La Ley*, 11 de marzo de 1988, p. 1.

**HERCE MAZA, Jose Ignacio. Luta contra a desinformação e liberdade de expressão e em formação na internet, riscos da intervenção da administração através do procedimento de ação contra a desinformação na Espanha**

dicho mensaje. Rodríguez-Arana entiende que dichos mensajes se encuentran presididos por la libertad de pensamiento y por la libertad de expresión<sup>30</sup>.

Ha tenido lugar cierta discusión desde el punto de vista intelectual pero también desde la práctica, sobre la naturaleza jurídica de la libertad de ambos derechos. Si bien es cierto parte de la doctrina los ha considerado el mismo derecho<sup>31</sup> y hay una conexión evidente entre ellos. Cuando se ejerce la libertad de información se encuentra presente la de expresión<sup>32</sup>, si bien es cierto cuentan con límites, efectos y contenido distintos.

Hay algunos elementos tales como la prueba de la verdad, la relevancia pública de las informaciones o la existencia de una necesaria labor preparatoria que son exclusivos de la libertad de información<sup>33</sup>. No obstante, se insiste que cuando se ejerce la libertad de información hay una conexión directa con la libertad de expresión que en mi opinión se torna protagonista, por englobar al primero.

Un elemento distintivo muy importante es el relativo a que la libertad de información incluye la transmisión profesionalizada de opiniones y de información, por lo que ha recibido cierto tratamiento jurídico en parte independiente al de la libertad de expresión<sup>34</sup>. La mayoría de la doctrina considera en todo caso que la libertad de expresión incluye a la de información<sup>35</sup> y son caras de la misma moneda<sup>36</sup>, si bien es cierto la libertad de información encuentra su máximo exponente en la operativa de los medios de comunicación<sup>37</sup>. En fin, la libertad de información es una manifestación concreta de la libertad de expresión por razón de sujeto y por el papel que dicho sujeto ejerce en el marco de lo público, *lato sensu*.

En virtud de lo anterior, salvo algunas matizaciones en el presente trabajo y a lo largo de los siguientes capítulos, tendrá protagonismo el derecho fundamental a la libertad de expresión en Red. Es en el fondo la libertad de expresión la que entra en juego cuando se interviene gubernamentalmente la Red siendo una de sus manifestaciones, la libertad de informar.

La libertad de información pretende asegurar una transmisión lo más exacta posible de todos los hechos con relevancia suficiente para poder conocer la situación social en la que el

<sup>30</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, J. "Consideraciones sobre la libertad de información en el Estado Social de Derecho, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 26, 1990, p. 2.

<sup>31</sup> QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. "La cláusula de conciencia: un Godot constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, 1988, p. 63

<sup>32</sup> BUSTOS GISBERT, R. "El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión", *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, núm. 85, p. 262.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> ESPÍN, D., Libertad de información y publicidad en los juicios, *RFDUC*, n.º 69, p. 112.

<sup>35</sup> MORILLAS CUEVAS, L., El artículo 20 de la Constitución y los delitos de desacato, *ADP y CP*, 1981, p. 669.

<sup>36</sup> DE ESTEBAN, J. *Por una comunicación democrática*, Valencia, 1976, p. 47.

<sup>37</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, J. "Consideraciones sobre la libertad de información en el Estado Social de Derecho, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 26, 1990, p. 2., al igual que las tres últimas citas anteriores.

HERCE MAZA, Jose Ignacio. Luta contra a desinformação e liberdade de expressão e em formação na internet, riscos da intervenção da administração através do procedimento de ação contra a desinformação na Espanha

ser humano desarrolla su propia existencia, de manera que las decisiones del hombre puedan realizarse de manera libre<sup>38</sup>, mientras que la libertad de expresión garantiza la transmisión de ideas, pensamientos y opiniones como derecho de un ciudadano a estar presente a través de sus consideraciones en la esfera pública.

En particular la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de marzo de 1981 que señala que la libertad de información es *una simple aplicación concreta del derecho de la libertad de expresión*. Por ello se insiste en que el centro de este trabajo será la libertad de expresión desde un marco general. Cuando hablamos de afectación a la libertad de información nos dirigimos a una manifestación de la primera más concreta y dirigida a un sujeto determinado, los medios, de ahí el deber de salvaguardar de éstos la veracidad de las informaciones. En algunos casos, por considerarlo necesario, se formularán precisiones al respecto de la libertad de información.

La libertad de información implica el derecho a emitir dicha información y el derecho a recibir mensajes de carácter informativo, que no tiene carácter absoluto y que se encuentra muy vinculada a la idea de veracidad de las informaciones hechas públicas. Es fundamental, señala Villanueva, la veracidad de la información para alcanzar una opinión pública libre<sup>39</sup>.

Si acudimos a textos normativos de otros países podemos comprobar como la libertad de expresión se encuentra reconocida como un derecho fundamental de rango constitucional como por ejemplo en España, Francia, Brasil o Estados Unidos sin perjuicio de otros muchos Estados que también la tienen reconocida como tal. La inclusión de la libertad de información parte del art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del art. 5 de la Constitución Alemana que amplía la conocida como libertad de opinión y prensa<sup>40</sup>.

Finalmente, textos internacionales como la Carta Europea de Derechos Fundamentales en su art. 11 señala que *toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras*.

Otro buen ejemplo es el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, **el Convenio**), que en su art. 10 establece la posibilidad de establecer ciertas formalidades, condiciones o restricciones por cuestiones de interés general como la prevención del delito o el impedir la divulgación de informaciones confidenciales. Esta es una primera muestra de cómo la libertad de expresar y manifestar la opinión como derecho

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> VILLANUEVA, J. P., *La dinámica y el valor de la opinión pública*, Pamplona, 1963.

<sup>40</sup> SOLOZABAL ECHEVARRIA, J.J., "Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información", óp. cit.

**HERCE MAZA, Jose Ignacio. Luta contra a desinformação e liberdade de expressão e em formação na internet, riscos da intervenção da administração através do procedimento de ação contra a desinformação na Espanha**

fundamental y el derecho a criticar al Gobierno tiene ciertas limitaciones por razones del bien común.

En línea con el párrafo anterior conviene recalcar que en Europa existe un debate en relación con la libertad de expresión y sus posibles extremos. Dos posturas opuestas son las que pueden destacarse en el presente trabajo. La primera defiende que es un pilar fundamental de la democracia y que, por tanto, la penalización de los catalogados como discursos de odio coartan la libertad de expresión, la segunda entiende que la libertad de expresión ha de tener limitaciones, en especial si atenta contra minorías<sup>41</sup>. En este marco debemos recordar que la libertad de información es el fundamento para una opinión pública sólida, consciente y libre, que tiene derecho a recibir información veraz.

Creo que para comprender la libertad de expresión y sus fronteras no debe perderse de vista el resto de derechos fundamentales. En virtud de esta afirmación considero que ha de tener ciertos frenos si colisiona con otros derechos fundamentales o atenta contra intereses generales, pero de manera muy proporcionada y sin que en ningún caso establezca instrumentos de censura. Se trata de buscar equilibrios entre libertad de expresión y otros derechos buscando el mejor modelo de convivencia.

Ha de buscarse una relación proporcionada en cada caso concreto entre la libertad de expresión y otros derechos partiendo de las limitaciones previstas en el Convenio. Se trata de buscar el mejor modelo de convivencia partiendo del respeto y la libertad de todos. No cabe entonces formular soluciones definitivas, debiendo acudir a la ponderación en cada caso particular para resolver los posibles conflictos entre las libertades de expresión e información y otros derechos y bienes constitucionales<sup>42</sup>.

