

IX CONFERENCIA  
FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE



# DEMOCRACIA, LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO EN LA ERA DIGITAL\*

Síofra O'Leary\*\*

## I. INTRODUCCIÓN

Ha sido un gran honor y privilegio participar en la novena conferencia *Tomás y Valiente* de la Facultad de Derecho. Ha sido también una enorme responsabilidad; en primer lugar, por la personalidad homenajeada –su obra y legado–; en segundo lugar, por la distinguida audiencia que tenía delante; y, por último, por el tema que había elegido.

Mi discurso en homenaje al profesor Tomás y Valiente se centró en las nuevas cuestiones jurídicas que surgen en nuestra era digital; cuestiones que impactan en nuestros conceptos de democracia, elecciones libres y derecho a la libertad de expresión. A la luz de la obra y legado del profesor, la importancia que otorgó a la defensa del Estado de derecho y la democracia, que defendió con su propia vida, y vistos los tiempos en los que vivimos, me pareció un tema muy apropiado. Tema que tiene también la ventaja de poner de relieve el trabajo visionario del profesor Tomás y Valiente hace ya varias décadas. Escribiendo hace más de cuarenta años, en 1978, en un artículo intitolado «Terrorismo y Excesos Verbales», el profesor aludía:

«[...] a actos no idénticos al terrorismo de obra, pero sí pertenecientes, por su raíz violenta y antidemocrática, a la misma familia” (1).

Se refería, con una visión de que gozaban pocos entonces, e incluso ahora:

«[...] a las manifestaciones verbales públicas coactivas contra la naciente y aún endeble democracia [...] contra los que en ésta creemos. [...] Cuando alguien, en público y sobre materias concernientes a los problemas políticos [...] emplea el insulto o la provocación en lugar de utilizar la razón como instrumento para convencer el auditorio, incurre en terrorismo verbal» (2).

---

\* IX Conferencia *Tomás y Valiente*. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. 14 de octubre de 2021.

\*\* Presidenta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

(1) Véase «Terrorismo y Excesos Verbales», publicado en *Diario 16*, 21 de noviembre 1978.

(2) Ídem.

En las dos últimas décadas, los avances en las tecnologías de la información y la comunicación han sido fundamentales para facilitar el acceso general a la información y la libre circulación de ideas y opiniones políticas antes y durante las elecciones democráticas. Pocos en nuestra órbita europea refutarían lo que el Tribunal de Estrasburgo y otros tribunales nacionales han repetido a menudo: que la libertad de expresión es «la savia de la democracia» (3). Y pocos ignoran el potencial de Internet, de los nuevos medios sociales y del mundo digital para potenciar la oferta de información e ideas. En palabras del Tribunal en un caso turco de 2012 llamado *Ahmet Yildirim*, que trataba sobre el bloqueo del acceso a los sitios web de Google:

«A la luz de su accesibilidad y de su capacidad para almacenar y comunicar enormes cantidades de información, Internet desempeña un papel importante para mejorar el acceso del público a las noticias y facilitar la difusión de la información en general» (4).

Sin embargo, hoy nadie cuestiona que tanto actores no estatales como, a veces, estatales, explotan los avances tecnológicos para alterar qué y cómo llega la información al electorado y, en algunos casos, para interferir en la participación democrática y el acceso a la información durante los períodos electorales e incluso más allá (5). En un espacio de tiempo notablemente corto, una variedad de nuevas palabras se ha abierto paso en nuestro léxico democrático: noticias falsas, noticias basura, desinformación y «hechos alternativos», por nombrar solo algunos. La palabra del año del *Oxford English Dictionary* en 2016 fue «posverdad», definida de la siguiente manera:

«Relativa o que denota circunstancias en las que los hechos objetivos son menos influyentes en la formación de la opinión pública que las apelaciones a la emoción y a las creencias personales».

Los comentaristas –fueran periodistas, académicos o miembros de la sociedad civil– que analizaron las últimas elecciones presidenciales en Estados Unidos se refirieron a las campañas políticas, e incluso a los gobiernos, que producen mentiras junto con las plataformas de medios sociales, los algoritmos y los *bots* que las distribuyen como «máquinas de mentir». Estas máquinas no solo atacan a objetivos individuales, sino también:

«[A] orden epistémico liberal, los sistemas políticos que depositan su confianza en los custodios esenciales de la autoridad fáctica, incluyendo la ciencia, [...] los periodistas, la administración pública y el sistema judicial» (6).

---

(3) Véase Lord Steyn, por ejemplo, en *R. c. Secretary of State for the Home Department Ex parte Simms*, (2000) 2 AC 115 H.L. at 126: «La libertad de expresión es la savia de la democracia. La libre circulación de la información y de las ideas alimenta el debate político. Es una válvula de seguridad: la gente está más dispuesta a aceptar las decisiones que van en su contra si en principio pueden tratar de influir en ellas. Actúa como freno al abuso de poder de los funcionarios públicos. Facilita la exposición de los errores en el gobierno y la administración de justicia del país».

