

**LA DIFÍCIL RELACIÓN DEL
INSTITUTO DE LA OPINIÓN
PÚBLICA Y LOS PROCESOS DE
COMUNICACIÓN PÚBLICA EN
INTERNET: LA DESINFORMACIÓN
DESAFIANDO LAS GARANTÍAS
CONSTITUCIONALES**

ROSA MARÍA GARCÍA SANZ

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN II. IDENTIFICANDO EL PROBLEMA Y SU TRAYECTORIA. III. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES: LA IMPORTANCIA DE UN BUEN ENFOQUE. IV. DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL INSTITUCIONALES A LA COMUNICACIÓN PÚBLICA EN LAS REDES SOCIALES: LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES APLICABLES. V. REPENSANDO EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN INTERNET: UNA PERSPECTIVA DE SOLUCIÓN A LA DESINFORMACIÓN Y SUS EFECTOS EN LA DEMOCRACIA. VI. CONCLUSIONES

Fecha recepción: 26.02.2019
Fecha aceptación: 17.07.2019

LA DIFÍCIL RELACIÓN DEL INSTITUTO DE LA OPINIÓN PÚBLICA Y LOS PROCESOS DE COMUNICACIÓN PÚBLICA EN INTERNET: LA DESINFORMACIÓN DESAFIANDO LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.

ROSA MARÍA GARCÍA SANZ¹

Profesora Titular de Derecho Constitucional
UCM

1. INTRODUCCIÓN

El escenario actual de desinformación en Internet, que algunos denominan de forma amplia “trastornos de la información”² (*fake news*, posverdad, hechos alternativos, *bots* y otros fenómenos que “intoxican” las redes sociales, principalmente) ha reavivado³ el debate de la formación de la opinión libre y su impacto en el principio democrático y en las elecciones libres. Se buscan soluciones para recomponer la formación de la “opinión pública libre”: desde la industria y la tecnología, pasando por la intervención del Estado limitando libertades y el régimen de exclusión de responsabilidad de los intermediarios de la sociedad de la información, hasta las que provienen de las ciencias de la conducta. No hay soluciones sencillas para problemas com-

¹ Profesora Titular de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Ciencias de la Información Sección Departamental de Derecho Constitucional (Ciencias de la Información). Avda. Complutense, s/n. Ciudad Universitaria. 28040 – MADRID. Email: rosamaga@ucm.es

² Rubio Núñez, R. (2018). “Los efectos de la posverdad en la democracia”. *Revista de Derecho Político*, num.^o 103, septiembre-diciembre, p. 198

³ Entre muchos: Sunstein, Cass R. (2007). *Republic. Com 2.0*. N.J. Princeton University Press, p.p. 204

plejos. Y la causa no es una sino varias, por lo que las soluciones deben venir desde diferentes frentes.

Aquí se mantiene que, sin restringir la libertad de expresión e información de los ciudadanos, la actuación del Estado debería enfocarse en los elementos que propician el problema: a saber, el diseño y funcionamiento de los algoritmos; la transparencia de funcionamiento de las plataformas distribuidoras (intermediarios) y sus aspectos técnico-organizativos; sin ignorar, asimismo, la transformación de los factores de tiempo-espacio en Internet. Estos últimos propician cambios de contexto e interés (atención) de los mensajes. Observando las dinámicas de ejercicio del derecho a la información en la Red, y cómo interactúa con otros derechos (sobrepassando de *facto* sus límites), es posible detectar cómo los mensajes se vuelven problemáticos al descontextualizarse, e incluso captan una impredecible atención como consecuencia de la “viralización” y la diseminación descentralizada y sin control en Internet⁴. Se proponen límites a la descontextualización de los mensajes, para evitar una viralización con efectos problemáticos para los derechos fundamentales. Como el problema transita afectando a varios derechos fundamentales, una perspectiva transversal parece útil en este trabajo.

Internet, y las redes sociales en concreto, son complejos ecosistemas con gran diversidad de sujetos, mensajes, comportamientos y objetivos. No responden a la naturaleza y la lógica jurídica de los medios de comunicación social institucionalizados. Y es principio jurídico no tratar igual a los desiguales. No parece de sentido común imponer al usuario privado (al ciudadano) las mismas garantías y obligaciones constitucionales a las que se sujeta el profesional y los medios de comunicación social institucionales, que tienen presencia en Internet y también son usuarios en las redes sociales. Ahora bien, nuestro Estado social y democrático de Derecho debe “remover los obstáculos y promover las condiciones” (art.9. C.E.) para que el ejercicio de los derechos sea real para todos. Y ello podría conllevar algunas acciones para promover el pluralismo real: acciones legales sobre el diseño y funcionamiento de los algoritmos⁵

⁴ Aunque algunas plataformas de redes sociales han centralizado, Internet sigue siendo descentralizado.

⁵ A semejanza del caso *Grokster*: SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.* 545 U.S. 913 (2005). En principio, parece que este es el criterio que se adopta por la DIRECTIVA (UE) 2018/1808 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 14 de noviembre de 2018 (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), al señalar que “habida cuenta de la naturaleza de la relación de los prestadores con los contenidos puestos a disposición en las plataformas de intercambio de vídeos, las medidas adecuadas para proteger a los menores y al público en general deben guardar relación con la organización de los contenidos, y no con los contenidos como tales” (considerando 48). Sin embargo, más abajo, se dice “al aplicar las medidas apropiadas que deban adoptarse con arreglo a la Directiva 2010/13/UE, conviene implicar a los prestadores de plataformas de intercambio de vídeos en la medida de lo posible. Por lo tanto, debe fomentarse la corregulación. También debe seguir siendo posible que los prestadores de plataformas de intercambio de vídeos adopten medidas más estrictas con carácter voluntario...” (considerando 49). La llamada reiterada en el texto a la autorregulación, corregulación y establecimiento de medidas técnicas, ofrece a estos prestadores un

e inteligencia artificial (que evite la toma de “decisiones automatizadas” y el “profiling”⁶ con los datos personales y sin consentimiento, lo cual prepara el caldo de cultivo de las “fake news”); acciones sobre las plataformas de las empresas tecnológicas y algunas acciones para “revitalizar” el periodismo de credibilidad y referencia . Aquí se mantiene que, aunque las empresas tecnológicas deben asumir algunas responsabilidades legales, no deberían ser reconvertidas en empresas de comunicación institucionales, y sometidas al mismo régimen jurídico. La tarea de la tecnológicas debería limitarse a funciones técnico-organizativas y de moderación, como “desechar” de las plataformas “mecanismos técnicos maliciosos ” y “conductas maliciosas” o evitar inteligencia artificial sesgada y manipuladora, mostrar la trazabilidad de las comunicaciones y marcar los espacios problemáticos (*flags* o iconos), como medidas de transparencia (subrayando solo algunos aspectos), con lo que contribuirían a evitar la “contaminación” intencionada y maliciosa de la “conversación” en las red. Así mismo, contribuirían a detectar qué cambios de contexto de la información se muestran problemáticos y establecer, si fuera necesario, algún límite legal en este sentido.

El proceso de formación de la opinión pública es susceptible de interpretaciones diferentes. El Tribunal Constitucional (en consonancia con los altos Tribunales europeos) ha mantenido en numerosa jurisprudencia que el ejercicio de las libertades del art.20 CE _conforme al interés público informativo y a través de los vehículos de comunicación institucionalizados_, son la garantía institucional de la opinión pública libre, que manifiesta después el pluralismo político. Pero siguiendo una posición doctrinal proceduralista⁷ puede producirse un cambio de paradigma: si se interpreta que en las redes no se forma sino que se expresa la opinión pública en su pluralismo. Por supuesto, conforme al modelo democrático en el que se inscriba el ejercicio del derecho a la información, las soluciones a los problemas pueden ser distintas y utilizar mecanismos jurídicos diferentes. Es obvio que tanto en la UE como en USA la cuestión de las “fake news” está causando un gran daño democrático, pero el enfoque de solución puede ir en diferente dirección.

En países con sistemas democráticos liberales (“mercado de las ideas”), se redoblan los esfuerzos para encontrar soluciones técnicas automatizadas que detecten las “fake news” en las redes. Aunque, probada su insuficiencia y su grado de error, se va complementando con la acción humana (*fact checking*). Estos procesos colaborativos (inteligencia artificial-inteligencia humana) son largos y económicamente costosos y, por tanto, ineficaces. Así, podrían ser necesarias medidas legales. En la Unión Europea (UE), aunque se trata de evitar, por el momento, la legislación directa y se trabaja

amplio margen de maniobra jurídica, que les coloca casi en un papel de “legislador y juez” privado, al margen de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales.

⁶ Caso *Cambridge Analytica*.

⁷ Villaverde Menéndez, I., *Estado Democrático e Información: el derecho a ser informado*. Principado de Asturias, Oviedo, 1994, pp. 57-295. Algunos autores leen esta interpretación en la CE vigente.

multidisciplinariamente desde diferentes proyectos para encontrar soluciones⁸, no se puede ignorar que cierta legislación está impactando sobre el derecho a la información⁹. A nadie se le escapa la dificultad que comporta aplicar estas medidas, tanto técnicas como humanas o legales, pues requieren un delicadísimo equilibrio para no incurrir en una nueva censura o en restricciones vulneradoras del contenido esencial del derecho a la información. Y todavía resulta más inquietante si son impuestas, ya no por el Estado, sino por empresas tecnológicas privadas.