Parece evidente que desde un punto de vista teleológico es bien distinto hacer referencia a la existencia de ciertos límites a la libertad de expresión por razón de proteger la afectación de otros derechos, que establecer unos mecanismos de intervención estatal para imponer una censura o limitar el debate público al discurso que conviene al político de turno. Esto también es aplicable a la promoción por parte de la Administración de campañas de lucha contra la supuesta desinformación en la medida en que es ella la que determina qué es desinformación y qué no. Precisamente este es el objeto del presente estudio, el análisis de un procedimiento de lucha contra la desinformación cuya conformidad a Derecho es más que dudosa.

<sup>41</sup> GARCÍA SANTOS, M. "El límite entre la libertad de expresión y la incitación al odio: análisis de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Comillas Journal of International Relations*, núm. 10, 2017, p. 28.

<sup>42</sup> MAGDALENO ALEGRÍA, A. "Libertad de expresión, terrorismo y límites de los derechos fundamentales", *Revista de Derecho Político*, núm. 69, 2007, p.182.

**HERCE MAZA, Jose Ignacio. Luta contra a desinformação e liberdade de expressão e em formação na internet, riscos da intervenção da administração através do procedimento de ação contra a desinformação na Espanha**

Si se acude a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como a la de otros Tribunales Constitucionales, no es extraño encontrarnos ante una situación comunicativa en un vértice y a los derechos de la personalidad en otro<sup>43</sup>, elaborándose un juicio de proporcionalidad atendiendo a factores como la dimensión pública del afectado. En España se ha centrado el debate entre el choque entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad: el derecho al honor, a la intimidad y la propia imagen previstos en el art. 18 CE<sup>44</sup> y se han establecido restricciones a la libertad de expresión por razones de interés de todos como en los casos de enaltecimiento al terrorismo.

A los efectos de este trabajo la perspectiva que nos interesa es la que se refiere no tanto a los límites a la libertad de expresión por las lesiones que puedan ocasionarse entre privados, sino más bien a las posibles limitaciones que pueden establecerse por razón del interés general.

Las limitaciones a la libertad de expresión derivadas de la protección al interés común están vinculadas a su dimensión institucional y a la protección de la Sociedad. Cabe destacar que el Tribunal de Estrasburgo se ha mostrado muy estricto a la hora de autorizar injerencias en el mismo por parte de los Estados<sup>45</sup>.

A todas luces es evidente que muchos contenidos volcados en la Red pueden ser controvertidos, formular opiniones disidentes e incluso plantear críticas fuertes e incluso moralmente reprochables. No obstante, la reprochabilidad moral de unas manifestaciones vertidas en Internet no han de ser necesariamente ilícitas y mucho menos delictivas con independencia de su buen gusto o de su oportunidad. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en muchas de sus sentencias, como la de 29 de septiembre de 1999 (Caso Oztürk) ha consolidado la admisibilidad de las informaciones e ideas que molestan, chocan e inquietan. Las posibles limitaciones a esta libertad tienen que guardar coherencias con la realidad de un Estado democrático.

Para controlar la limitación al derecho fundamental a la libertad de expresión se ha desarrollado por parte del Tribunal de Estrasburgo un Test al modelo anglosajón conocido como “Test de Estrasburgo” que se resume en los siguientes elementos: i) ha de constatarse la injerencia o limitación por parte de las autoridades de un Estado sobre las libertades reconocidas en la Carta, ii) ha de verificarse que la limitación esté prevista en la ley, iii) que esté justificada en la consecución de alguno de sus fines que legitiman la intervención y restricción y iv) se

<sup>43</sup> RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M. “La libertad de expresión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea” *Estudios de Deusto*, Núm. 62, 2014, p. 93.

<sup>44</sup> MAGDALENO ALEGRÍA, A. “Libertad de expresión, terrorismo y límites de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Político*, núm. 69, 2007, p.182.

<sup>45</sup> SERRANO MAILLO, I. “Derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: dos casos españoles”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, p. 582.

**HERCE MAZA, Jose Ignacio. Luta contra a desinformação e liberdade de expressão e em formação na internet, riscos da intervenção da administração através do procedimento de ação contra a desinformação na Espanha**

examina si es necesaria para una sociedad democrática para lo que es necesario evaluar la necesidad y proporcionalidad de la intervención<sup>46</sup>. Un ejemplo de ello que se ha vivido con mucha intensidad en España es la persecución del enaltecimiento del terrorismo en la medida en que conculca los fundamentos de nuestro sistema democrático y pervierte el discurso público.

Por otro lado, si nos refiriéramos, sin perjuicio de otras manifestaciones, a un núcleo central de la libertad de información, estaríamos hablando de la veracidad, que es el primer elemento referente para valorar la validez constitucional de la información que se difunde<sup>47</sup>. Para que una información pública esté amparada por la libertad de información su contenido debe ser susceptible de constatación empírica<sup>48</sup> y ser veraz. Dicha veracidad está relacionada directamente con un previo contraste con datos objetivos y, por tanto, un deber de diligencia para buscar la verdad de lo expresado a través de la comprobación de la información<sup>49</sup>.

El profesor Ramón de Páramo, mediante el estudio de la jurisprudencia constitucional sobre la libertad de información concluye en que sus límites son los siguientes:<sup>50</sup> i) el interés general y la relevancia pública de la información, ii) la libertad de información se ve reducida si no se refiere a personalidades públicas, iii) la protección constitucional se ciñe a la información veraz, iv) si la fuente reviste las características que la hacen fidedigna, seria o fiable puede no ser necesaria mayor comprobación que la exactitud de la fuente, v) una ponderación por parte del Tribunal Constitucional del equilibrio entre los elementos valorativos e informativos, vi) una protección mayor de la libertad de la información la ostentan especialmente los medios de comunicación institucionalizados.

La libertad de expresión en Internet es un derecho fundamental que se encuentra sometido a ciertas limitaciones por razones de interés general, si bien es cierto no tiene el poder público una patente de corso para su control. Desde este punto de vista conviene, una vez conocida la operatividad del núcleo esencial de la libertad de expresión y efectuadas referencias a la necesidad de la veracidad en la libertad de información, entrar en detalle sobre su dinámica en la Red. Más adelante se estudiará el procedimiento de lucha contra la desinformación que tanta polémica, como se ha sido señalando, ha generado en España.

<sup>46</sup> MAGDALENO ALEGRÍA, A. "Libertad de expresión, terrorismo y límites de los derechos fundamentales", *Revista de Derecho Político*, núm. 69, 2007, p. 190.

<sup>47</sup> ROSADO IGLESIAS, G. "El Estatuto jurídico de los periodistas", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 24, 2005, p. 53

<sup>48</sup> MAGDALENO ALEGRÍA, A. *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho*, Congreso de los Diputados, 2006, p. 126.

<sup>49</sup> STC 1/2005, de 17 de enero, FJ 3.º, STC 144/1998, de 30 de junio, FJ 3.º

<sup>50</sup> DE PÁRAMO, J. R. "Veracidad y derecho a la información", *Persona y Derecho*, núm. 55, 2006, p. 586 y ss.

HERCE MAZA, Jose Ignacio. Luta contra a desinformação e liberdade de expressão e em formação na internet, riscos da intervenção da administração através do procedimento de ação contra a desinformação na Espanha

### 3.2 La libertad de expresión e información en la Red

A la luz de lo visto en los capítulos anteriores conviene recordar que Internet es una gran fuente de oportunidades, que abre la apertura a un mundo hiperconectado. Las infinitas posibilidades que ofrece no son óbice para reconocer que también es una fuente de amenazas para la intimidad o la protección de datos personales del navegante en la *world wide web*.