(4) *Ahmet Yildirim c. Turquía*, n.º 3111/10, § 48, 18 de diciembre de 2012.

(5) Véase el informe del RELATOR ESPECIAL DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE OPINIÓN Y DE EXPRESIÓN, «Libertad de expresión y elecciones en la era digital», *Documento de investigación*, 1/2019.

(6) Véase la reseña de T. Rid, “The Secret History of Disinformation and Political Warfare (Farrar, Straus and Giroux 2020)”, por FREDLAND, J., “Disinformed to Death”, *New York Review of*

La desinformación en las elecciones forma parte de un problema más amplio, evidente también durante la pandemia, resultante de la difusión de la desinformación en el discurso cotidiano virtual *online*. En este nuevo contexto, que parece haber llegado para quedarse, la pregunta que quiero tratar es: ¿cuál es o puede ser entonces el papel del Convenio Europeo, que cumplió 70 años el año pasado y cuyo artículo 3 del Protocolo n.º 1 establece que:

«Las Altas Partes Contratantes se comprometen a celebrar elecciones libres [...] mediante voto secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo?»

La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre este artículo abarca un amplio abanico de cuestiones diferentes, entre las que destacan, por ejemplo, lo que constituye un órgano legislativo, las condiciones de acceso al voto, la organización de elecciones conforme a la ley o las campañas electorales y el tratamiento de los resultados electorales (7). Lo que llama la atención, sin embargo, es que todavía se encuentran pocas o ninguna referencia a las palabras «digital», «tecnología», «Internet» o «medios sociales» en la jurisprudencia de Estrasburgo sobre elecciones libres.

Los votos y las elecciones que han sido objeto de la jurisprudencia del Tribunal hasta ahora han sido votos emitidos físicamente, en elecciones organizadas en colegios electorales de ladrillo y cemento, después de campañas electorales que han seguido las líneas tradicionales, con debates públicos en los medios tradicionales, mítines presenciales, banderas al viento, folletos repartidos en mano por simpatizantes de cada partido y discusiones más o menos acaloradas —con mi familia española más que menos— en las sobremesas familiares o en la barra del bar. Han sido elecciones sujetas a normas tradicionales, como la prohibición de hacer campaña en las inmediaciones físicas de un colegio electoral o en las horas o días anteriores a la votación. Esto ya no es así. Si observamos las recientes elecciones en Estados Unidos, el referéndum en el Reino Unido sobre el *Brexit* o las elecciones en Francia o España entre otras, sabemos que tales campañas ya no son la única forma, o quizá ni siquiera la predominante, de buscar o captar la «voluntad del pueblo» hoy en día.

Mi objetivo aquí es, por lo tanto, presentar un breve repaso de la jurisprudencia de Estrasburgo sobre el concepto de «elecciones libres» por un lado y, por otro, sobre el artículo 10 del convenio que protege la libertad de expresión, particularmente en el ámbito político. Ambas jurisprudencias guardan una íntima relación. Concluiré haciendo algunas reflexiones sobre el posible encaje de las nuevas formas de expresión con estas líneas jurisprudenciales. El objetivo es ambicioso, pero sobre todo delicado. Como cualquier juez en ejercicio invitado a pronunciar una conferencia pública sobre un tema de actualidad, tenía que encontrar el justo término medio entre mi juramento judicial de discreción con el comprensible deseo del público de no aburrirse profundamente. En una conferencia sobre derecho y política no es una línea fácil de trazar. Obviamente, no tomé ni tomo por escrito una

---

*Books*, 2020, disponible en: <<https://www.nybooks.com/articles/2020/08/20/fake-news-disinformed-to-death/>>, consultado el 18 de enero de 2020.

(7) Véase O'CONNELL, R., *Law, Democracy and the European Court of Human Rights*, Cambridge University Press, 2020.

posición sobre casos pendientes o posibles casos futuros. Mis palabras son a título estrictamente personal y no representan la posición del Tribunal. En la parte final, me centraré muy brevemente en cuestiones relacionadas con el desarrollo del derecho de la UE, sin las cuales nuestro panorama europeo no estaría ni mucho menos completo.