Algunos autores mantienen que el Estado realiza acciones de “censura previa” a través de las empresas tecnológicas y la inteligencia artificial para controlar los procesos de comunicación pública en Internet: “Censorship by proxy is when public authorities control communication or censor it through any number of intermediaries. Collateral censorship is when public authorities force intermediaries to control their users’ communication”¹⁰. Sin perjuicio del propio control que ejercen a través de sus normas de uso y algoritmos.

2. IDENTIFICANDO EL PROBLEMA Y SU TRAYECTORIA

Pudiera parecer que todos los problemas de la (des)información provienen de las prácticas ejercidas por los usuarios de las redes sociales en Internet. Sin embargo, tales problemas traen su origen, en buena medida, de la traslación del “periodismo de papel” al “periodismo digital” como si pudieran ser intercambiables, tanto en su faceta profesional/empresarial, como en el ejercicio individual de los derechos fundamentales por los ciudadanos y/o usuarios con todas sus consecuencias jurídicas en Internet. Precisamente, por no haber atendido debidamente los problemas que surgían, y el Derecho (de la Información) no haberse hecho cargo de la nuevas problemáticas, se han producido, para bien o para mal, diversas respuestas (estrategias informativas) que ya el periodismo tradicional no pudo afrontar. Al ignorarse la transformación del tiempo-espacio en Internet y su impacto en el negocio de las noticias, emergieron otras formas de competencia y otras formas explotación del

⁸ EUROPEAN COMMISSION (2018): *A Multi-dimensional Approach to Disinformation Report of the Independent High Level Group on Fake News and Online Disinformation*. Directorate General for Communication Networks, Content and Technology.

⁹ DIRECTIVA 2001/29/CE de 22 de mayo de 2001 (Directiva derechos autor en Internet); DIRECTIVA (UE) 2019/790 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE; Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000 ((Directiva sobre el comercio electrónico); REGLAMENTO (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016 (Reglamento General de Protección de Datos).

¹⁰ Pia Heldt, Amélie. (2019). “Upload-Filters: Bypassing Classical Concepts of Censorship?” 10 JIPITEC 57 para 1, p. 63 .

tiempo-espacio en los negocios de noticias y de información en general (el valor de la atención, viralidad, contextos, etc)¹¹.

El examen de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y/o del Tribunal de Luxemburgo (TJUE), referida a algunos derechos fundamentales (especialmente del derecho a la privacidad, datos personales, derechos de autor y derecho a la información)¹² muestran el impacto de las tecnologías digitales en los mismos y el esfuerzo por aplicar el Derecho vigente a las nuevas realidades, revelando sus deficiencias¹³. Resulta pertinente mencionar tres cuestiones prejudiciales ya resueltas por el TJUE, y que plantean esta tensión entre las libertades de expresión e información y los derechos exclusivos de autor: Asunto C-516/17 *Spiegel Online GmbH vs. Volker Beck*; Asunto C-469/17 *Funke Medien NRW GmbH vs. Bundesrepublik Deutschland*; Asunto C-476/17 *Pelham GmbH, Moses Pelham, Martin Haas vs. Ralf Hütter, Florian Schneider-Esleben*. Las preguntas al TJUE en *Spiegel Online* coinciden con algunas que el mismo Tribunal Supremo alemán ya había formulado en los casos *Funke Medien* y *Pelham*. Básicamente se pregunta: ¿Cabe una utilización justificada directamente por las libertades de expresión, información y medios de comunicación, al margen del sistema de límites de la Directiva de Derechos de Autor de la Sociedad de la Información? En las Conclusiones del Abogado General se pone de manifiesto la “vis expansiva” del derecho fundamental a la información, en tensión con el derecho de propiedad intelectual en los soportes digitales, y el esfuerzo por imponer los límites conforme al Derecho vigente, sin ignorar la posibilidad de modificar la legislación en el futuro. En *Funke Medien* el TJUE insiste en que hay que “salvaguardar el efecto útil” de los límites, cosa que tiene particular importancia cuando estos están al servicio de libertades fundamentales, en este caso dando prioridad al derecho a la libertad de información¹⁴.

Los sujetos, los usurios, no son solo sujetos pasivos, sino que se transformaron en productores/creadores; el mismo sujeto con su ordenador y el acceso a la Red despla-

¹¹ García Sanz, R.M., (2017) *Digital Journalism. Rethinking Communication Law to Support Democracy and Viable Business Models*. Academica Press, California.

¹² Citando algunas del TJUE: *Schrems* (C-362/14, 6 de octubre de 2015); *Satamedia* (C-73/07, de 16 de diciembre de 2008); *Svensson* (C-466/12, de 13 de febrero de 2014). O la serie de sentencias Google, como la del *derecho al olvido* (C-131/12).

¹³ Solís Ordoñez, D. (2015) “La reformulación de los derechos fundamentales en la era digital: privacidad, libertad de expresión y propiedad intelectual”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 25, 401-433

Freixes Sanjuan, T. (2003) “E Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de la comunicación”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo* Año 7. Núm. 15, p.p. 463-497

¹⁴ CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. MACIEJ SZPUNAR presentadas el 25 de octubre de 2018, Asunto C-469/17 (*Funke*); las presentadas el 12 de diciembre de 2018, Asunto C-476/17 (*Pelham*); y las presentadas el 10 de enero de 2019, Asunto C-516/17 (*Spiegel Online*). Funke Medien, STJUE 29/7/2019, C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623

Pelham, STJUE 29/7/2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624

Spiegel Online, STJUE 29/7/2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625

zaba a la empresa y al profesional de la información; las fórmulas de producción de mensajes se tornaron muy heterogéneas, pero todas competían en atención en el mismo tiempo-espacio digital (y no necesariamente en el negocio de las noticias). Existe heterogeneidad de sujetos por su naturaleza y objetivos. En este nuevo ecosistema, no existe un periodismo empresarial con fuerza suficiente para imponerse (en calidad y autoridad) al resto de los participantes en la Red. En cuanto al objeto del derecho a la información (mensajes en general) se vió desprotegido, sin que el Derecho diera una solución adecuada para salvaguardar no solo al negocio periodístico, sino la calidad del “producto”, del que tanto depende la democracia representativa. La falta o inadecuada respuesta del Derecho (reforzando y ampliando la protección al derecho de autor, creando formas de censura, etc...) provocaron reacciones y fenómenos: Las empresas tecnológicas (sujetos privados) han regulado de “facto” no solo con su tecnología (“code”¹⁵) sino con “condiciones de uso y privacidad”, creando regulaciones y “mundos normativos” paralelos¹⁶. El “code” (algoritmos, inteligencia artificial) impone el posible pluralismo informativo (burbujas/filtros/*echo chambers*). Este pluralismo no es el pluralismo convencional, con fin institucional. Y en este escenario, el Estado parece ausente o impotente.

Así las cosas, se han desplazado las soluciones del Ordenamiento Jurídico estatal y la Constitución a la tecnología, las empresas tecnológicas y las grandes organizaciones. Al surgir problemas (nuevos intereses), la respuesta es pretoriana: los ciudadanos y las organizaciones privadas hacen frente a manifestaciones desconocidas de los derechos (derecho al olvido, derecho de acceso a la información pública, derecho a la conexión a Internet, etc....). El Ordenamiento Jurídico no tiene, en principio, soluciones y las cuestiones prejudiciales son muy numerosas¹⁷. Las empresas¹⁸ y el software se adelantan y la jurisprudencia¹⁹ va abriendo caminos y creando nuevos derechos (los derechos a la protección datos personales, el derecho al olvido, derecho prestación en Red, etc)²⁰. Al no atenderse debidamente las nuevas manifestaciones del ejercicio del derecho a la información e imponer férreamente el Derecho en su concepción vigente “analógica” (derechos de autor, datos, proveedores de servicio y

¹⁵ Lessig, L. (1999) *Code and Other Laws of Cyberspace*. NY. Basic Books.

¹⁶ Pérez Luño, A-E (2016) “Nuevo derecho, nuevos derechos”. *AFD* (XXXII), pp. 15-36.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ El ejercicio del llamado “derecho al olvido”, nacido de la jurisprudencia del TJUE, y después consagrado por el Reglamento Europeo de Datos personales, está en manos de las empresas de los motores de búsqueda, principalmente Google. Solo si la noticia no es exacta puede acudirse a la vía judicial. Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 58/2018, 4 de Junio, que ha resuelto que el derecho al olvido también puede ejercarse frente a las hemerotecas.

¹⁹ Principalmente, sobre la relación entre el TJUE y el TEDH y los Tribunales Constitucionales nacionales, véase: Monográfico dedicado al TJUE (2017): *Teoría y Realidad Constitucional. Num. 39*. Y, especialmente: Punset Blanco, R., “Derechos Fundamentales y Primacía del Derecho Europeo antes y después del Caso Melloni”, pp. 189-212.

²⁰ La unidad, coherencia y sistematicidad de los derechos fundamentales resulta difícil al alterarse su contenido, y porque han surgido nuevos derechos que no se armonizan bien en el orden existente.

contenidos...) se han producido distintas reacciones: *verbi gracia* si se impide agregar contenidos, sin pagar por derechos de autor²¹, se inventan “fake news” y posverdad” e incluso se “crean” artículos periodísticos por inteligencia artificial; si no se puede disponer de datos personales para proveer servicios o contenidos, se viraliza lo propio y lo ajeno en las redes; o se utilizan plataformas de distribución gratis y libres que transmiten con volocidad, si no se respeta “internet neutral”.