Lo contrario a lo expuesto en el párrafo ulterior no tiene lugar con la libertad de expresión, cómo ha señalado García Mexía<sup>51</sup>. Internet, afirma Carrillo López, es un *instrumento para la comunicación*<sup>52</sup>. Es un gran sistema para establecer lazos comunicativos e intercambiar opiniones y pareceres en la Sociedad en su conjunto, más aún si cabe ante la proliferación de distintas redes sociales que actúan como auténticos canales de conversación cualquier día, a cualquier hora, en cualquier parte de mundo.

La Red, partiendo de su esencia, es un sistema abierto y libre que genera un espacio para potenciar la libertad de expresión e información. Se ha llegado a afirmar que nunca antes la libertad de expresarse ha estado tan proyectada, siendo un cambio cuantitativo y cualitativo<sup>53</sup> en relación con la dinámica de los medios de difusión tradicionales. La libertad y la comunicación han crecido de manera exponencial siendo la sociedad civil en un principio, dueña de sus espacios.

Uno de los grandes retos a nivel mundial del gobierno de Internet es un concepto de libertad de expresión ajustado al sistema de generación de contenidos automatizado a gran escala, sistemas autónomos interconectados y a capas de acceso diferenciadas<sup>54</sup>. Son por tanto los grandes debates que se plantean mucho más avanzados que el tradicional de libertad-intervención. La libertad de expresión en la Red es una buena muestra de la reformulación sobrevenida de los derechos fundamentales clásicos a las tecnologías digitales.

A la hora de comprender un Estado de Derecho debe reconocerse el binomio libertad-seguridad, dos pilares del mismo<sup>55</sup>. Parejo Alfonso ha defendido que la revalorización de la dignidad del hombre requiere equilibrio entre libertad y seguridad. Este eterno debate aplicado al mecanismo interventor de contenidos en línea puede colisionar con el derecho fundamental a la libertad de expresión e información y lesionarlos.

<sup>51</sup> GARCÍA MEXÍA, P. L. *Derecho Europeo de Internet*, Netbiblo, A Coruña, 2019, p. 109.

<sup>52</sup> Entrevista a Carrillo López en Teoría y Realidad Constitucional. CARRILLO LÓPEZ, M., CORREDOIRA ALFONSO, L., RODRÍGUEZ, A., SÁNCHEZ FÉRRIZ, R., URÍAS MARTÍNEZ, J. & VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. “Encuesta sobre la libertad de expresión”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 44, 2019, p. 18.

<sup>53</sup> VILLARINO, J., “Cuarta generación de derechos: (...)”, *óp. cit.*,

<sup>54</sup> MUELLER, M. L., *Networks and States: the global politics of Internet Governance*, The MIT Press, 2010, p. 320, citado en: VILLARINO, J., “Cuarta generación de derechos: (...)”, *óp. cit.*

<sup>55</sup> PAREJO ALFONSO, L. “Sobre el binomio entre libertad y seguridad en derecho”, *IUSTA*, núm. 45, 2016, p. 107-128. 8

**HERCE MAZA, Jose Ignacio. Luta contra a desinformação e liberdade de expressão e em formação na internet, riscos da intervenção da administração através do procedimento de ação contra a desinformação na Espanha**

El profesor Pérez Luño ya afirmó de manera muy acertada hace casi treinta años como en las sociedades informatizadas *el poder ya no reposa sobre el ejercicio de la fuerza física, sino sobre el uso de informaciones que permiten influir y controlar la conducta de los ciudadanos, sin necesidad de recurrir a medios coactivos*<sup>56</sup>. Precisamente algunos instrumentos que pueden emplearse para limitar la libertad de expresión en línea es la utilización de medidas coactivas como el bloqueo de contenidos en webs impidiendo o bien formular opiniones, o a otros acceder a ellas.

Señalaba con anterioridad como esta posibilidad de controlar los contenidos en línea se encuentra justificada en un supuesto beneficio al interés general, así como la salvaguarda de otros derechos fundamentales. Algunos ejemplos son el control del ciberterrorismo, el freno a los discursos de odio, la integridad sexual de los menores o las Fake News, que en tiempos de COVID sus peligros se han incrementado considerablemente, emitiéndose incluso noticias falsas mediante sistemas automatizados<sup>57</sup>.

De hecho, partiendo de que el art. 20 CE plantea un modelo de protección constitucional que prohíbe la censura previa y el secuestro de publicaciones, en el entorno digital aparecen nuevos elementos de restricción sobre la comunicación desde el punto de vista de la libertad de información como, por ejemplo, el cierre de páginas web, la supervisión de los contenidos por parte de los PSI o los sistemas de bloqueo<sup>58</sup>.

Recordando lo afirmado en capítulos anteriores, la posibilidad del control de contenidos y de su filtración se justifica en beneficio del interés general y la protección de otros derechos fundamentales. En ocasiones dicho control también puede activarse mediante el desarrollo de campañas publicitarias por parte de los gobiernos corrigiendo informaciones perjudiciales y erróneas. A esta manera de intervenir la hemos considerado una manera suave de influenciar en la libertad de expresión en Red, recordando que no supone intervenir de manera directa y expresa el contenido volcado, sino en contradecirlo mediante la generación de nueva información de carácter “oficial”.

Se señalaba como la posibilidad de filtración, supresión o contradicción de contenido se justifica en beneficio del interés general y la protección de otros derechos fundamentales. Debe tenerse en cuenta como el art. 10.2 del Convenio prevé ciertas limitaciones por razones de bien común y protección de bienes jurídicos amparados por nuestro Ordenamiento jurídico. Aun así, un control generalizado de contenidos puede llegar a convertirse en una censura, aunque no

<sup>56</sup> PÉREZ LUÑO, A. E. “Los derechos humanos en la sociedad tecnológica”, *Cuadernos y debates*, núm. 21, 1990, p. 136.

<sup>57</sup> INSTITUTO DE INGENIERÍA DEL CONOCIMIENTO (Universidad Autónoma de Madrid), *Investigación sobre la generación de noticias falsas*, disponible en: <https://www.iic.uam.es/innovacion/investigacion-generacion-noticias-falsas-covid19/>

<sup>58</sup> CAPODIFERRO CUBERO, D. “La libertad de información frente a internet”, *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, p. 724

HERCE MAZA, Jose Ignacio. Luta contra a desinformação e liberdade de expressão e em formação na internet, riscos da intervenção da administração através do procedimento de ação contra a desinformação na Espanha

impliquen necesariamente su eliminación sino su discusión mediante medios de comunicación oficiales.

Debe dilucidarse en este marco cómo puede operar el binomio libertad de expresión y control de contenidos online o la gestión de campañas de información y consecuencias finales que puede tener dicha regulación para la libertad en línea.

Una aplicación jurídica en favor de la seguridad no debe perder de vista que en el fondo va encaminada a promover la libertad. Lo contrario sería una desviación de los fines del Estado. La búsqueda de la seguridad no puede legitimar el establecimiento de mecanismos de censura directos o indirectos.

Reconocer esa libertad en Internet no quiere decir que se niegue la existencia de determinados contenidos dañinos o nocivos que es necesario erradicar y controlar, de hecho, la propia libertad de expresión tiene sus límites y así se señala en el Convenio. Ha de traerse a colación de nuevo que se defiende un modelo de regulación de Internet que parte de la promoción y defensa de los derechos fundamentales de la persona.

Siendo los derechos fundamentales mecanismos de reacción frente a los abusos del poder en contra de la indemnidad de la persona, la libertad de expresión ha sido un pilar de resistencia frente a numerosos abusos como la Masacre de Tianmenn o las primaveras árabes. No es cuestión baladí la relevancia de las redes sociales y de Internet en fenómenos como el último que se ha mencionado.