## II. JURISPRUDENCIA DE ESTRASBURGO SOBRE LA INTERACCIÓN ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO A ELECCIONES LIBRES

El Tribunal de Estrasburgo ha sostenido sistemáticamente que, si el derecho a la libertad de expresión no es absoluto, hay poco margen para las restricciones a la expresión política (8). Por lo general, solo ha permitido a los Estados un margen de discreción estrecho, incluso muy estrecho, en este ámbito. Esto se debe a la importancia especial que el Convenio y las Partes Contratantes conceden al libre debate político (9). La interacción entre los derechos de expresión garantizados por el artículo 10 y los del artículo 3 del Protocolo n.º 1 se resumió en un caso belga de los años 80: *Mathieu-Mohin*. Se trataba del complejo sistema de gobernanza establecido para dar cabida a la coexistencia de tres comunidades lingüísticas en Bélgica. En él, el Tribunal subrayó la premisa básica que ha repetido durante décadas en su jurisprudencia, que abarca cuarenta y seis Estados diferentes y numerosos conflictos electorales desde entonces:

«Las elecciones libres y la libertad de expresión, en particular la libertad de debate político, constituyen conjuntamente los cimientos de todo sistema democrático» (10).

Esta piedra angular era también reconocida como tal en los escritos del Profesor Tomás y Valiente sobre la entonces naciente democracia española. Según él, “una de las grandezas de la democracia consiste en garantizar la libertad de expresión incluso a los enemigos” (11). Sin embargo, entre estos dos artículos interrelacionados se encuentra una distinción fundamental. El estrecho margen de discreción que se aplica generalmente a la expresión política contrasta con el margen más amplio que se reconoce a los Estados en lo que respecta al derecho a unas elecciones libres.

Este margen más amplio es también comprensible. A efectos del artículo 3 del Protocolo n.º 1, el Tribunal evalúa los sistemas electorales a la luz de la evolución política del país en cuestión. Reconoce que las características que serían *inaccepta-*

(8) Véase, por ejemplo, *Perinçek c. Suiza* [GC], n.º 27510/08, § 197, 15 de octubre de 2015 (extractos).

(9) Véase *Féret c. Bélgica*, n.º 15615/07, § 63, 16 de julio de 2009.

(10) *Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica*, n.º 9267/81, § 47, 2 de marzo de 1987. Véase, para un mayor debate, MASTROANNI, R., «Fake News, Free Speech and Democracy: A (Bad) Lesson from Italy?» *South Western Journal of International Law*, vol. 25, 2019, p. 45, quien sostiene que un proceso electoral es «libre» si la elección del electorado se basa en su acceso o recepción de una amplia gama de propuestas e ideas y si la información falsa no distorsiona o altera los resultados electorales.

(11) «Terrorismo y Excesos Verbales», citado anteriormente.

*bles* en el contexto de un sistema pueden estar *justificadas* en el contexto de otro. Lo importante es que el sistema elegido ofrezca condiciones que garanticen la «libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del poder legislativo». Un buen ejemplo de cómo funciona el margen con referencia a la historia local, la experiencia y el contexto doméstico en el ámbito electoral es el caso de *Lindsay contra el Reino Unido* (12). En él, la Comisión Europea de Derechos Humanos examinó y confirmó la legitimidad de la adopción de un sistema de votación diferente (la representación proporcional) para Irlanda del Norte al que se aplica en el resto del Reino Unido (el denominado «first past the post»).

Otra razón que explica la diferencia de enfoque del artículo 3 del Protocolo n.º 1 en comparación con el artículo 10 es que el primero no solo trata de la protección de los derechos *individuales*, sino también de la protección de la integridad del *sistema* electoral en el que se ejercen los derechos individuales (13). Como ha reconocido el Tribunal en su jurisprudencia desde *Mathieu-Mohin*, los sistemas electorales tratan de cumplir objetivos que a veces son poco compatibles entre sí. Por un lado, pretenden reflejar justa y fielmente la opinión y la voluntad del pueblo. Por otro, buscan encauzar las corrientes de pensamiento para favorecer el surgimiento de una voluntad política suficientemente clara y coherente (14). La exigencia del Convenio de que se prevean «elecciones libres» implica, pues, además de la libertad de expresión, el principio de igualdad de trato de todos los ciudadanos en el ejercicio de su derecho de voto (15).

La mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa tienen normas sobre la publicidad política costeada por terceros. Su objetivo es mantener la integridad, la equidad y la legitimidad del proceso y de los resultados de las elecciones. Buscan evitar la posibilidad de que los intereses privados y las minorías poderosas puedan controlar esos resultados. Hasta ahora, estas normas han tendido a estar dispersas en una variedad de leyes electorales, leyes de radiodifusión y códigos de autorregulación (16). Dos casos contrastados, ambos originados en el Reino Unido, son ilustrativos de cómo y en qué contexto se ha desarrollado el enfoque del Convenio sobre la expresión y las campañas políticas y sobre la interacción entre los artículos 10 y 3 del Protocolo n.º 1.