Si bien los principios jurídicos del derecho a la información permanecen intactos²², su ejercicio en la Red cuestiona su contenido esencial en el entorno electrónico. A la luz de los cambios, se requiere “repensar” este derecho. El funcionamiento técnico de Internet y los factores tiempo-espacio digital se han hecho sentir en todos los derechos. Así, reciente legislación europea intenta afrontar nuevas realidades, y se observa una tendencia a una mayor limitación del derecho a la información. A diferencia de la evolución en la Red, donde el derecho a la información ha “fortalecido su músculo” y donde hemos asistido a un progresivo avance de nuevos derechos fundamentales, que expanden el contenido de las libertades informativas (véase el derecho de acceso a la información pública²³ corolario de la deseada transparencia informativa), la legislación europea manifiesta una voluntad de “contrarestarlo”. Inquieta observar el “acecho” de límites que pudieran darse con protexo de las “fake news” y la formación de la opinión pública libre. Sin obviar disposiciones que, aunque no encajan formalmente en el concepto técnico-jurídico clásico de “censura previa”, materialmente pueden subsumirse en el mismo²⁴.

El fenómeno de la desinformación es viejo. Rubio se pregunta: “Pero ¿estamos ante una realidad distinta? ¿O no es más que la versión 2.0 de la desinformación tradicional bautizada con una expresión feliz que ha hecho fortuna?” Y añade: “En todos ellos internet, en general, y las redes sociales, en particular, han jugado un papel relevante para la generalización de estas prácticas y su progresivo perfeccionamiento con bots que producen propaganda y la creación de medios de comunicación creados para explotar las redes sociales y los algoritmos de búsqueda logrando una amplia visibilidad y, lo que es más peligroso, una integración natural con otros contenidos”²⁵. Los algoritmos propician viralidad y visibilidad, y “aciertan” en situar “mensajes” teniendo en cuenta patrones de conducta de los usuarios (procesando sus datos personales), y potenciando así su eficacia. El problema viene dado ahora porque los factores

²¹ La llamada “tasa Google” para agregadores en España.

²² Sánchez Ferriz, R., y Corredoira y Alfonso, L., (2017) “La Compleja Configuración de un Derecho-libertad poliédrico, el derecho a la información. Referencias históricas”, *Revista de Derecho Político*, n.º 99, mayo-agosto, págs. 11-48

²³ Cotino Hueso, L., (2017) “El Reconocimiento y Contenido Internacional del Acceso a la Información Pública como Derecho Fundamental”, *Teoría y Realidad Constitucional*, num.40, 2 semestre, p.p. 279-316

²⁴ García Morales, M.J. (2013) “La Prohibición de la Censura en la era Digital”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013, pp. 237-276. Cierre de páginas web por la autoridad pública, la responsabilidad de los prestadores y la instalación de sistemas de filtrado de contenidos. p. 251.

²⁵ Rubio Núñez, R., o.c. 194

tiempo-espacio han cambiado y porque los algoritmos y la inteligencia artificial han llegado hasta donde no habían llegado antes, merced a la minería de datos.

3. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES: LA IMPORTANCIA DE UN BUEN ENFOQUE

Conviene en este momento hacer algunas precisiones conceptuales y terminológicas, pues la ambigüedad con que se utilizan algunos términos y conceptos, como el de opinión pública, información o el mismo de “fake news” o posverdad, pueden viciar todo el razonamiento y conducir a conclusiones erróneas o poco acertadas.

La ambigüedad que sufre el término “opinión pública” ya ha sido puesta de relieve con anterioridad²⁶, dando lugar a diversas significaciones equívocas, desde opinión publicada hasta público opinante. Este concepto jurídico indeterminado, también ha recibido un detallado análisis crítico por parte de la doctrina constitucional,²⁷ que consciente de su intrínseca naturaleza socio- política, afirma “se echa en falta en la citada jurisprudencia un concepto mínimamente matizado de la opinión pública”. Y añade, “el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los españoles Constitucional y Supremo hacen algo jurídicamente inaceptable: conferir a ese fenómeno sociológico el tratamiento de instituto jurídico vertebral del sistema constitucional de los derechos, lo que equivale a dar un salto lógico científicamente ilegítimo”²⁸. Se advierte así que la construcción jurisprudencial de la garantía institucional de la opinión pública, se convierte en la medida del ejercicio del derecho fundamental a la información.

El término “información” es utilizado por el Tribunal Constitucional (T.C) como sinónimo de mensaje de hechos o noticias (libertad de información), y a diferencia de la libertad de expresión (mensajes de opinión e ideas, o mensajes subjetivos en general)²⁹, pero puede conducir a error cuando la propia Comisión Europea ha propuesto el término genérico de “desinformación”(que abarca diferentes mensajes y realidades), como foco de análisis de su Informe ya citado: “The analysis presented in this Report starts from a shared understanding of disinformation as a phenomenon that goes well beyond the term «fake news»..... Disinformation as defined in this Report includes all forms of false, inaccurate, or misleading information designed, presented and promoted to intentionally cause public harm or for profit”. Así dentro del amplio espectro de la desinformación pueden identificarse otros mensajes, tales como las opiniones,

²⁶ García Sanz, R.M. (1990). *El derecho a opinar libremente*. Madrid: Editorial Eudema

²⁷ Véanse por todos: -Bastida Freijedo, F.J. (1990) *La Libertad de Antena*, Ariel, Barcelona, p.p. 221

-Torres del Moral, A. (2013). La opinión pública y su tratamiento jurisprudencial. *Constitución y Desarrollo político* (p.p. 1361-1396) Valencia: Tirant lo Blanch

²⁸ Ibid. p. 40

²⁹ El tratamiento jurídico que reciben estas libertades es distinto: STEDH de 15 de marzo de 2011, caso *Otegi Mondragón vs. España*

las ideas o la misma propaganda. No debería olvidarse que la doctrina del Derecho de la Información ha identificado, *mutatis mutandis*, en consonancia a la doctrina jurisprudencial del T.C., los distintos mensajes y su régimen jurídico³⁰. Solo cabe hablar de “verdad lógica o informativa” (veracidad) referida como elemento constitutivo de la noticia³¹, y no de otros mensajes como la opinión o la comunicación ideológica (propaganda), que tienen la subjetividad como elemento constitutivo de su naturaleza. Ambas gozan de un amplísimo espectro de libertad en su ejercicio, menor para las opiniones que requieren del proceso lógico de enjuiciar los hechos³² con las propias ideas (criterio), subjetivamente³³, y precisan, obviamente, de la previa existencia de noticias. Se sujetan, en consecuencia, a los límites legales de sus elementos.

Entendido el término “información” de forma genérica y como sinónimo de “mensaje”, puede trasladarse el término “desinformación” a cualquier mensaje con intencionalidad dañina o maliciosa, en palabras del Informe de la Comisión Europea, más arriba citado. Ahora bien hay que estar advertidos: las ideas y las opiniones son libres y no se las debe exigir “veracidad”, que es la garantía constitucional que se exige a las noticias que se difunden por los medios de comunicación social, tal como consta en la jurisprudencia del T.C.³⁴ y en la de los Tribunales europeos. La veracidad informativa coloca al periodista en el centro de la información, siguiendo a Azumendi³⁵. La verdad informativa (deber legal) es para el profesional y la empresa informativa³⁶, el ciudadano tiene, sin embargo, un amplio margen en el ejercicio de sus derechos de expresión e información, hasta los límites legales establecidos. Coinciidiendo con la apreciación de Azumendi, en cuanto al proceso de derivación de la “verdad informativa” en “veracidad informativa”, conforme Tribunal Constitucional, y que es exigida en tanto que “diligencia informativa”³⁷ a los profesionales de la información (pero no a los ciudadanos). La cuestión de “la verdad”, que sobrevuela como gran problema de la democracia y de la formación de la opinión pública, podría ser solo un problema creado o una cuestión mal entendida e incluso una visión inte-

³⁰ Desantes Guanter, J.M., at al., (1994) *Derecho de la Información (II) Los Mensajes Informativos*, Editorial Colex.

³¹ Ibid. p. 58.

Obviamente salvo que entremos en los límites establecidos constitucionalmente: entre muchas, STC 127/2003.

³² STC 112/2000, FJ 6

³³ Ibid. págs. 69 a 99

³⁴ Entre muchas: las SSTC 144/1998, FJ 2; la 4/1996, FJ 3 y la 112/2000, FJ 6.

³⁵ Azumendi, A., (2005) “De la verdad informativa a la “información veraz” de la Constitución Española de 1978. Una reflexión sobre la verdad exigible desde el derecho de la información” *Comunicación & Sociedad*, VOL. 18(2)/2005.

³⁶ SSTC 52/2002, FJ 6; 126/2003, FJ 3. Todas las personas son titulares del derecho pero solo los profesionales y la empresa informativa tienen el deber de diligencia y otras garantías constitucionales: Así, diligencia profesional básicamente significa: “seriedad del esfuerzo informativo” (STC 192/1999, FJ 4); “indagación de la veracidad de lo comunicado”, que concluye en “información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa” (STC 52/2002, FJ 6).