Toda vez ya se ha estudiado la libertad de expresión, su núcleo esencial y sus particularidades en el mundo digital se estudiará la *Orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre, por la que se publica el Procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional*, (en adelante, **Orden 1030/2020**).

Ese procedimiento se justifica mediante diversas Comunicaciones y Planes de Acción de la Comisión Europea que pretenden luchar contra la desinformación en la medida en que el progreso del entorno digital y el uso intensivo de sus tecnologías ha incrementado en gran medida este fenómeno en una escala global. Si bien es cierto sus planteamientos se alejan de lo deseado por Europa.

Sin perjuicio de lo anterior, debe recordarse que el núcleo esencial de la libertad de expresión no debe ser vulnerado ni mediante vías directas de intervención ni mediante vías indirectas a través de campañas de lucha contra la desinformación de manera indiscriminada. Precisamente a estos efectos conviene recordar esta reflexión de Stuart Mill que ya esboza los riesgos a los que nos enfrentaríamos ante una eventual regulación y limitación de la libertad de expresión: “Negarse a oír una opinión, porque se está seguro de que es falsa, equivale a afirmar

HERCE MAZA, Jose Ignacio. *Luta contra a desinformação e liberdade de expressão e em formação na internet, riscos da intervenção da administração através do procedimento de ação contra a desinformação na Espanha*

que la verdad que se posee es la verdad absoluta. Toda negativa a una discusión implica una presunción de infalibilidad”.<sup>59</sup>

La pluralidad de opiniones es la que permite el flujo de comunicaciones y de informaciones en la sociedad democrática. Un uso inadecuado de los mecanismos contra la lucha contra la desinformación podría desentrañar graves riesgos para el pluralismo y la conversación libre en un espacio democrático contemporáneo. Conviene recordar que el art. 1 de la Constitución Española señala que España *se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.*

#### **4 Los peligros derivados de la implantación del procedimiento de actuación contra la desinformación ¿hacia un ministerio de la verdad?**

##### *4.1 Los daños y peligros en línea: la desinformación*

La transformación tecnológica tiene aparejada de manera inevitable una reflexión acerca de la seguridad en línea. En Internet la seguridad en su sentido más radical es literalmente imposible aun con control de contenidos de los PSI o supervisión estatal<sup>60</sup>. Internet como se ha señalado tiene múltiples efectos positivos pero también riesgos y peligros que no deben desdeñarse.

Los riesgos derivados del uso de Internet van mucho más allá de la protección de activos de información ante las posibles amenazas que pueden comprometer información procesada, almacenada y transportada en sistemas de información<sup>61</sup>. Pueden producirse también daños derivados de riesgos en línea relacionados con los flujos masivos de informaciones falsas con el objetivo de desestabilizar Estados y gobiernos, terrorismo, ataques contra la integridad sexual de menores de edad, etc.

El lanzamiento de flujos masivos de información no veraz recibe el nombre de desinformación, que es definida por el Real Instituto Elcano como *la difusión intencionada de información no rigurosa que busca minar la confianza pública, distorsionar los hechos, transmitir una determinada forma de percibir la realidad y explotar vulnerabilidades con el*

<sup>59</sup> STUART MILL, J., óp. cit., p. 92.

<sup>60</sup> RODRÍGUEZ PRIETO, R. “¿Qué seguridad? Riesgos y amenazas de Internet en la seguridad humana”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, núm. 36, 2016.

<sup>61</sup> ISACA (Informations Systems Audit and Control Association) define ciberseguridad como “Protección de activos de información, a través del tratamiento de amenazas que ponen en riesgo la información que es procesada, almacenada y transportada por los sistemas de información que se encuentran interconectados”.

HERCE MAZA, Jose Ignacio. Luta contra a desinformação e liberdade de expressão e em formação na internet, riscos da intervenção da administração através do procedimento de ação contra a desinformação na Espanha

*objetivo de desestabilizar*. Se trata de extender una nueva narrativa cambiar nuestra realidad<sup>62</sup> a favor de unos intereses concretos y muy distintos del bien común.

Esta desinformación es fomentada de manera deliberada por entidades totalitarias, populistas, que buscan capacidad de control y manipulación sobre el cuerpo social afectando en gran medida a la vida democrática e institucional, como por ejemplo en procesos electorales, medios de comunicación... etc. Busca manipular a las personas para modificar sus tendencias, creencias, comportamientos...<sup>63</sup> En resumen, la desinformación se emplea desde un punto de vista estratégico para desequilibrar en múltiples formas el la estabilidad institucional y vital del entorno al que se agrade.

En tiempos de Pandemia la Unión Europea y EE.UU. han sufrido importantes campañas de desinformación que han apuntado a Rusia y a China para alterar el equilibrio democrático y poner en duda la capacidad de gestión de la crisis sanitaria del COVID-19<sup>64</sup>. Así lo ha hecho constar un informe interno de la Comisión Europea<sup>65</sup> y *East Stratcom Task Force*, perteneciente al Servicio Europeo de Acción Exterior.

Ante la existencia de estos riesgos la configuración de un entorno digital seguro es un objetivo de primer nivel en las políticas públicas estableciendo condiciones legales, técnicas y organizativas para que puedan tener lugar relaciones de diversa índole en un entorno en línea seguro y confiable<sup>66</sup>. Ante esta grave realidad que ha afectado de lleno a la Unión Europea y los Estados miembros, la Unión ha desplegado ciertos mecanismos para lucha contra este mal que nos afecta, que serán expuestos a continuación.

#### 4.2 Algunas referencias sobre el espacio normativo comunitario para la lucha contra la desinformación y su aterrizaje en el procedimiento de control español

Como señalábamos en el epígrafe anterior, la Unión Europea ha reaccionado de manera activa frente al conocido fenómeno de la desinformación. Ya en marzo de 2015 a través de una Decisión del Consejo Europeo se creó el Grupo de Trabajo *East Stratcom* para reforzar el

<sup>62</sup> OLMO Y ROMERO, J.A., Desinformación, concepto y perspectivas, *Real Instituto Elcano*, enlace:

[http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano\\_es/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/ari41-2019-olmoromero-desinformacion-concepto-y-perspectivas](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari41-2019-olmoromero-desinformacion-concepto-y-perspectivas)

<sup>63</sup> ARTEAGA, F., La lucha contra la desinformación, el cambio de modelo, *Real Instituto Elcano*, enlace:

[http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano\\_es/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/comentario-arteaga-la-lucha-contra-la-desinformacion-cambio-de-modelo](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/comentario-arteaga-la-lucha-contra-la-desinformacion-cambio-de-modelo)

<sup>64</sup> MILOSEVICH-JUARISTI, M., ¿Por qué hay que analizar y comprender las campañas de desinformación de Rusia y China sobre el COVID-19?, *Real Instituto Elcano*, enlace:

[http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano\\_es/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/ari-58-2020-milosevich-analizar-y-comprender-campanas-desinformacion-china-rusia-covid-19](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari-58-2020-milosevich-analizar-y-comprender-campanas-desinformacion-china-rusia-covid-19)

<sup>65</sup> FINANCIAL TIMES, "EU warns of pro-Kremlin disinformation campaign on coronavirus", enlace:

<https://www.ft.com/content/d65736da-684e-11ea-800d-da70cff6e4d3>

<sup>66</sup> CATOIRA, A. A., "Seguridad nacional: libertad y seguridad en el ciberespacio, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019, p. 4.