La demandante en el primer caso –*Bowman contra el Reino Unido*– era la directora ejecutiva de una ONG pro-vida (SPUC) (17). Organizó la distribución de millones de folletos en apoyo de los candidatos pro-vida. Como consecuencia de

(12) *Lindsay c el Reino Unido* (dec.), n.º 8364/78, de 8 de marzo de 1979.

(13) Véase O'CONNELL, citado anteriormente, capítulo 9: «Regulación de las elecciones» y casos como *Saccomanno y otros c. Italia*, n.º 11583/08, 13 de marzo de 2012, donde el Tribunal se refirió en el § 47, a un derecho a tener el beneficio de las elecciones legislativas conforme a los principios del artículo 3 del Protocolo n.º 1.

(14) Véase *Mathieu-Mohin*, citada anteriormente, § 54.

(15) *Idem*.

(16) Por lo que respecta a la legislación electoral, las principales formas de regular la comunicación de las campañas hasta ahora han sido: a) los límites de gasto y los controles de la financiación de las campañas, b) las subvenciones para las comunicaciones de las campañas, c) los apagones previos a los comicios, d) la regulación de los medios de comunicación y, en particular, la concesión de licencias de emisión, e) las normas sobre publicidad política y f) la autorregulación y la ética periodística. Para una visión general, véase Consejo de Europa, *Estudio sobre el uso de Internet en las campañas electorales*, DGI (2017) abril de 2018.

(17) Véase *Bowman c. Reino Unido*, n.º 141/1996/760/961, 19 de febrero de 1998.

ello, fue acusada de un delito en virtud de una ley que prohibía el gasto por encima de un determinado límite por parte de una persona no autorizada durante el período preelectoral. La línea maestra de la jurisprudencia del Tribunal sobre la intersección entre las elecciones libres y la libertad de expresión queda patente en la sentencia *Bowman*, dictada en 1998. Las elecciones libres y la libertad de debate político están interrelacionadas y operan para reforzarse mutuamente (18). No obstante, el Tribunal también reconoció que en determinadas circunstancias ambos derechos pueden entrar en conflicto. En consecuencia, puede considerarse necesario, en el período que precede a unas elecciones o durante las mismas, imponer ciertas restricciones, de un modo que normalmente no sería aceptable, a la libertad de expresión. En el caso *Bowman*, el Tribunal sostuvo que la disposición pertinente de la ley del Reino Unido operaba, a todos los efectos prácticos, como una barrera total para que la demandante publicara información objetivamente exacta con el fin de influir en los votantes. El umbral de gasto fijado en la ley no era necesario para asegurar el objetivo legítimo de garantizar la igualdad entre los candidatos (19).

La segunda sentencia de interés, que data de 2013, es la de *Animal Defenders International contra el Reino Unido* (20). En este caso se denegó a una ONG el permiso para colocar un anuncio de televisión como parte de una campaña relativa al tratamiento de los primates. Esto se debió a una prohibición legislativa de la publicidad política. El objetivo era mantener la imparcialidad en los medios de radiodifusión y evitar que grupos poderosos aumentaran su influencia a través de la compra de tiempo de emisión (21). La decisión de la autoridad reguladora británica de negarse a autorizar el anuncio fue confirmada por la High Court y la Cámara de los Lorees. Esta última sostuvo en 2008 que la prohibición estaba justificada por el objetivo de evitar que el Gobierno y sus políticas fueran distorsionados por grupos de interés con gran poder adquisitivo.

¿Cómo iba a reaccionar el Tribunal de Estrasburgo, dada su aversión a las prohibiciones totales y su jurisprudencia anterior sobre el artículo 10, que había constatado violaciones en circunstancias bastante similares? A la hora de determinar la proporcionalidad de una medida legislativa tan general, el Tribunal concedió un peso considerable al hecho de que el complejo régimen normativo elegido para regir la radiodifusión política en el Reino Unido había sido sometido a revisiones

---

(18) Véase *Bowman*, citada anteriormente, § 42 que cita *Mathieu-Mohin y Clerfayt*, citada anteriormente, § 47, y *Lingens c. Austria*, n.º 9815/82, §§ 41-42, 8 de julio de 1986 («la libertad de debate político está en el centro mismo del concepto de sociedad democrática que prevalece en todo el Convenio»). Véase también la Observación General n.º 25 sobre el derecho a participar en los asuntos públicos, el derecho de voto y el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas en virtud del artículo 25 del Pacto, UN Doc. CCPR/21/Rev.1/Add.7, 12 de julio de 1996.

(19) *Bowman*, citado anteriormente, § 47. Seis jueces disintieron expresando su desacuerdo y la sentencia mayoritaria fue objeto de comentarios jurídicos bastante críticos. El juez Valticos indicó en su momento que había «algo ligeramente ridículo en tratar de dar al Gobierno británico lecciones sobre cómo celebrar elecciones y dirigir una democracia». El profesor Conor Gearty criticó la reticencia de la mayoría a «reconocer el efecto debilitador de los recursos financieros desproporcionados» (GEARTY, C., «Democracy and Human Rights in the European Court of Human Rights: A Critical Appraisal», *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 51, 2000, p. 394).