³⁷ SSTC 21/2002; 192/1999.

resada. Extrañan algunas afirmaciones en este sentido y cuando se afirma: “Un acuerdo sobre la existencia de la verdad y la posibilidad de alcanzarla vuelve a ser el fundamento indispensable de una verdadera democracia”³⁸ Aceptado el análisis del autor y el efecto cognitivo que provocan tanto la diversidad de mensajes y fuentes (procedan de donde procedan), como la misma tecnología y su funcionamiento en la Red, también es posible afirmar, siguiendo a Azumendi, que no se puede definir “noticia falsa” cuando no hay definición de “noticia verdadera”, y, por lo tanto, no es posible “un ministerio de la verdad”³⁹. Como bien ha sentenciado nuestro TC, “de tal forma que de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía jurídica sería el silencio.”⁴⁰ Entiendo que lo que realmente se necesita es una reflexión sobre la propaganda⁴¹ y su manifestación en Internet. Pues como afirma Rubio “Las «fake news» como reflejo del auge de la propaganda y la bajada en la credibilidad de los medios de comunicación presentan ciertas peculiaridades respecto a otro contenido que círcula por las redes, pero es precisamente el hecho de circular por las redes lo que convierte un contenido de propaganda tradicional en «fake news»⁴². Por otra parte, siguiendo el criterio “del ánimo de dañar” para caracterizar a las “fake news” utilizado por el grupo de expertos de la Comisión Europea, sería excesivo pensar que los ciudadanos tienen esa “mala intención” cuando dan su versión de los hechos o comparten contenidos (*disinformation/misinformation*). Y ésto hay que diferenciarlo de aquellos generadores (granjas o factorías de noticias falsas) que surgen con ese fin y que, además, utilizan estrategias y tecnología “ad hoc” para viralizar esos contenidos “maliciosos”.

Asimismo, el término de “fake news” es muy ambiguo y, aunque se intenta disecionar y diferenciar, no es más que la punta del iceberg de la llamada también “pos-verdad” que “sería por tanto la suma de dos factores: el contenido falso o engañoso, habitualmente con una alta carga emotiva, y la distribución masiva del mismo a través de canales tecnológicos y sus consecuencias”⁴³. La doctrina científica ha realizado una detallada caracterización de estos contenidos, así como de los instrumentos técnicos de detección de las mismas.⁴⁴ Y aún más, se declara a la verdad como “bien

³⁸ Rubio, R., o.c., 226

³⁹ Pauner Chulvi, C. (2018) “Noticias Falsas y Libertades de Expresión e Información”, *Teoría y Realidad Constitucional*, num. 41, p. 300

⁴⁰ STC 6/1998, 21 de enero, FJ 5

⁴¹ Parafraseando a Stanley Jason, “la propaganda peligrosa en una sociedad democrática es aquella que no es reconocida como propaganda”.

Jason, Stanley. (2015). *How Propaganda Works*, N.J.: Princeton University, p. 46

⁴² Rubio Núñez, R., o.c., p. 203

⁴³ Ibid. p. 203

⁴⁴ Alina Campan., Alfredo Cuzzocrea, Traian Marius Truta, (2017) “ Fighting Fake News Spread in Online Social Networks: Actual Trends and Future Research Directions”, *IEEE International Conference on Big Data(BIGDATA)*. Los autores distinguen entre las “fake news”: “clickbait, propaganda, commentary/opinion, humor/satire”. Incluso distinguen en razón a su distribución “misinformation (the

público ”⁴⁵. Ahora bien, quién suministra y administra ese bien, el público, los prestadores de servicios (intermediario y/o editores) o el Estado⁴⁶.

4. DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL INSTITUCIONALES A LA COMUNICACIÓN PÚBLICA EN LAS REDES SOCIALES: LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES APLICABLES.

Desde la temprana Sentencia 6/981 de 16 de marzo, el Tribunal Constitucional distinguió la doble dimensión el derecho a la información. Y fundamentó la función institucional de su ejercicio en la también temprana STC 12/1982, de 31 de marzo (*FJ.3*), donde sienta el concepto de opinión pública, cuyos fundamentos ha reiterado a lo largo del tiempo.

Dónde se centra el canon para medir si la transmisión de hechos merece ser tenida por información o si la emisión de opiniones merece igualmente su protección jurisdiccional, se pregunta Torres del Moral⁴⁷. Y asume que el canon se centra en los criterios o garantías que el mismo Tribunal ha establecido, entre ellos el interés público. Villaverde afirma “que el Tribunal Constitucional ha asignado al juez y a sí mismo la competencia de juicios valorativos sobre el contenido del mensaje y de selección de aquello que tenga a bien considerar “información” para conferirle una efectiva garantía constitucional. De esta manera el pluralismo se convierte en un resultado factico de lo que el juez entiende que viene jurídicamente exigido por esa opinión pública libre”⁴⁸.

Los órganos jurisdiccionales gozan de un elevado grado de apreciación para determinar qué conforma la opinión pública libre, ligada indisolublemente al pluralismo político, la cual se constituye en la base de nuestro Estado social y democrático de derecho. Y así se entiende que la “opinión pública es libre no porque los individuos actúan con libertad en el proceso de la comunicación pública, sino porque cumplen con las exigencias normativas del instituto que la objetiva constitucional-

distributor believes that the relayed news are true) and *disinformation* (the distributor is aware of the false facts)”, p.4453-4454

-Shivam B. Paikh y Pradeep K. Atrey, (2018) “Media-Rich Fake News Detection: A Survey” *IEEE Conference on Multimedia Information Processing and Retrieval*. Aquí se distinguen por las plataformas que las diseminan, y se categorizan métodos de detección, p. p. 436-441

-En cuanto a métodos de detección, véase también: V.L. Rubin, Y. Chen, and N. J. Conroy, (2015) “Deception detection for news: three types of fakes,” *Proceedings of the Association for Information Science and Technology*, vol. 52, no. 1, pp.1-4, 2015

⁴⁵ Ehsanfar A. y Mansouri M. (2018) “Incentivizing the Dissemination of Truth Versus Fake News in Social Networks” *2018 IEEE Conference on Multimedia Information Processing and Retrieval*, p.p. 430-435

⁴⁶ Véase: Balkin, Jack M. (2018) “Free Speech is a Triangle” *Columbia Law Review*. Vol.118,núm. 7.

⁴⁷ Torres del Moral., oc p. 1394

⁴⁸ Villaverde Menéndez, I., oc., p. 207-208

mente. Del mismo modo que hay información plural como consecuencia de la observancia de esas exigencias”⁴⁹.

a) *Reconduciendo la opinión pública*

Opinión publica libre necesaria en los procesos democráticos. Sin minimizar la problemática, hay que recordar que la juridificación por TC (en línea con los Tribunales Europeos) del concepto de opinión publica sigue siendo controvertida. Autores en el ámbito del Derecho Constitucional⁵⁰ ya criticaron la “nebulosa jurídica” que constituye el “instituto jurídico de la opinión publica”. Y aunque con el tiempo se ha convertido en una ficción jurídica cuyo significado damos por hecho, el razonamiento, en su juridificación y en su relación con el derecho a la información, reaviva sus contradicciones al plantearse la problemática de la desinformación en Internet. Tanto si se adopta una posición doctrinal liberal, donde el solo reconocimiento de las libertades informativas es condición suficiente para nutrir el mercado de las ideas; como si se adopta una posición doctrinal institucional —funcional— de los derechos fundamentales, parece que la aparición en la Red de desinformación, con las características que se dan en el ciberespacio, es un elemento disruptivo que impacta lo que se ha dado en llamar “opinión pública libre”. La posición institucional en la jurisprudencia del TC de las libertades informativas respecto a la “opinión pública libre”, contradice, según algunos autores⁵¹ la posición del texto constitucional español (1978), que opta, según su interpretación, por una posición procedural. La cual permitiría que el proceso de comunicación publica libre facilitara la “formación libre” de la opinión publica y no al revés⁵². Esta perspectiva procedural, que no presupone una concepción liberal del Estado necesariamente, podría explicar mejor los procesos públicos de comunicación en Internet. Pues trasponer los parámetros establecidos por el enfoque institucional del Tribunal Constitucional para los profesionales y las empresas informativas convencionales e institucionales (máximos garantes de la opinión pública libre) a las plataformas de redes sociales y sus usuarios, implica no conocer la naturaleza de estas últimas (aunque mucho se puede fiar a las medidas técnicas)⁵³, e ignorar el exigente escrutinio necesario respetando todas las garantías. Salvo que, sin escrúpulos, se acepte que las empresas privadas tecnológicas (interme-

⁴⁹ Ibid. p. 208

⁵⁰ Torres del Moral, A. (2013), o.c, p.p. 1361-1396

⁵¹ Bastida Freijedo, F.J. (1994). *El Régimen Jurídico de la Comunicación Social*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, p. 11

Villaverde Menéndez, I. (1994). o.c. p. 229

⁵² Bastida Freijero, J.F., o.c., p. 11

⁵³ Estas plataformas (*Facebook*) están diseñadas para la publicidad y la persuasión. Y por su multiplicidad de sujetos, mensajes y elementos son muy complejas. El conocimiento y control se realiza por algoritmos. El TJUE muestra la dependencia en las medidas técnicas para ejecutar su decisiones: STJUE en el asunto C-18/18 Eva Glawischnig-Piesczek vs. Facebook Ireland Limited. Apartado 46.

diarios)⁵⁴ y sus algoritmos (y toda la inteligencia artificial disponible) actúen como “proxy” para un control de contenidos (*ex ante* y *ex post*), desconociendo las garantías constitucionales, aunque formalmente estén proclamadas. En este sentido, es cierto que la jurisprudencia europea de derechos humanos camina en esa dirección, como se pone de manifiesto en las SSTEDH: *Case of Delfi as v. Estonia* (Application no. 64569/09) 16 June 2015; *Case of Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu zrt v. Hungary* (Application no. 22947/13) 2 February 2016; *Case of Magyar Jeti zrt v. Hungary* (Application no. 11257/16). Final 04/03/2019. Se impone un fuerte límite de control respecto a los contenidos de terceros (generados por los usuarios) en las plataformas de noticias (prestadores editores e intermediarios), sin diferenciarlos prácticamente. En las dos primeras, el funcionamiento de los filtros es determinante, pues se requiere que “examinen” antes de la publicación y, además, el control posterior técnico-humano casi inmediato, pues el bien conocido “*notice-and-take-down system*” ya no parece suficiente. En la última sentencia, se entiende que tanto los medios impresos y audiovisuales tradicionales como los nuevos media en Internet tienen un papel democrático como “*public watchdog*”, al tiempo que se hace una llamada a documentos internacionales donde se reconoce diferencias entre ambos.