**HERCE MAZA, Jose Ignacio. Luta contra a desinformação e liberdade de expressão e em formação na internet, riscos da intervenção da administração através do procedimento de ação contra a desinformação na Espanha**

entorno mediático en la vecindad oriental para respaldar la libertad de los medios y mejorar la capacidad de la Unión para luchar contra la desinformación.

En 2018 la Unión Europea presentó un importante Plan de Acción para contrarrestar las campañas de postverdad o desinformación. En la Comunicación (COM, 2018, 236) de la Comisión Europea se indicaba que la desinformación es: *información verificablemente falsa o engañosa que se crea, presenta y divulga con fines lucrativos o para engañar deliberadamente a la población y que puede causar un perjuicio público*. Ese perjuicio evidentemente provocado por cuestiones espurias y estratégicas puede afectar a la dinámica democrática, a la salud, seguridad nacional o el medio ambiente.

Durante la crisis del COVID-19, las fuertes campañas de posverdad que se han sufrido en la Unión Europea generaron una respuesta estratégica de la Comunidad que se puso de manifiesto a través de una Comunicación de la Comisión conjunta al Parlamento Europeo, Consejo Europeo, Consejo, Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre la lucha contra la desinformación acerca del Covid-19. Todo ello desembocó en el *European Democracy Action Plan*, actualmente en tramitación.

En la medida en que la Orden 1030/2020 parte del Plan de Acción contra la Desinformación de 2018 se harán a continuación algunas referencias acerca del mismo.

Pues bien, en el Preámbulo recuerda dicho Plan que la libertad de expresión es un valor fundamental de la Unión Europea y en las constituciones de los Estados miembros. La sociedad democrática abierta depende de la capacidad de los ciudadanos para acceder a información variada y verificable que les permita adoptar una opinión y participar con ella en el debate público. Estos procesos democráticos se ven controvertidos ante la desinformación.

Es fundamental detenerse en como el Plan declara con rotundidad que la desinformación no incluye *los errores involuntarios, la sátira y la parodia, ni las noticias y comentarios partidistas claramente identificados*. Vemos aquí con claridad como el Plan delimita también el espacio donde se combate la desinformación y el espacio que ha de mantenerse libre de injerencias en defensa y protección de la libertad de expresión.

También es cierto que las medidas incluidas en el Plan de Acción contra la desinformación parten de lo que se haya previsto en la normativa de la Unión Europea o de las legislaciones nacionales. Mucha prudencia tiene que tener el legislador nacional a la hora de concretar las acciones contra la desinformación para no incurrir en vicios de inconstitucionalidad en el caso de que vulneren los derechos fundamentales de las personas.

Precisamente la Orden 1030/2020 se escuda en el espectro normativo comunitario para legitimar los sistemas de intervención contra la desinformación, no obstante, a mi criterio, se

HERCE MAZA, Jose Ignacio. Luta contra a desinformação e liberdade de expressão e em formação na internet, riscos da intervenção da administração através do procedimento de ação contra a desinformação na Espanha

aleja de las finalidades e instrumentaciones comunitarias para ir mucho más allá constituyendo una enorme fuente de riesgos para la libertad de expresión en línea y por lo tanto, también para el ejercicio natural de una dinámica característica de una democracia que goza de salud y alta intensidad. Un debate libre y abierto es necesario para garantizar la protección del bien común en la medida en que fomenta la participación y el control del poder más allá de la participación en fenómenos electorales.

## 5 El procedimiento contra la desinformación y sus peligros

### 5.1 De la oscuridad e imprecisión de la norma a su complejo entramado organizativo

El procedimiento que aprueba el Consejo de Seguridad Nacional, que se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado, y que pretende luchar contra la desinformación desde sus inicios (en adelante, **el procedimiento**) se nos presenta oscuro a la hora de interpretarlo y tratar de comprenderlo

Se considera entonces la batalla por las *Fake News* una cuestión de seguridad nacional para lo que se actualiza un procedimiento de carácter interno que ya fue aprobado hace años por el Consejo de Seguridad Nacional, pero que no fue publicado en su momento. Por lo tanto, nos encontramos ante una actualización de un procedimiento ya existente, que no fue dado a conocer a la ciudadanía.

Pero su falta de publicación no implica que su articulación sea nula o anulable. Los procedimientos que apruebe el Consejo de Seguridad Nacional para sí mismo no tienen como exigencia para su validez su publicación en la medida en que se trata de asuntos relativos a la seguridad nacional. Para conocer cuál es su regulación debe acudir a la Ley 36/2016, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional.

Cuestión bien distinta es que resulta sorprendente que en esta ocasión si decida hacerse público un procedimiento interno de lucha contra la desinformación. Dada la relevancia de los asuntos que plantea y su relevancia constitucional en la medida en que nos encontramos en un Estado Democrático, el texto normativo ha levantado mucha polémica, no sin razón.

La norma se nos presenta, como decía al inicio, en su esencia, oscura. Tras una lectura detenida es difícil tener una opinión precisa acerca de sus objetivos (apartado 2), la estructura administrativa de organización es compleja y caótica (apartado 3) y en lo que respecta a los niveles de actuación (apartado 4) no podemos conocer cuales serán las consecuencias precisas y prácticas de la aplicación de este procedimiento. La imprecisión de la norma no sólo nos

**HERCE MAZA, Jose Ignacio. Luta contra a desinformação e liberdade de expressão e em formação na internet, riscos da intervenção da administração através do procedimento de ação contra a desinformação na Espanha**

impide conocer como funcionará en la práctica este procedimiento, sino también la valoración de si vulnera o no el núcleo esencial de la libertad de expresión y de información.

Especialmente problemática, señala Carlon Ruiz, es la falta correlación coherente entre el texto introductorio y la precisión de los objetivos<sup>67</sup>. En lo relativo al análisis de la desinformación y el aumento de la transparencia respecto al origen de la desinformación y la evaluación de su contenido, se desconocen sus consecuencias.

Asimismo, ante la desinformación, se prevé también el desarrollo de una serie de acciones de fomento de información veraz, completa y oportuna que venga de fuentes contrastadas de medios de comunicación, administraciones y privados. Entendemos que dichas acciones de fomento se limitan a campañas de comunicación.

Nos encontramos también ante un complejo sistema organizativo en el que participan numerosos órganos administrativos. La estructura se encontrará compuesta por i) el Consejo de Seguridad Nacional, ii) Comité de Situación, iii) la Secretaría de Estado de Comunicación, iv) la Comisión Permanente contra la desinformación, v) las demás autoridades públicas competentes. Destacaremos más adelante el excesivo protagonismo que se concede a la Secretaría de Estado de Comunicación.

Finalmente, también la participación del sector privado y la sociedad civil, si bien no concreta quién formará parte de la estructura más allá de un párrafo genérico que deja abierta una puerta de discrecionalidad a los efectos de la convocatoria. En fin, un complejo burocrático de límites difusos y operatividad desconocida que no incierta.

Una imprecisión similar se encuentra en el establecimiento de los niveles de activación para la detección las campañas de información y su análisis en el impacto de la seguridad nacional. Los niveles son los siguientes:

- Nivel 1.- Capacidad para actuar a nivel técnico de detectar, realizar la alerta temprana y notificar según su comunidad de referencia.
- Nivel 2.- Nivel con capacidad para apoyar la coordinación, sincronizar y priorizar todos los esfuerzos en la lucha contra la desinformación.
- Nivel 3.- Nivel en el que se adoptan decisiones y marcan objetivos de carácter político-estratégico con el objeto de hacer frente a una campaña de desinformación.
- Nivel 4.- Nivel de gestión política en el marco del sistema de seguridad nacional.