(20) *Animal Defenders International c. el Reino Unido*, no. 48876/08, 22 de abril de 2013.

(21) El BACC sostuvo que la naturaleza política de los objetivos de la ONG demandante significaba que la emisión del anuncio estaba comprendida en la prohibición del artículo 321(2) de la Ley de Comunicaciones.

exigentes y pertinentes por parte de los órganos parlamentarios y judiciales. La legislación controvertida era el resultado final de un proceso de examen excepcional de los aspectos culturales, políticos y jurídicos de la prohibición. Su proporcionalidad había sido debatida en detalle en el parlamento y los tribunales (22). Si bien el Tribunal declaró a la ley en cuestión compatible con el Convenio, la conclusión en este caso no fue ni mucho menos pacífica. La Gran Sala del Tribunal estaba seriamente dividida; finalmente, la decisión de no violación acabó siendo aprobada por 9 votos contra 8.

Con independencia de que uno esté o no de acuerdo con la deferencia mostrada por el Tribunal de Estrasburgo en el caso de *Animal Defenders*, este caso planteó una cuestión que ha preocupado a los tribunales nacionales y dividido a los comentaristas: a saber, el papel apropiado de los tribunales como supervisores del procedimiento democrático (23). El Tribunal de Estrasburgo es un tribunal internacional que desempeña un papel subsidiario y externo. Por eso, subrayó que lo ideal en estos casos es que el equilibrio necesario entre los distintos intereses en juego se produjera a nivel parlamentario nacional y, si fuera necesario, a nivel judicial nacional; a condición, por supuesto, de que el análisis en ambos niveles fuera de calidad y conforme al Convenio.

Aparte de esta importante expresión de subsidiariedad que se encuentra en la sentencia de la Gran Sala, otro aspecto de *Animal Defenders* es especialmente pertinente a los efectos de nuestro debate sobre la democracia y la expresión en la era digital. La prohibición impugnada se aplicaba únicamente a la publicidad política pagada por terceros y se limitaba a la radio y la televisión. Por un lado, el carácter selectivo de la prohibición contribuyó positivamente a la valoración de la proporcionalidad por parte del Tribunal. Por otro lado, sin embargo, la ONG demandante había cuestionado la justificación de esta elección legislativa selectiva. Lo consideraba irrazonable dado el poder de los nuevos medios de comunicación, como Internet. El Tribunal hizo hincapié en la especial influencia de los medios de radiodifusión y sostuvo (y cito):

«[...] no hay pruebas de un cambio suficientemente serio en las influencias respectivas de los nuevos medios de comunicación y de los medios de radiodifusión [...]» (24).

---

(22) La línea adoptada por el Tribunal en el caso del Reino Unido recordaba a la que había adoptado en el caso *Murphy c. Irlanda* en relación con la prohibición de emitir anuncios religiosos (solicitud n.º 44179/98, § 75, 10 de julio de 2003). Sin embargo, contrasta *Animal Defenders* con la violación del artículo 10 de la Convención constatada anteriormente en el caso *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suíza*, n.º 24699/94, de 28 de junio de 2001, que se refería a una prohibición similar de carácter general de la publicidad política en los medios de comunicación, o la sentencia en el caso *TV Vest As & Rogaland Pensjonistparti c. Noruega*, n.º 21132/05, de 11 de diciembre de 2008, en el que también se constató una violación del artículo 10. Curiosamente, tanto el Gobierno irlandés como el del Reino Unido intervinieron en este último caso abogando por un margen de apreciación más amplio, en la línea del que se había concedido en el contexto religioso en el caso *Murphy*.

(23) Véase además SCHAUER, F., «Judicial Review and the Devices of Democracy», *Columbia Law Review*, 94, 1994, p. 1326.

(24) *Animal Defenders*, citado anteriormente, § 119.

Dejando a un lado si esta distinción entre medios tradicionales y nuevos estaba aún justificada en 2013 (25), ocho años más tarde hay que preguntarse si el Tribunal razonaría de forma similar en la actualidad.

Antes de terminar este breve repaso, merece la pena recordar un último aspecto de la jurisprudencia sobre el artículo 10. Esta disposición reconoce el papel esencial que desempeña la prensa en una sociedad democrática. El Tribunal ha sostenido de manera sistemática que:

«El deber de la prensa es difundir [...] información e ideas sobre todos los asuntos de interés público. El derecho del público es recibir esa información».