Me alineo con cierta doctrina que exige un cambio de paradigma⁵⁵ en cuanto a los instrumentos y sujetos implicados en la lucha de la desinformación, por el impacto que, especialmente, las redes sociales tienen en la formación de la “opinión pública libre”. Preguntarse cuándo estamos ante desinformación propiamente (hay supuestos bien identificados) y cuándo ante mensajes que simplemente no encajan en la “institucional horma legal” de la opinión pública, puede ayudar a clarificar el problema. La abstención durante años del Estado respecto a los procesos de comunicación pública en Internet, transformó la formación de la opinión pública. Para después intentar su “reconducción” mediante lo que se ha llamado “censura indirecta” a través de las empresas intermediarias de la comunicación, restringiendo progresivamente el “*safe harbor*” (exclusión de responsabilidad siempre que la actividad sea técnica y neutra). Esto se ha producido especialmente en tres supuestos: el cierre de páginas web por la autoridad pública, la responsabilidad de los prestadores intermediarios por los contenidos de usuarios, y la instalación de sistemas de filtrado de contenidos telemáticos (se verá después detalladamente).

b) *Desafío de garantías*

Si más arriba se recogían posiciones críticas por el alto grado de apreciación (incluso arbitrariedad) de jueces y tribunales al enjuiciar qué mensajes conforman la

⁵⁴ Por todos: Peguera Poch, M. (2016) “Los prestadores de Servicios de Internet”, en López-Tarruella Martínez, A., *Derecho TIC*, Valencia, Tirant lo Blanch, p.p. 77-101. Describe el régimen de exclusión de responsabilidad de los intermediarios y las diferencias entre los distintos servicios.

⁵⁵ Pauner Chulvi, C. , o.c . p. 316

opinión pública en el actual régimen, la actuación de las empresas tecnológicas privadas y sus algoritmos “gobernantes”, ignorando todas las garantías constitucionales (jurisdiccionales, normativa u orgánicas), podría razonablemente escandalizar.

Las garantías a las que deben sujetarse las libertades del artículo 20.1 a y d) CE, que el T.C. ha ido depurando a lo largo del tiempo y que han dotado de protección y seguridad jurídica a los procesos de comunicación pública, se resumen a continuación: Libertad de información, el requisito de la veracidad, entendida en términos de diligencia informativa y solo exigida a los profesionales de la información; su posición preferente se impone si recae sobre asuntos generales y personas públicas⁵⁶. Libertad de expresión (opiniones e ideas): máxima amplitud de protección⁵⁷ y posición preferente siempre que verse sobre asuntos públicos de interés general⁵⁸ (sin incurrir en sus límites, la violencia y el insulto). La prohibición de censura previa y la preceptiva resolución judicial para el secuestro de las publicaciones⁵⁹ (art.20.2 y 5 CE. La ponderación de la naturaleza pública o privada de las personas⁶⁰ o los asuntos de los que se informa, si son de interés general para la comunidad, para legitimar la comunicación. La posición preferente⁶¹ del derecho a la información respecto a otros derechos fundamentales, si se da ese interés público general. Protección reforzada cuando el ejercicio de estas libertades son ejercidas por los profesionales de la información a través de los vehículos o medios de comunicación social institucionalizados⁶². Y dirigidas también exclusivamente a los profesionales de la información, el secreto profesional y la cláusula de conciencia (art. 20.1.d CE). Y todo con la salvaguarda de lo establecido en los arts. 53 y 81 CE (reserva de ley orgánica y reserva jurisdiccional).

La doctrina cuestiona si es trasladable la protección constitucional de los medios de comunicación tradicionales a todas las innovaciones tecnológicas y la eficacia de muchas de esas normas, tanto las que sirven para garantizar derechos fundamentales como las que construyen un estatuto profesional que ha regido la actividad informativa en España desde la Constitución de 1978. Y de lo que parece no caber duda es de “los riesgos que para el ciberperiodismo entrañan, desde el punto de vista de la prohibición de censura previa y la reserva jurisdiccional en materia de derechos, la incorporación de un control de contenidos realizado por los actores privados que participan en el despliegue técnico y político de la red”⁶³. El impacto en la “opinión

⁵⁶ Entre otras muchas: SSTC 134/1999; 171/1990; 52/2002

⁵⁷ STC 20/1990

⁵⁸ Sin duda, es la STC 192/1999, la que mejor ha definido qué debe entenderse por asunto con “interés público”.

⁵⁹ STC 31/1994 de 31 enero.

⁶⁰ Entre muchas, STC178/1993 de 31 de mayo.

⁶¹ STC 165/1987, de 27 de octubre.

⁶² STC 165/1987, de 27 de octubre. Una crítica al respecto en: Bastida Freijedo, F. o.c. p.13 y ss

⁶³ Miguel Bárcena, J.(2016) “Las transformaciones del derecho de la información en el contexto del ciberperiodismo”. *Revista de Estudio Políticos*, 173, 141-168.doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc-rep.173.04>, p.143

pública” ha sido indudable, pues los actores principales que colaboraban en su formación se encuentran en plena transformación y crisis.

De Miguel afirma que los nuevos soportes digitales y las nuevas prácticas del ejercicio del derecho (profesional o ciudadano) suponen “una transformación enorme en la forma en la que se expresaba el pluralismo político a través de los medios de comunicación impresos. Esa transformación ha ido diluyendo y debilitando la función que jugaban principalmente los periódicos en la conformación de la opinión pública, lo que desliza un cambio cultural importante que ha tenido consecuencias muy apreciables”⁶⁴. Al hilo de estas reflexiones, hay que convenir que ni las garantías pueden seguir interpretándose de la misma manera ni la opinión pública puede seguir sujetándose a los mismos parámetros. De ahí que no se defienda trasladar una legislación de la realidad analógica a un mundo digital: el resultado muestra que se desnaturaliza sistemáticamente el derecho a la información en su configuración constitucional y que la opinión pública no se forma libremente, pues los procesos de comunicación pública son libres solo aparentemente.

Excede a los límites de este trabajo un análisis en profundidad, pero conviene resaltar:

Los sujetos del derecho a la información: usuarios, empresas (editoras y/o intermediarios) y profesionales no deberían someterse a los mismos derechos y obligaciones. Y ésa podría parecer la perspectiva de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual del 2018, al diferenciar entre el titular de la plataforma de distribución e intercambio de vídeos (intermediario, sin responsabilidad editorial), de los prestadores de servicios audiovisuales presentes en la misma (con responsabilidad editorial), y de los propios usuarios que generan contenido audiovisual en la plataforma. Sin embargo, finalmente todos acaban sometidos a la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual del 2010, si cumplen con el “objetivo principal” y los contenidos generados por los usuarios constituyen la “funcionalidad esencial de la plataforma”. Si las plataformas de distribución deben monitorizar y responder (*ex lege*), pierden la libertad que las ha permitido proveer con multiplicidad de fuentes y medios a la pluralidad informativa (*collateral censorship*). Además, si deben filtrar mensajes, se convierten en “censores y jueces” impropriamente (*censorship by proxy*), ignorando las reservas de ley y jurisdicción. Y si los ciudadanos participan en el proceso de comunicación deberían responder por sus mensajes libremente⁶⁵ (el anonimato no es posible en la red) y ejercer su autonomía de la voluntad (que debe ser real e incluir la posibilidad de discrepancia para evitar ciertos controles impuestos en las normas del servicio, pues, en caso contrario, podría incurrirse en una grave injerencia en sus libertades). El ciberespacio se “teje” principalmente con la contribución de contenidos de usuarios, a los que no se debería limitar su derecho exigiéndoles un ejercicio

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ La doctrina del TC del “reportaje neutral” para determinar la responsabilidad de los usuarios podría aquí ser útil. Véase por todas: STC 76/2002, de 8 Abril, FJ 4

profesional del mismo. Sin embargo, la tendencia parece ser la contraria. Así por ejemplo, la citada Directiva de Servicios de la Comunicación Audiovisual de 2018 explícitamente señala, y no sólo para plataformas de intercambio de vídeos, que “esta circunstancia también concurre respecto de los servicios de medios sociales, que se han convertido en un importante medio para compartir información, entretenér y educar, en particular mediante el acceso a programas y a vídeos generados por usuarios. Estos servicios de medios sociales deben incluirse en el ámbito de aplicación de la Directiva 2010/13/UE porque compiten por la misma audiencia e ingresos que los servicios de comunicación audiovisual. Además, esos servicios también tienen un impacto considerable, ya que ofrecen a los usuarios la posibilidad de conformar las opiniones de otros usuarios e influir en ellas” (considerando 4). **Objeto:** no todos los mensajes deben recibir el mismo tratamiento jurídico ni las mismas garantías. Y cuando se habla de “desinformación” todos los mensajes se tratan igual, incurriendo en la vulneración de las libertades de expresión e información.. El **contenido esencial** (recibir, difundir e investigar mensajes) sistemáticamente no se respeta, desde el momento en que los algoritmos nos impiden la recepción y acceso a algunos mensajes y fuentes, y nos proveen de otras, viciosamente, prescindiendo de nuestra voluntad. Lo evidencia, por ejemplo, nuestras búsquedas en los motores como Google. La difusión se nos puede impedir si los algoritmos “censores” califican nuestro mensaje como ilícito (*Caso Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index*). Pero además, compartir, dirigir un enlace (*Caso Magyar Jeti zrt v. Hungary*) o retuitear pueden ser actos de responsabilidad penal. **Medios:** La no restricción en la creación de *blogs* o *webs* no significa que la creación de medios digitales esté garantizada, pues, por ejemplo, la posible falta de neutralidad en la Red los hace impracticables. Aunque los prestadores de servicios de la sociedad de la información no están sujetos a ningún régimen de autorización previa, sí lo están si prestan ciertos servicios de telecomunicaciones que requieren del espacio radioeléctrico.