---

<sup>67</sup> CARLON RUIZ, M. “Veracidad vs. Verdad. Información vs. Desinformación. Algunas reflexiones al hilo del “Procedimiento de actuación contra la desinformación” aprobado el 6 de octubre de 2020”, Iustel, Diario de Derecho, enlace en: [https://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1204931](https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1204931)

**HERCE MAZA, Jose Ignacio. Luta contra a desinformação e liberdade de expressão e em formação na internet, riscos da intervenção da administração através do procedimento de ação contra a desinformação na Espanha**

El único nivel que pone de manifiesto el ejercicio de potestades concretas con una repercusión específica en el marco de lo social es el nivel 2, que hace referencia a la posible decisión *sobre su elevación o la realización de una campaña de comunicación pública dirigida por la Secretaría de Estado de Comunicación en función de la naturaleza de la campaña de desinformación.*

Niveles superiores se refieren a la información al nivel político-estratégico por parte de la Secretaría de Estado de Comunicación, así como labores de seguimiento. El nivel cuarto habla de una coordinación de respuestas a nivel político por parte del Consejo de Seguridad Nacional en caso de atribución pública de una campaña de desinformación a un tercer Estado.

Aparentemente todos los niveles alcanzan distintas magnitudes, pero su resultado finalizaría en el desarrollo de una campaña de comunicación pública en aras de desmentir la información aparentemente falsa y orquestada en una campaña de desinformación.

Parece que resulta claro que a la luz del procedimiento será la Administración Pública la que tiene atribuidas funciones exclusivas de detección, declaración y de aplicación de medidas sobre la verdad o falsedad de las noticias. De la lectura del complejo e impreciso articulado pueden señalarse una serie de preguntas que Higuera Guimerá refleja con precisión: ¿qué va a hacer un gobierno si un medio o partido político activa una campaña de noticias falsas? Aparentemente podrá iniciar una campaña el Gobierno de lucha contra la desinformación. ¿Podría el Gobierno imponer sanciones? La norma no establece previsión normativa al respecto. Sorprende que la norma no haya formulado referencia alguna sobre ello.

Aún cabe en el espectro de esta regulación formularse más preguntas que por ahora no cuentan con respuesta ¿quién decidirá qué es real y qué no? ¿quién dará la orden de qué noticias se comprueba y cuales no? ¿Cómo se adoptan las decisiones relativas a la monitorización? ¿una opinión puede ser considerada como falsa a los efectos de desinformación? ¿qué se considerará a los efectos de la lucha contra la desinformación información veraz? ¿cómo se califica una sátira viralizada? ¿tratarían de eliminar los contenidos? ¿cómo se eliminarían? ¿para la supresión de contenidos acudirán a organismos judiciales? ¿qué es una web de noticias falsas? ¿podrán secuestrar publicaciones digitales? ¿cómo elegirán a los expertos de la Sociedad Civil? ¿podrán tomar medidas más allá de campañas publicitarias contra la desinformación? ¿qué consecuencias habrá para aquellos medios o plataformas que no quieran colaborar con la Administración? ¿y con aquellas que no quieran colaborar en los términos que se les impongan?

Como vemos, es un procedimiento que mantiene muchas incógnitas e incertidumbres, lo que ha ocasionado una importante inquietud especialmente a los medios de comunicación y a la sociedad civil. Nos encontramos ante una inseguridad jurídica que genera una sensación de

HERCE MAZA, Jose Ignacio. Luta contra a desinformação e liberdade de expressão e em formação na internet, riscos da intervenção da administração através do procedimento de ação contra a desinformação na Espanha

elevado riesgo al desconocer los criterios y elementos objetivos que pudieran calificar una campaña de desinformación y, sobre todo, sobre las consecuencias de su calificación más allá de una mera campaña informativa.

### 5.2 *Su escasa independencia y la relativa participación de la sociedad civil en el control de la desinformación*

Huelga decir que España no es el único Estado miembro que ha iniciado sistemas de lucha contra la posverdad, si bien es cierto, con un enfoque muy distinto, sobre todo desde el punto de vista de la independencia de la entidad supervisora.

En Francia se ha tipificado como delito la difusión masiva de falsedades teniendo un papel protagonista el Consejo Superior de lo Audiovisual, que es un organismo independiente. En Alemania se ha apostado por la implantación de medidas educativas sobre *fake news* que no entran en su contenido. Finalmente, en Italia, es una Comisión Parlamentaria la que realiza dichas investigaciones. Como vemos, una perspectiva de independencia muy distinta.

Destaca un importante papel protagonista de la Secretaría de Estado de Comunicación en materias que no están vinculadas a la comunicación institucional sino a la defensa nacional. Esta Secretaría de Estado coordinará la “Comisión Permanente contra la Desinformación” que se constituye para facilitar la coordinación interministerial a nivel operacional en este ámbito. La Secretaría de Estado de Comunicación asumirá también funciones de coordinación de la política informativa del gobierno y de los criterios para su determinación, así como del impulso de la política de comunicación institucional siendo la responsable en la gestión de la comunicación de las crisis y punto único de contacto con la UE contra la desinformación. Mayor insistencia encontramos con el papel de la Secretaría de Estado de Comunicación cuando se la declara como una autoridad pública competente, de manera redundante, junto con el Centro Nacional de Inteligencia y otros gabinetes de comunicación.

Aquí nos encontramos ante un protagonismo de envergadura del aparato de comunicación pública del Gobierno y no de las autoridades de la defensa nacional *strictu sensu*. Resulta arriesgado depositar la confianza del control de la desinformación a un órgano de la Administración Pública, directamente vinculado al poder inmediato, que puede emplear la desinformación como instrumento de estrategia política en lugar que de servicio objetivo al interés general.

**HERCE MAZA, Jose Ignacio. Luta contra a desinformação e liberdade de expressão e em formação na internet, riscos da intervenção da administração através do procedimento de ação contra a desinformação na Espanha**

La plataforma maldita.es formó parte del grupo de expertos Alto Nivel de la Comisión Europea contra las *fake news* y la desinformación. Elaboraron un Informe<sup>68</sup> que tuvo en cuenta en el Plan de Acción contra la Desinformación de 2018. En el precitado Informe defendían: a) una posición escéptica hacia cualquier regulación de contenido, b) un enfoque colaborativo con múltiples factores en el proceso, c) un proceso estructurado que documentase el progreso pero, sobre todo, recuerdan<sup>69</sup> que la propia Comisión señaló como una opción la creación de órganos de supervisión independientes, que investigaran las irregularidades denunciadas para fortalecer el apoyo y seguimiento de normas electorales sin que tenga que recaer en el Estado miembro.

Precisamente la Organización de Estados Americanos formuló una serie de recomendaciones para garantizar la libertad de expresión en procesos electorales en los que recomendaba a los miembros del poder ejecutivo la salvaguarda de una serie de mínimos, entre los que destacan, promover el acceso a internet, resguardar la neutralidad de la red y finalmente, proteger a periodistas y comunicadores.

En fin, como he señalado anteriormente cabe realizar intervenciones en la naturalidad de Internet si una cuestión de interés general lo exige, siempre respetando el núcleo esencial de la libertad de expresión y sus límites desde la proporcionalidad, lo mismo ocurre con la libertad de información.

Tal y como está configurado el procedimiento parece que podríamos encontrarnos ante un empleo partidista de este procedimiento contra la desinformación pervirtiendo el debate natural público en la medida en que sus actores están directamente vinculados al Poder Ejecutivo y con una participación de la sociedad civil que se torna residual.