En *Castells c. España*, una sentencia de 1992, el Tribunal subrayó que el papel fundamental de la prensa en un Estado de derecho no debe ser olvidado. Además, en este caso, en el contexto español, el Tribunal reconoció claramente el vínculo entre la libertad de expresión y la democracia:

«La libertad de prensa proporciona a los ciudadanos uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de sus dirigentes. Otorga en particular a los hombres (y mujeres) políticos la ocasión de reflejar y comentar las preocupaciones de la opinión pública. Permite a toda persona participar en el libre juego del debate político, que resulta esencial en la noción de sociedad democrática» (26).

Por estas razones, se ha considerado siempre que los miembros de los medios de comunicación de radio y televisión y de la prensa desempeñan una función vital de «perro guardián» y de vigilancia pública (27). En esta función, son los beneficiarios de un derecho a la libertad de expresión que goza de mayor protección; pero al mismo tiempo son también portadores de importantes deberes y responsabilidades.

### III. LA FILOSOFÍA SUBYACENTE A LA JURISPRUDENCIA DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS ELECTORALES Y DE EXPRESIÓN: ¿ADAPTACIÓN A UN MUNDO DIGITALIZADO?

A la hora de analizar las restricciones al derecho a la libertad de expresión, el Tribunal sigue el trillado camino metodológico establecido en el artículo 10:

- ¿Ha habido una injerencia?
- ¿Está esta injerencia prevista en la ley? y
- ¿Es una injerencia necesaria en una sociedad democrática?

---

(25) Véase la opinión alternativa expresada por los jueces Tulkens, Spielmann y Laffranque en el § 11 de su opinión disidente en *Animal Defenders*: «La información obtenida mediante el uso de Internet y las redes sociales está teniendo gradualmente el mismo impacto, si no más, que la información difundida. Su desarrollo en los últimos años señala, sin duda, un cambio lo suficientemente importante en la influencia de los medios de comunicación tradicionales como para que no sea necesario aplicar medidas especiales a estos últimos».

(26) *Castells c. España*, n.º 11798/95, 23 abril 1992, § 43.

(27) Véase, por ejemplo, *Bladet Tromsø y Stensaas c. Noruega* [GC], n.º 21980/93, §§ 59 y 62, 9 de julio de 1998.

En un caso llamado *MKKP contra Hungría*, en 2020, el Tribunal de Estrasburgo tuvo su primer contacto con el uso de las nuevas tecnologías, concretamente una aplicación de teléfono móvil, en el contexto de una campaña política (28). El caso surgió a raíz de un referéndum celebrado en Hungría en 2016, en relación con el plan de reubicación migratoria de la UE. Este último fue (y es) muy contestado por el Gobierno húngaro en funciones. Un pequeño partido de la oposición (MKKP) estaba en contra del referéndum y alentaba a destruir las papeletas de voto. Esta formación puso a disposición de los votantes una aplicación que les permitía subir y compartir, de forma anónima y en tiempo real fotografías de sus papeletas, preferiblemente estropeadas (29). A raíz de las denuncias de un particular ante la Comisión Electoral Nacional (CEN), el partido MKKP fue multado por infringir los principios de equidad y secreto del sufragio, así como de abusar del ejercicio de los derechos previstos en la legislación húngara al usarlos más allá de su finalidad legal. Al dictar la segunda de sus dos sentencias *después* de la celebración del referéndum, la Kúria (el tribunal supremo húngaro) confirmó la conclusión de la Comisión Electoral sobre el abuso del ejercicio de los derechos. Sin embargo, desestimó sus conclusiones sobre el secreto del sufragio y la imparcialidad del referéndum y consideró las líneas directrices del CEN como no vinculantes.

La Gran Sala de Estrasburgo consideró, por dieciséis votos a favor y uno en contra, que las disposiciones pertinentes de la legislación húngara, en virtud de las cuales se había adoptado la orden judicial e impuesto la multa, no eran suficientemente claras ni previsibles (30). Es importante destacar que el Tribunal no se pronunció sobre si las fotografías de las papeletas de voto podían o debían ser legalizadas. Esa no era nuestra función. En lugar de ello, el Tribunal instó a Hungría, e indirectamente a otros Estados, a establecer un marco normativo claro al respecto; independientemente de si prefieren un enfoque permisivo o restrictivo. El contexto

---

(28) *Magyar Kétfarkú Kutya Párt c. Hungría (MKKP)* [GC], n.º 201/17, 20 de enero de 2020. Por supuesto, hay que tener en cuenta que el artículo 3 del Protocolo n.º 1 no se aplica como tal a los referendos (véase, por ejemplo, *Moohan y Gillon c. el Reino Unido* (dec.), n.º 22962/15 y 23345/15, de 13 de junio de 2017, en relación con el referéndum de independencia de Escocia). En los casos sobre referendos hasta la fecha, el Tribunal ha indicado que «Dado que existen numerosas formas de organizar y dirigir los sistemas electorales y una gran cantidad de diferencias en el desarrollo histórico, la diversidad cultural y el pensamiento político dentro de Europa que corresponde a cada Estado contratante moldear en su propia visión democrática [...], el Tribunal no ha excluido la posibilidad de que un proceso democrático calificado como “referéndum” por un Estado contratante pueda estar potencialmente comprendido en el ámbito del artículo 3 del Protocolo n.º 1 [...]. Sin embargo, para ello el proceso tendría que tener lugar “a intervalos razonables mediante votación secreta, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del poder legislativo”» (*ibid.*, § 42).