Las empresas informativas y los medios de comunicación “convencionales” reconvertidos en digitales, podrían seguir recibiendo *mutatis mutandis* el mismo tratamiento jurídico (editores) y sus profesionales el mismo estatuto profesional constitucional. Pero tal estatuto no debería incluir a los ciudadanos en la Red. Se precisa diferenciar sujetos, espacios, obligaciones y responsabilidades. Las empresas tecnológicas privadas y titulares de las **plataformas de distribución**, no son empresas informativas al uso, y su naturaleza y funcionamiento radicalmente diferente a los medios de comunicación tradicionales. Reconvertirlas en “empresas informativas digitales”, sometiéndolas a la legislación vigente, podría significar la forma de intervención del Estado para recomponer la institucionalización democrática. Entiendo que esta solución debería desaconsejarse (a sabiendas de que ya se ha iniciado). Al dotarles de esa protección reforzada, tanto por el derecho de veto y *la culpa in vigilando* propio de editores como por el recurso del “interés público”, se les dotaría —en materias de derecho a la información, datos personales o de derechos de autor, etc,— de ventajosas facultades que se intensificarían por la tecnología de la inteligencia

artificial. En último término, controlarían mediante una red mundial los procesos de comunicación. Pero no sólo porque se les dotaría de superpoderes (tecnológicos y legales) de difícil control, sino porque entiendo que en su naturaleza neutral y de mera función técnica sirven mejor al derecho a la información y a la democracia.

En la situación actual, la opinión pública y el pluralismo informativo⁶⁶ están afectados. La opinión pública no se somete a garantías constitucionales (que se muestran rebeldes) y el pluralismo es otra cosa en Internet: no se satisface por la diversidad de fuentes de información que, en principio, son muchas a disposición; pero, como Pauner reconoce, a través de la tecnología que filtra y personaliza la información que recibimos en la Red, se “impide que dos personas jamás encuentren la misma información aunque empleen los mismos términos de búsqueda”⁶⁷. De manera que se muestran y ocultan fuentes de información dependiendo de cada sujeto, lo que no permite la formación de una opinión pública que facilite consensos. Esto unido a la desinformación que se introduce y los flujos de información descentralizados en Internet, no es una buena noticia para la Democracia. “Inevitablemente, garantizar los derechos del público, el derecho a recibir información, impone la garantía del pluralismo informativo y, por tanto, una determinada estructura jurídica del proceso de comunicación pública”⁶⁸. Estructura del proceso de comunicación que no se ha transformado de *iure* pero sí de *facto*. Se hace una llamada aquí, por tanto, a observar la posición del público en el proceso de comunicación pública en las redes, cuya opinión y voluntad política deben formarse libremente y en condiciones de igualdad; asímismo, observar cómo se produce o reduce el pluralismo informativo. En los últimos años hemos asistido a la mayor “privatización de control de contenidos” en los procesos de comunicación pública: Esta tendencia se observa tanto en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Casos Delfi; Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index; Magyar Jeti*), como en el Tribunal de la Unión Europea (*Satamedia o Google España*). Igualmente se ha ido extendiendo e incluyendo la misma regulación jurídica a “medios” que no son de comunicación convencional. Todo ello muestra que una nueva realidad va abriéndose camino lentamente, incluyendo a nuevos sujetos como garantes de la opinión pública.

Internet libre es una oportunidad (perdida) para no conformar la opinión pública, sino para que “sea” la opinión pública. Sin embargo, el tratamiento interesado de datos y los intereses oscuros de quienes se esconden detrás de las redes y la tecnolo-

⁶⁶ Véanse: IGNACIO VILLAVERDE (2003) “Los derechos del público: la revisión de los modelos clásicos de «proceso de comunicación pública» *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 23. Núm. 68. Mayo-Agosto, p.131

También, ARTEMÍ RALLO LOMBARTE (2000) *Pluralismo informativo y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia

⁶⁷ Pauner Chulvi, C., o.c. p. 303

⁶⁸ Villaverde Menéndez, I., *Ibid.* p 131 . Se advierte en Internet, cómo las garantías constitucionales, tanto por el lado de los usuarios en el libre ejercicio de la libertad de expresión, como por el de los titulares de empresas tecnológicas que no observan garantías de reserva de ley orgánica y reserva jurisdiccional, están comprometidas en los procesos de comunicación pública.

gía⁶⁹, mediante algoritmos e inteligencia artificial al efecto, transforman las redes en instrumento de fines electorales, económicos, etc. Y mientras que el Estado garantizaba “la opinión pública libre” mediante requisitos constitucionales impuestos a las libertades informativas —garantía institucional—, en los medios electrónicos el Estado ha sido un actor ausente y han sido las empresas tecnológicas las que han “moderado” la opinión pública y el pluralismo. Y no solo mediante sus reglas (condiciones de uso y privacidad) sino, sobre todo, con su tecnología: son los algoritmos y su funcionamiento los que deciden (“quién” y “qué”). Y lo hacen, básicamente, utilizando los datos personales de los usuarios y observando sus patrones de comportamiento, en otras palabras, su privacidad. Se puede afirmar que quien controla los datos personales controla los flujos informativos.⁷⁰ La experiencia ha demostrado cómo las principales tecnológicas controlan los datos personales (Google, Facebook, Tweeter, etc), y lo hacen, presumiblemente, con el consentimiento explícito de los usuarios y con una tecnología diseñada para funcionar transitando por los datos personales y las conductas privadas de los mismos. Incluso más, aunque de forma impropia, pues formalmente se respeta la Constitución, *de facto*, estos sujetos privados imponen “censura previa” y “secuestro no judicial de los contenidos” al decidir qué publican y cuándo se retiran ciertos contenidos, mediante sus condiciones de uso. La Ley de la Sociedad de la Información, Ley 34/2002, de 11 de Julio (LSSI), ha permitido una amplia libertad a estas empresas, pues la fórmula de responsabilidad establecida en la Directiva 2000/31/CE, y la propia LSSI que la implementa, es que los prestadores de servicios no tienen un deber de control de contenidos que no sean propios⁷¹. La redefinición del concepto constitucional de censura⁷² parece necesario en el nuevo escenario tecnológico, con el fin de que estas empresas privadas no sustituyan al Estado en una materia tan delicada como son los derechos fundamentales. Cuestión

⁶⁹ Pauner, C., o.c., p. 302-304.

Para entender por qué se generan y cómo se diseminan las “fake news”: -Nir Kshetri y Jeffrey Voas (2017) “The Economics of “Fake News”, IEEE Computer Society, IT PRO, November/December.

-Alina Campan., Alfredo Cuzzocrea, Traian Marius Truta, (2017) “ Fighting Fake News Spread in Online Social Networks: Actual Trends and Future Research Directions”, IEEE International Conference on Big Data(BIGDATA).

⁷⁰ García Sanz, R.M., (2017) *Digital Journalism. Rethinking Communication Law to Support Democracy and Viable Business Models*, o.c.

Tandoc, E. Wei Lim, Z. & Ling, R. (2017) «Defining “Fake News”», Digital Journalism, 811,2017.Págs.117.(<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/21670811.2017.1360143>)

⁷¹ Art.16 de la LSSI. Nótese que la exigencia de veracidad o diligencia, o de veto de contenidos, viene exigida por el editor (o el director) del medio de comunicación, y no como prestador de servicios de la sociedad de la información. Se ha visto en la citada Directiva de 2018 de Servicios de la Comunicación Audiovisual (considerando 48 y 49), que se exige al titular de la plataforma de intercambio el difícil equilibrio entre respetar la Directiva 2000/31/CE y aplicar al mismo tiempo la Directiva del 2010 de Audiovisual, para finalmente hacer una llamada a la autorregulación y a la corregulación e incluso a establecer voluntariamente medidas más estrictas que las legales.

⁷² Teruel Lozano, G.M., (2014) “Libertad de Expresión y Censura en internet” *Estudios de Deusto*, Vol. 62, Núm. 2 . Y el ya citado de Morales, J.M.

que se ha puesto de relevancia por el asunto del uso de “filtros” para decidir los contenidos a publicar⁷³. Aunque curiosamente, a veces, la legislación alienta a estas empresas a su implantación. La nueva Directiva de Derechos de autor contiene alguna previsión al respecto⁷⁴.