En mi opinión, la clave de la lucha contra la desinformación debe recaer en organismos independientes o en verificadores privados como asociaciones de la prensa, verificadores independientes, plataformas ciudadanas... El principio de subsidiariedad reconoce el debido protagonismo a la sociedad civil en los aspectos que les son propios con lo que con una adecuada regulación marco, es una opción interesante proporcionar estas facultades a la ciudadanía.

La lucha contra la desinformación no es una estrategia política sino una necesidad de salvaguardar el interés general y un debate democrático sano, para lo que es necesario el empleo de mecanismos naturales sociales como el periodismo y la educación involucrando a todos los

<sup>68</sup> Cuyas conclusiones pueden encontrarse aquí: <https://maldita.es/maldita/2018/03/12/informe-del-grupo-de-expertos-de-la-comision-europea-un-enfoque-multidisciplinar-sobre-la-desinformacion/>

<sup>69</sup> MALDITA.ES, “Por qué un gobierno no debe decidir qué es verdad y qué no y por qué la lucha contra la desinformación no se puede hacer desde órganos no independientes del gobierno”, maldita.es, disponible en: <https://maldita.es/nosotros/2020/11/06/gobierno-verdad-no-lucha-desinformacion/>

HERCE MAZA, Jose Ignacio. Luta contra a desinformação e liberdade de expressão e em formação na internet, riscos da intervenção da administração através do procedimento de ação contra a desinformação na Espanha

actores de la sociedad civil limitando las intervenciones a la libertad de expresión a lo estrictamente necesario e imprescindible.

Como he señalado en los párrafos ulteriores, es fundamental la participación de la sociedad civil de manera clara y transparente a lo largo del proceso. Una participación real, inclusiva y que tenga efectos reales en la lucha contra la desinformación y no una ficción de participación en aras de legitimar decisiones arbitrarias.

La Orden de referencia prevé la participación de la Sociedad Civil en el proceso. La estructura, en el apartado 3 de la citada normativa, prevé su participación. En este sentido se señala que *las autoridades competentes podrán solicitar la colaboración de aquellas organizaciones o personas cuya contribución se considere oportuna y relevante en el marco de la lucha contra el fenómeno de la desinformación*. Aparece entonces la participación de la Sociedad Civil como una potestad discrecional teniendo por tanto las autoridades competentes libertad para decidir si cuentan o con su participación, así como para determinar quienes serán los que participarán en el sistema. Existe un evidente riesgo de que la Administración cuente con cuerpos intermedios afines a su sistema y no guarde un pluralismo necesario para salvaguardar la veracidad de la información ante la posverdad.

La propia norma considera que juegan un papel relevante en la lucha contra la desinformación los medios de comunicación, las plataformas digitales, la Universidad, el sector tecnológico o las organizaciones gubernamentales. Estas plataformas pueden luchar contra la desinformación desde diversas perspectivas: identificación, freno de difusión, formación... no obstante como ya indicaba, pese a reconocerles un papel relevante no articula unos mecanismos de participación coherentes con esta consideración.

Asimismo, quedan señaladas muchas incógnitas en relación con su configuración que abarca desde el sistema de selección de los expertos de la sociedad, su papel en la toma de decisiones o el juego que desempeñarán en los procesos en la medida en que carecen de una metodología adecuada.

### 5.3 La arbitrariedad en la valoración de la veracidad

La Constitución Española reconoce el derecho a la libertad de expresión y también a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (art. 21.1.d) CE). En este mismo artículo encontramos la protección jurídica a la libertad de expresión.

Para entender como funciona la libertad de expresión y el derecho a una información veraz es necesario acudir como referencia a la doctrina constitucional española recordando que las cuestiones relativas a los derechos fundamentales deben regularse a través de Ley Orgánica,

**HERCE MAZA, Jose Ignacio. Luta contra a desinformação e liberdade de expressão e em formação na internet, riscos da intervenção da administração através do procedimento de ação contra a desinformação na Espanha**

norma dotada constitucionalmente de un procedimiento de aprobación que implica una mayor legitimidad dada la exigencia de una mayoría superior que para las leyes ordinarias.

En fin, en el contexto de la Orden 1030/2020 se hace referencia a que el acceso a la información veraz y diversa es un pilar de la sociedad democrática. Es, por tanto, el derecho a recibir una información veraz el vinculado con la libertad de expresión y el que pivota en este caso para el control de la posverdad.

El derecho a la información cuenta con la vertiente relativa a ser informado sin que el Estado pueda manipular la información que los ciudadanos tienen derecho a conocer, y con el derecho a mostrar a la opinión pública información veraz, libre, efectiva, objetiva y plural vetando la censura previa en el texto constitucional<sup>70</sup>. Precisamente el Tribunal Constitucional ha caracterizado la libertad de información como el derecho a comunicar hechos y conductas veraces, vertidos con diligencia razonable, aunque puedan ser erróneos<sup>71</sup>.

Para nuestro Tribunal Constitucional información veraz es información comprobada según los cánones de profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias<sup>72</sup>. Este derecho a la libertad de información llega a ganar fuerza en relación con otros derechos de la personalidad siempre que reúnan los requisitos de veracidad e interés general cuya aplicación concreta es muy compleja tras un ejercicio de ponderación. El Tribunal Supremo en una sentencia de 7 de noviembre de 2011 ha hecho referencia a que la veracidad de la información no se refiere a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, más bien a negar protección constitucional a quienes transmitan rumores carentes de constatación o meras invenciones sin comprobar su realidad como profesional diligente, todo ello sin perjuicio de que su total exactitud pueda ser controvertida o incluya errores circunstanciales.

El problema radica en esta cuestión, en mi opinión, y atendiendo a los elementos necesarios para proteger la información a través del derecho a la libertad de información torna en la idea de veracidad de lo manifestado. La doctrina de nuestro Tribunal Constitucional señala que el requisito constitucional de la veracidad va dirigido contra las formas negligentes e irresponsables de la actividad informativa, no a favor de la verdad material de los hechos probados<sup>73</sup>.

Según la Orden parece que los órganos ya citados en este capítulo serán los protagonistas en determinar donde se encuentra la verdad o la veracidad de lo analizado, todo ello con una

<sup>70</sup> NUÑEZ MARTINEZ, M. A. "El Tribunal Constitucional y las libertades del artículo 20 de la Constitución Española", *Revista de Derecho Uned*, núm. 3, 2008, p. 295.

<sup>71</sup> SOLÓZABAL ECHEVARRIA, J. J., óp. cit.

<sup>72</sup> STC 105/1990, FJ 5.

<sup>73</sup> DE PÁRAMO, J. óp. cit., p. 586.

**HERCE MAZA, Jose Ignacio. Luta contra a desinformação e liberdade de expressão e em formação na internet, riscos da intervenção da administração através do procedimento de ação contra a desinformação na Espanha**

participación discrecional y residual de la sociedad civil y expertos. Se deja al control del poder gubernamental el análisis de la veracidad de lo informado a través de una solución absolutamente simplista, y que a mi criterio debiera recaer en todo caso en los órganos jurisdiccionales o estar bajo su control en sede de revisión. En mi opinión el grave riesgo es el ejercicio de control de veracidad que pueda arrogarse los distintos órganos actores del procedimiento contra la desinformación.

*5.4 De la inconstitucionalidad y nulidad de las actuaciones intervencionistas fuertes a la libertad de expresión*

Cómo se ha señalado con anterioridad, el la Orden que se está comentando no se prevén consecuencias más allá del emprendimiento de campañas informativas dirigidas por los órganos gubernamentales para luchar contra la desinformación en sus diversas formas. Nada se dice sobre potestades relativas a un intervencionismo fuerte como puede ser el secuestro de las informaciones, el bloqueo de las PSI, la censura o bloqueo previos, entre muchos otros.