(29) La aplicación podía descargarse a través de Google Play y Apple Store de forma gratuita y se anunciaba en las páginas web y de Facebook del partido político.

(30) Cabe destacar que, antes de la celebración del referéndum, las directrices del CEN indicaban, durante dos años, que la toma de fotografías de las papeletas en el colegio electoral constituía una infracción del principio de ejercicio adecuado del derecho de voto de acuerdo con su finalidad. Las mismas directrices indicaban que la utilización de las papeletas de voto de forma contraria a su finalidad –a saber, representar la elección de los votantes y establecer los resultados de la votación– también podía infringir el principio del secreto de las elecciones. Los votantes no tenían la obligación de no divulgar el modo en que habían emitido su voto, pero sí la de ejercer su derecho de voto de acuerdo con su finalidad. Los votantes, según las directrices del CEN, «no pueden sacar la papeleta de votación fuera del colegio electoral y no pueden tomar una fotografía con un dispositivo de telecomunicación, digital o de cualquier otro tipo con el fin de mostrarla a otra persona».

electoral fue fundamental para los estrictos requisitos del Tribunal de Estrasburgo en cuanto a la previsibilidad normativa:

«El contexto electoral adquiere un significado especial a este respecto, dada la importancia de la integridad del proceso de votación para preservar la confianza del electorado en las instituciones democráticas. En consecuencia, el Tribunal ha considerado que las interpretaciones amplias e imprevisibles de las disposiciones legales que rigen las elecciones son imprevisibles en sus efectos o incluso arbitrarias y, por lo tanto, incompatibles con el artículo 3 del Protocolo n.º 1 [...]» (31).

Vale la pena reflexionar sobre la cuestión de si futuros casos sobre la libertad de expresión y las elecciones libres en la era digital pueden poner a prueba algunos de los principios básicos de la jurisprudencia de Estrasburgo establecida sobre los artículos 10 y 3 del Protocolo n.º 1.

En primer lugar, detengámonos en lo que se llama el «margen de discreción» del que gozan los Estados. Como he explicado anteriormente, es estrecho cuando el ejercicio de la libertad de expresión en cuestión se da en el contexto de un debate político; estrecho también cuando se trata de limitar la labor de un partido político; amplio cuando se trata de regular la organización y el funcionamiento de un proceso electoral (32), pero amplio también a nivel nacional si la variedad de reglas nacionales aplicables refleja la ausencia de un consenso europeo. Esto significa que cuando una demanda toca aspectos en la intersección entre la libertad de expresión y el derecho a unas elecciones libres, los tribunales nacionales y el Tribunal de Estrasburgo pueden recurrir a un margen que se amplía y se retrae –he dicho en otras ocasiones que es un poco como un acordeón– en función de las circunstancias de un caso concreto. Este nivel de flexibilidad o adaptabilidad en el sistema de un Convenio que atiende a cuarenta y seis Estados de normas, culturas y tradiciones variadas es indispensable; pero no debe convertirse en una fuente de incoherencia jurisprudencial o de geometría variable según el Estado demandado.

En segundo lugar, lo que constituyen los «perros guardianes» (llamados en inglés los «public watchdogs»), en el sentido del artículo 10 del Convenio, ha ido cambiando a medida que surgen diferentes y nuevas formas de medios de comunicación no regulados o infra-regulados. El Tribunal ha reconocido en repetidas ocasiones el papel fundamental de los medios de comunicación impresos y audiovisuales como «perros guardianes» en una sociedad democrática. Sin embargo, en la reciente jurisprudencia sobre el derecho a recibir información en virtud del artículo 10, ha destacado también la función de los «blogueros y usuarios populares de los medios de comunicación social» que, según sostiene, también pueden asimilarse a ese mismo papel de «perros guardianes» del interés público (33). Hay algo muy

(31) *MKKP c. Hungría*, citado anteriormente, § 99. Compárese con el enfoque muy diferente en *Zhermal c. Rusia*, n.º 60983/00, 28 de febrero de 2008, donde, a pesar de la imprecisión de la legislación electoral, el Tribunal rechazó una solicitud en virtud del artículo 3 del Protocolo n.º 1 por considerarla manifiestamente infundada, ya que la imprecisión legislativa de la que se quejaba el votante solicitante no había disuadido a los votantes de ejercer su derecho de voto de manera que se frustrara la libre expresión de la opinión del pueblo.