Con la LSSI, y sus sucesivas modificaciones, el Estado emprendió la regulación del derecho a la información en Internet⁷⁵. Ha regulado el cierre de páginas webs. Y mientras la cuestión de la censura previa solo ha podido ser salvada con una interpretación gramatical del art. 20.2 CE, la cuestión de la reserva jurisdiccional en relación con el derecho a la comunicación queda seriamente debilitada. Y lo mismo podría añadirse respecto a la reserva de legalidad (ley orgánica), para regular derechos fundamentales. Ha sido para salvaguardar los derechos de propiedad intelectual donde se muestra, claramente, este proceso debilitante, que bien describe Bárcenas, “el cierre de páginas *web* constituye la interrupción del servicio (bloqueo e imposibilidad de acceso provisional) y la retirada de contenidos. En su redacción inicial, la LSSI previó que el cierre correspondía a los «órganos competentes», de forma que se abría la posibilidad de que las autoridades administrativas también pudieran ordenar una medida tan grave para las libertades del art. 20 CE”⁷⁶. Más tarde, sin embargo, “la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, reformó el procedimiento, manteniendo la autorización judicial únicamente para la ejecución de la medida de colaboración dirigida al prestador de servicios de intermediación correspondiente. Las sucesivas modificaciones de la Ley de Propiedad Intelectual y de la Comisión de la Propiedad Intelectual, dependiente del Ministerio de Cultura⁷⁷, han terminado por sentar la procedencia de que un órgano administrativo pueda cerrar una página *web* sin control judicial. Se ha entendido que, al tratarse de un control a posteriori, no se incurría en la censura previa prohibida por la CE, aunque, cabe advertir que, desde el punto de vista material, la intervención de un órgano administrativo podría estar vulnerando la reserva

⁷³ Resulta interesante la saga de sentencias *SABAM* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha declarado contrario al art. 11.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión la aplicación concreta de un sistema de filtrado realizado en Bélgica mediante orden judicial para salvaguardar derechos de propiedad intelectual. SSTJUE C-70/10, *Scarlet c. SABAM* y C-360/10, *Netlog c. SABAM*

⁷⁴ El Art.17 introduce las controvertidas obligaciones de licencia y filtrado para las grandes plataformas de contenidos. En principio, estableció que estas plataformas obtuvieran licencias y filtraran contenidos para bloquear los infractores, ignorando lo referido al “puerto seguro” de los proveedores de servicios (doctrina del TJUE en *Google France* (C-236, 238/08) y *eBay* (C-324/09) y con la prohibición de una obligación general de filtrado). Después rectificó el Parlamento que redujo el alcance de esta disposición, y la limitó a los proveedores de servicios “de intercambio de contenidos” que almacenen, faciliten acceso público de prestaciones protegidas, con fines lucrativos, “cargadas por sus usuarios”, y excluyendo las empresas pequeñas.

⁷⁵ Art. 8.1 de la LSSI: El cierre de páginas *web* en caso de vulneración de una serie de principios, que coinciden con los límites a la libertad de expresión e información tanto del CEDH como de la CDFUE.

⁷⁶ o.c.

⁷⁷ Los actuales artículos de la ley 193.1, 3 y 4 LPI

jurisdiccional en materia de derechos. El Tribunal Supremo, hace tiempo, respaldó la legalidad de la medida⁷⁸. Efectivamente, el Gobierno aprobó en abril de 2018 un Real Decreto-Ley (RD-Ley 2/2018, de 14 de abril), que posteriormente se convalidó por Ley⁷⁹. En esta Norma se introduce la eliminación de la necesidad de intervención judicial para la ejecución de medidas de interrupción del servicio o retirada de contenidos adoptadas por la Sección (apartado 6,b).

Desde el mismo ámbito de la propiedad intelectual, la nueva Directiva sobre Derecho de Autor en el Mercado Único Digital ha introducido una disposición⁸⁰ que impacta en el derecho a la información, y habrá que esperar a comprobar si incentiva la labor periodística de los medios de comunicación o por el contrario estimula la “invención” de noticias por otros prestadores. Pero no solo en este campo, también desde el Reglamento Europeo de Protección de Datos Personales⁸¹: aunque el Estado ejerce su acción para que los datos personales no estén totalmente a merced de estas empresas (base jurídica de tratamiento y restricciones en cuanto a su uso), a la vez, se vale de estos medios electrónicos en el mismo Reglamento mediante disposiciones que facilitan al Estado (a través de los partidos políticos) una labor de tratamiento de datos personales (por interés público) con fines electorales, que podría conllevar un *chilling effect* en el ejercicio del derecho a la información por los ciudadanos. La Ley española de adaptación introdujo un nuevo artículo en la Ley Orgánica Electoral⁸², que autorizaba a los partidos políticos en ese sentido.

Aceptando que el Estado⁸³ debe necesariamente actuar para paliar la problemática de la desinformación, y para ello debe poner su mirada en el lugar correcto: no centrarse en restringir el ejercicio de las libertades de los ciudadanos (socavando las garantías de los derechos fundamentales), sino en algunos aspectos de las empresas tecnológicas⁸⁴ (sin reconvertirlas en empresas informativas) y en la tecnología que determina el ejercicio de los derechos fundamentales (algoritmos e inteligencia arti-

⁷⁸ La Sentencia de 31 de mayo de 2013

⁷⁹ Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017.

⁸⁰ Conforme con el Art.15, los Estados miembros deberán reconocer un nuevo derecho afín a los editores de publicaciones de prensa que les permita autorizar la agregación y búsqueda de contenidos periodísticos durante 2 años desde su publicación. En principio este nuevo derecho no afectaría a los enlaces ni a los usos legítimos y no comerciales realizados por personas individuales.

⁸¹ Considerando 56.

⁸² Ley Orgánica 5/1985, de 19 de Junio, del Régimen Electoral General: Art. 58 bis, anulado por el Tribunal Constitucional.

⁸³ Teruel Lozano, G.M., (2014) “Libertad de Expresión y Censura en internet” *Estudios de Deusto*, Vol. 62, Núm. 2, p. 13 “la intervención estatal puede ser necesaria para lograr salvar esas barreras (económicas o culturales, procedentes de los intermediarios o impuestas por la estructura del mercado) que dificultan la garantía del pluralismo en la Red y el acceso universal a la misma”.

⁸⁴ Ibid. p. 3

ficial). Y ésto puede significar no solo actuar desde la posición liberal de mercado, sino también desde la posición de Estado social y democrático de derecho, con fórmulas inclusivas de la formación de la opinión pública desde la perspectiva funcional y la procedural. Fórmulas que abarquen no solo los mensajes, sino toda la regulación de las infraestructuras, proveedores de servicios, mecanismos de inteligencia artificial y otros operadores privados de la Red.

Aunque la tendencia jurisprudencial y legal es la de responsabilizar progresivamente a los intermediarios por los contenidos de terceros (como editores), por el contrario, aquí se defiende su régimen de intermediarios técnicos y neutros. No obstante, se reclama regulación de aspectos en materia de datos personales, funcionamiento de algoritmos e inteligencia artificial y transparencia detallada de todos sus elementos y actividades.

5. REPENSANDO EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN INTERNET: UNA PERSPECTIVA DE SOLUCIÓN A LA DESINFORMACIÓN Y SUS EFECTOS EN LA DEMOCRACIA

El ecosistema Internet ha afectado de una forma sin precedentes a dos derechos fundamentales básicos para la Democracia: el derecho a la información y el derecho a la privacidad (protección de datos personales). Tal afectación ha transcendido a otros derechos, tales como los derechos fundamentales de participación. Se ha visto más arriba que han surgido nuevos derechos y nuevos límites (*de iure*) y nuevas formas de ejercicio de los derechos y nuevas restricciones (*de facto*). Algunas garantías de los derechos fundamentales se han visto erosionadas. Los problemas se solucionan de forma pretoriana por los operadores privados de la Red y por la casuística de los altos Tribunales europeos, principalmente. El Estado se ha mantenido al margen. Y debido a la interdependencia entre derechos fundamentales y entre las normas en el Ordenamiento Jurídico, los efectos jurídicos de Internet están siendo disruptivos, afectando a la sistematicidad de normas y derechos. Y a sabiendas “que precisamente la sistematicidad sea uno de los rasgos definitorios de los ordenamientos jurídicos más evolucionados, en los que opera como una garantía de la seguridad jurídica”⁸⁵, invita a pensar que tal garantía también se está viendo comprometida. Los factores tiempo-espacio han cambiado en Internet, debido a su globalidad, y una pluralidad de influencias jurídicas se han hecho notar (la anglosajona en un uso de los datos personales como parte del ejercicio de la Primera Enmienda).

El derecho a la información no es ajeno a todo ello: su interactuación con los derechos a la protección de datos personales y los derechos de autor ha provocado un efecto dominó sobre otros derechos fundamentales. Los conflictos de límites entre el derecho fundamental a la información y los derechos exclusivos de autor se pusieron

⁸⁵ Pérez Luño, A.E., o.c. p.p 20 y ss

de manifiesto, entre otros, en la cuestión prejudicial del asunto *Spiegel Online* ante el TJUE, ya citado. El derecho a la información ejercido en la red requiere de datos para su funcionamiento técnico, y a su vez el tratamiento de datos personales en los espacios digitales está precipitando problemas como la desinformación o posverdad. No es excesivo asegurar que para respetar el ejercicio legítimo de las libertades informativas, hay que respetar previamente los datos personales y el derecho a la privacidad en Internet. El tiempo-espacio se ha transformado en viralidad y visibilidad y en contextos comunicativos. Líneas arriba se afirmaba que tenemos un problema porque los factores tiempo-espacio han cambiado, y porque la inteligencia artificial dispone de la minería de datos para operar sin precedentes. Es decir, sin las operaciones algorítmicas la desinformación podría tener poco recorrido. Además, estos procesos producen una descontextualización del mensaje originario volviéndose conflictivo en el nuevo contexto. El caso que originó el llamado “derecho al olvido” fue resultado de un cambio de contexto: del periódico “La Vanguardia” al motor de búsqueda de Google. En uno y en otro los principios jurídicos y los tiempos eran diferentes y las consecuencias jurídicas diferentes también. Ahora bien, la descontextualización posible, no solo es consecuencia del uso de algoritmos, sino de la libertad de difusión descentralizada y descontrolada en la Red.