Uno de los fundamentos básicos de un Estado de Derecho, por todos es conocido, es el principio de legalidad que alcanza una gran fuerza ante procedimientos sancionadores o restrictivos de derechos. Es un principio que se yergue como una verdadera garantía y fuente de nuestro texto constitucional<sup>74</sup>. En este sentido el art. 25 de la Constitución señala que *Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*. La ley debe preceder a la conducta sancionada y determinar el contenido de la sanción respondiendo al clásico principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege*<sup>75</sup>.

Un paso más allá nos lo proporciona el principio de tipicidad, que se refiere a la necesidad de que una conducta específica a la que se conecta una sanción administrativa ha de estar suficientemente descrita, y que, como el principio de legalidad, conecta con el principio de seguridad jurídica referido a la predeterminación normativa de las conductas y sanciones<sup>76</sup>.

La aplicación de mecanismos punitivos contra las supuestas campañas de desinformación que fueran más allá que campañas informativas serían nulos de pleno derecho, pudiendo anularse en virtud del art. 47 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>74</sup> MENENDEZ SEBASTIAN, E.M. “Los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Legalidad e irretroactividad. *Documentación Administrativa*, p. 65.

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> PERELLO DOMENECH, I. “Derecho administrativo sancionador y jurisprudencia constitucional”, 77 y 78.

**HERCE MAZA, Jose Ignacio. Luta contra a desinformação e liberdade de expressão e em formação na internet, riscos da intervenção da administração através do procedimento de ação contra a desinformação na Espanha**

Para mayor abundamiento, el art. 47.1 de la referida norma, castiga al acto administrativo de nulidad cuando vulnera derechos fundamentales como en este caso, los de libertad de expresión e información.

En fin, como señalaba anteriormente la norma no prevé consecuencias más allá de el empleo de campañas públicas de información ciudadana. Por ello todas las actuaciones fuertes y restrictivas de la libertad de expresión e información dictadas en el seno de este procedimiento y adoptadas por la Administración serían nulas de pleno derecho.

Asimismo, no debemos perder de vista que si se hubieran previsto sanciones y actuaciones limitativas de la libertad de expresión y de información afectarían a derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución. Estos derechos fundamentales se encuentran bajo la conocida como reserva de Ley Orgánica, que por afectar bienes constitucionales especialmente protegidos requieren una mayoría superior para su aprobación en las Cortes españolas. Así lo impone el art. 81 CE.

Por ello si hubieran regulado sanciones y limitaciones a estos derechos en el procedimiento previsto en la Orden hubiera sido de una inconstitucionalidad grosera y susceptible de control de constitucionalidad de las leyes por parte de nuestro Tribunal Constitucional y, con toda seguridad, su inconstitucional hubiera sido declarada.

## **6 Algunas propuestas**

No cabe duda que la desinformación y la posverdad son grandes preocupaciones en las sociedades contemporáneas. Así se ha puesto de manifiesto ante sus efectos nocivos, que han generado diversas reacciones por parte de la Unión Europea y Estados miembros.

La lucha contra la desinformación no implica una *patente de corso* de control de la libertad de expresión en internet ni de las informaciones que allí se encuentran. Creo que el procedimiento de control contra la desinformación en España podría haberse regulado de una manera muy distinta, promoviendo la seguridad jurídica, la participación ciudadana y una verdadera búsqueda de libertad de expresión e informativa.

Considero que hay preocupantes previsiones en la norma que podrían afectar a la libertad de expresión e información, por lo que las preocupaciones por parte de la sociedad y de los medios de comunicación no son infundados, con independencia de la no inclusión de sanciones y medidas más allá de las campañas informativas. En mi opinión:

HERCE MAZA, Jose Ignacio. Luta contra a desinformação e liberdade de expressão e em formação na internet, riscos da intervenção da administração através do procedimento de ação contra a desinformação na Espanha

- i) Creo que podría haberse constituido un organismo realmente independiente de la Administración o promovido la creación de entidades de la sociedad civil que favorecieran el control de la desinformación.
- ii) Considero que se otorga demasiado poder al Poder Ejecutivo para delimitar qué es o no desinformación y por tanto, de discriminar que considera veraz, lo que puede estar sometido a intereses espúreos y políticos.
- iii) Una buena medida para garantizar la imparcialidad en las valoraciones de veracidad y construcción de campañas contra la desinformación hubiera sido organizar comités de expertos completos en los que estuvieran representantes de medios de comunicación, sociedad civil... elegidos de una manera objetiva y plural.
- iv) Considero que la participación ciudadana prevista en la norma es residual y discrecional, lo que en mi opinión deslegitima de manera ostensible a las entidades que participarán del control.
- v) La aplicación de medidas y sanciones, al no estar previstas en la norma serían nulas de pleno derecho en un posterior control judicial si bien es cierto podría ocasionar daños muy graves hasta un otorgamiento de una medida cautelar suspensiva del acto (en el caso de que fuera concedida).
- vi) Asimismo, sería recomendable incluir una previsión que obligara a acudir a los mecanismos judiciales para contrarrestar las campañas de desinformación mediante los mecanismos jurídicos previstos.

España es un Estado Social y Democrático de Derecho que propugna como uno de sus valores fundamentales la libertad. Reconoce, como ya hemos visto, los derechos a la libertad de información y de expresión como fundamentales y les otorga una especial protección jurídica.

Considero que no veremos la creación de un Ministerio de la Verdad como el que vislumbraba Orwell porque en nuestro Ordenamiento jurídico existen frenos ante las posibles inmunidades o excesos del poder, lo que no implica negar la certeza de una máxima muy conocida en la teoría política que es la que señala como el poder tiende a expandirse.

## **7 Conclusiones: una buena administración para la defensa de la libertad en red**

En la lucha contra la desinformación se torna fundamental una buena administración que defienda y promueva los derechos fundamentales de las personas. Esta Buena Administración no solo debe estar presente a la hora de analizar la potestad sancionadora o

**HERCE MAZA, Jose Ignacio. Luta contra a desinformação e liberdade de expressão e em formação na internet, riscos da intervenção da administração através do procedimento de ação contra a desinformação na Espanha**

discrecional de la Administración, sino también en la aplicación de la regulación en y de Internet.

El marco normativo que regula el procedimiento de lucha contra la desinformación no está exento de riesgos para la libertad de expresión e información en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho que precisa de un debate público libre, real, efectivo.

La Red hemos señalado que es un espacio idóneo para el desarrollo de derechos fundamentales, especialmente de los anteriores. Por ello debe seguir siendo un espacio libre cuyo protagonista es la sociedad civil.

Reconociendo la necesidad de regular Internet por cuestiones de interés general considero que debe primar la autonomía de la sociedad para autorregularse. Siendo consciente de que es necesario establecer ciertos límites creo que deben establecerse de manera moderada, meditada y precisa restringiendo los derechos fundamentales de las personas lo mínimo posible.

Sentadas las premisas anteriores considero preocupante la dinámica de un procedimiento para controlar la desinformación que se nos presenta oscuro, cuya práctica real desconocemos, dirigido íntegramente por el gobierno y con una participación ciudadana escasa. Una articulación así genera graves riesgos para los derechos fundamentales y libertades públicas de las personas, esta vez en línea.

Precisamente por lo anterior me gustaría reivindicar la fuerza de una buena administración, derecho fundamental reconocido en la Carta Europea de Derechos Fundamentales en la medida en que será para la Administración un verdadero reto aplicar este procedimiento salvaguardando la dignidad y los derechos de las personas en su esfera pública en la *world wide web*.