No se pretende aquí proponer medidas que obstaculicen la libre difusión de mensajes, que podrían vulnerar al derecho a la información y susceptibles de interpretarse como una “nueva forma de censura”. Ahora bien, el ejercicio de las libertades informativas ha cambiado y sus relaciones con otros derechos fundamentales. Se requiere repensar el derecho a la información: Aunque se afirma que se mantienen sus principios jurídicos⁸⁶, los distintos elementos subjetivos, objetivos y de contenido, han sufrido transformaciones que hay que atender. El contenido del derecho (facultades de recibir, difundir o investigar información) queda impactado por el medio técnico: los parámetros tiempo-espacio, en los que se ejerce, se transforman en contextos de tiempo y espacio. Y el valor del tiempo es, sobre todo “atención”⁸⁷. Al no encontrar condicionantes espaciales de difusión, la información se mueve rápida, se viraliza y pasa de unos contextos a otros. Se alcanza mayor visibilidad y se logra mayor atención. Se accede a fuentes y mensajes de diferentes contextos, sean geopolíticos, culturales, técnicos, temáticos, o de diferente finalidad, etc., Y las diferentes coordenadas temporales también influyen en los cambios de contexto. Los mensajes pueden estar en “modo de eternidad”, pero también de inmediatez en la difusión-recepción, captando atención e interés. Asimismo, al compartir, retuitear o reenviar un mensaje, puede suponer sacar de contexto unos contenidos e implantarlos en otros. El significado del mensaje y el impacto emocional y psicológico⁸⁸ puede ser muy distinto

⁸⁶ Sánchez Ferriz, R. y Corredoira y Alfonso, L (2017), o.c. págs. 11-48

⁸⁷ Wu, Tim. (2016). “An Introduction to the Law & Economics of Information.” *Columbia Public Law Research Paper* 14, no. 399 . Es llamado “la economía de la atención”.

⁸⁸ Schwartz, Tony. (2001) *La respuesta emocional*. Ed. Liderazgo democrático 2. Quito.p. 17. “ La teoría de la resonancia de la información hace depender la eficacia del mensaje del entorno en el que se

según el contexto. Por ejemplo, el cambio de contexto puede suponer que exista o no “finalidad informativa de interés general”, y que ciertos datos personales, cuya publicación se legitima en función del fin de tal interés público, no encuentren tal legitimación en el nuevo contexto, al decaer ese interés. Asimismo, una persona que puede hacer confidencias o compartir privacidad en ciertos contextos, podría no consentir su publicación en otros diferentes, produciéndose una “violación de su integridad social”⁸⁹. Solo son algunos ejemplos. En otras palabras, las facultades clásicas del derecho se ven incrementadas por un derecho al “contexto”, tanto en la recepción como en la difusión o investigación de mensajes. Y, como consecuencia, se derivan límites por descontextualización, sea por tiempo o espacio. En la misma línea, se debería exigir el derecho al mensaje (objeto) contextualizado. En el caso arriba citado *Magyar Jeti zrt v. Hungary*, el Tribunal, con el fin de evaluar si un “hyperlink”, que redirecciona a una información difamatoria, está legitimado periodísticamente, realiza un examen contextual del mismo (fundamentos 77 y 78).

Este derecho a la información también se ve transformado por “los medios de comunicación” que se requieren para su ejercicio. Ya no son los convencionales, sino el sistema técnico de Internet. Y significa el derecho de conexión técnica a la Red, el acceso a los proveedores de servicios bajo ciertos requisitos jurídico-técnicos y en condiciones de neutralidad favorables al usuario (servicios, contenidos, aplicaciones). También significa eliminar barreras de acceso y que los algoritmos de las plataformas cumplan condiciones de transparencia, de respeto a los datos personales y la pluralidad informativa⁹⁰. Por último, no se puede obviar que el elemento subjetivo también se ha visto afectado, por su multipluraleza de roles, incluso simultáneos. Hay que reescribir, en definitiva, la relación jurídica de la comunicación pública en Internet. Todo ello podría contribuir, desde el Derecho, a debilitar el problema de la desinformación.

6. CONCLUSIONES

1. El Estado ha cifrado la formación de la “opinión pública libre” en la garantía institucional del ejercicio de las libertades de información y expresión conforme a garantías constitucionales. Sin embargo, respecto a las empresas tecnológicas y sus redes sociales ha mantenido una posición liberal de mercado, que ha impactado en la opinión pública formada en procesos de comunicación pública sin las garantías constitucionales. El Estado que, en principio, se abstuvo respecto a los procesos de comu-

recibe”.

⁸⁹ Un estudio sobre la descontextualización de la información y su impacto en los datos personales y la privacidad de las personas: Nissenbaum, H., (2011) *Privacidad Amenazada*. Editorial Océano de México, D.F.

⁹⁰ Podría promocionarse si los contenidos de los medios “etiquetados por calidad” tuvieran prioridad de distribución por los algoritmos.

nicación pública en Internet, ha realizado una progresiva intervención “en” y “a través” de las empresas tecnológicas intermediarias para el control de contenidos, lo cual la doctrina ha denunciado como censura indirecta constitucionalmente proscrita.

2. En parte el problema de la desinformación radica en los mensajes que no son aptos conforme a la garantía institucional y la falta de un periodismo de referencia que se imponga. Se deben diferenciar los distintos elementos subjetivos, objetivos y la heterogeneidad de espacios de comunicación digital, para la aplicación diferenciada de la normativa: Diferenciar el régimen jurídico de las libertades de información y expresión (y la diferente naturaleza de mensajes); distinguir la exigibilidad y responsabilidad de los profesionales respecto a la de los usuarios; y determinar un régimen diferenciado de los intermediarios respecto a los editores. La diferenciación de sujetos (intermediarios-editores) mensajes y libertades y el respeto de garantías legales y judiciales en cada fase del proceso de comunicación propiciaría una formación de la opinión pública inclusiva.

3. La transformación del tiempo-espacio en Internet ha impactado en el contenido del derecho a la información: El tiempo y el espacio se han transformado en contextos, por lo que se reclama un derecho a la contextualización de la información y un límite a la descontextualización. El tiempo y el espacio se mueven rápidamente en Internet dando lugar a la viralidad (cambio de espacios), la visibilidad y captando la atención, que es el valor del tiempo en la Red. El nuevo límite podría atenuar la viralización y el impacto de la desinformación en la opinión pública.

4. Aunque la tendencia legal y jurisprudencial apunta al rediseño de las empresas distribuidoras como editoras de información, aquí se defiende su régimen de intermediarios porque sirven así mejor al derecho a la información y a la democracia. Lo que no empece imponerles obligaciones de transparencia y que sus algoritmos sean igualmente transparentes, respetando los datos personales y la privacidad. Se afirma que “quien controla los datos personales controla los flujos de información en Internet”. Parece pues una condición necesaria para el ejercicio libre del derecho a la información, y para que no se propicie la diseminación de *fake news* masivamente por la viralidad, visibilidad y atención.

Title:

The complicated relationship between the institution of Public Opinion and the public communication processes on the Internet: Fakes news challenging constitutional guarantees

Summary:

I. Introduction II. Identifying the problem and its development III. Defining concepts: The importance of a good perspective IV. From social media to social network public communication: The applicable constitutional guarantees. V. Rethinking the right to information on the Internet: a perspective on the solution of disinformation and its effects on Democracy VI. Conclusions

Resumen:

La desinformación desafía las garantías constitucionales de la opinión pública en Internet, principalmente en las redes sociales. Se requiere, además de otras medidas tecnológicas, repensar el derecho fundamental a la información y la formación de la libre opinión pública en las redes. En los soportes digitales los parámetros de tiempo-espacio se han transformado: el valor del tiempo se cifra en atención y el del espacio en viralidad. Por el funcionamiento técnico de Internet, la viralidad y la visibilidad propician los cambios de contexto de los mensajes, y la facilidad para difundir “fake news”. El contenido del derecho a la información se ve incrementado por un derecho al contexto de la información, y del cual se derivarían nuevos límites por “descontextualización” de la información. Esto, unido al respeto a la privacidad por los algoritmos, podría ayudar a debilitar el impacto de la desinformación en la opinión pública.

Abstract:

Disinformation is challenging the constitutional guarantees of public opinion on the Internet, specifically on social networks. Technological measures cannot fully address this issue. It is required to rethink the fundamental right to information and expression and the public opinion process. The factors of time-space on the digital medium have been transformed: the value of time means “attention” and the value of space is a viral effect. The dynamics of the Internet make information viral and visible and bring about changes to the contexts of messages. And those dynamics make the spreading of fake news easy. The content of the right to freedom of information and expression is increased by the “right of contextualization”, which creates a new legal limit based on “contextualization”. This, in addition to the algorithm respecting personal data protection (privacy), would help to weaken the impact of disinformation on public opinion.

Palabras clave:

Fake news; desinformación; opinión pública; libertad de información y expresión; redes sociales.

Key words:

Fake news; disinformation; public opinion; freedom of expression and information; social network.