(32) Véase *Bowman c. el Reino Unido*, citado anteriormente; *Ždanoka c. Letonia* [GC], n.º 58278/00, 16 de marzo de 2006; *Tv Vest AS & Rogaland Pensjonistparti c. Noruega*, citada anteriormente, y *Orlovskaya Iskra c. Rusia*, n.º 42911/08, 21 de febrero de 2017.

(33) *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría* [CG], n.º 8030/11, § 168, 8 de noviembre de 2016.

«democrático» en este enfoque de trasladar responsabilidades de defensa del interés general a los usuarios de los medios digitales; pero es un salto potencialmente importante y que podría tener importantes ramificaciones en contextos electorales. Los individuos implicados no han estado hasta ahora sujetos al mismo tipo o nivel de regulación que los medios de comunicación tradicionales (34). Es importante recordar que la mayor protección otorgada hasta ahora a la libertad de expresión siempre se ha visto compensada no solo por la posibilidad de restringir ese derecho, sino por el hecho de que el artículo 10 § 2 es la única disposición del Convenio que se refiere explícitamente a «deberes y responsabilidades» (35). Como observó el Consejo de Europa en un estudio de 2018, la parte factual sobre la que se basa la política se ha beneficiado, en el pasado, de un filtro de ética periodística y de una comprobación objetiva de los hechos. A medida que una mayor proporción de información electoral se muestra ahora independientemente de ese control editorial, se plantean cuestiones sobre la eficacia y la adecuación del tipo de filtros autorreguladores en los que se ha confiado hasta la fecha (36).

En tercer lugar, también cabe destacar la naturaleza de las obligaciones jurídicas que el artículo 3 del Protocolo n.º 1 impone a los Estados. Este artículo del Convenio no establece solo una obligación de no injerencia, como ocurre con la mayoría de los derechos civiles y políticos. Establece una obligación de adopción por parte del Estado, como garante último del pluralismo, de medidas positivas para celebrar elecciones democráticas al poder legislativo (37). Este carácter positivo de las obligaciones derivadas del artículo 3 del Protocolo n.º 1 tiene ramificaciones cuando el artículo 10 entra en juego en un contexto electoral. Parece probable que en el futuro veamos más casos en los que el Tribunal haga hincapié en que los Estados tienen una obligación positiva, también en virtud del artículo 10, de garantizar que la cobertura sea objetiva y compatible con el espíritu de las «elecciones libres», incluso en ausencia de pruebas directas de manipulación (38). Un enfoque de obligaciones positivas significa que los legisladores deben lograr el equilibrio adecuado entre «los dos componentes más importantes de la

---

(34) En *Delfi c. Estonia* [GC], n.º 64569/09, 16 de junio de 2015, el Tribunal sostuvo que una indemnización por daños y perjuicios contra un portal de noticias en Internet por comentarios ofensivos publicados en su sitio por terceros anónimos no violaba el artículo 10. Limitando el alcance de la sentencia de la Gran Sala, declaró, §§ 115-116: «El Tribunal de Justicia subraya que el presente caso se refiere a un gran portal de noticias en Internet gestionado por profesionales y gestionado con carácter comercial que publicaba artículos de noticias propios e invitaba a sus lectores a comentarlos. [...] el asunto no se refiere a otros foros de Internet en los que pueden difundirse comentarios de terceros, por ejemplo, un foro de debate en Internet o un tablón de anuncios en el que los usuarios pueden exponer libremente sus ideas sobre cualquier tema sin que el debate esté encauzado por ninguna aportación del gestor del foro; o una plataforma de medios sociales en la que el proveedor de la plataforma no ofrece ningún contenido y en la que el proveedor de contenidos puede ser una persona privada que gestiona el sitio web o el blog como un hobby».

(35) Véase *Erkizia Almondoz c. España*, n.º 5869/17, § 44, 22 junio 2021.

(36) Estudio del Consejo de Europa, citado anteriormente, en la página 20.

(37) Véase *Mathieu Mohin y Clerfayt*, citada anteriormente, § 50 y, recientemente, *Mugemango c. Bélgica* [GC], n.º 310/15, 10 de julio de 2020, § 68.

(38) Véase *Partido Comunista de Rusia y otros c. Rusia*, n.º 29400/05, 19 de junio de 2012. El Tribunal no encontró ninguna violación del artículo 10 a este respecto. El Estado demandado había tenido una legislación que abordaba la neutralidad y trataba de garantizar un grado de pluralismo, y los partidos habían tenido acceso a tiempo de emisión y la posibilidad de difundir su mensaje en otros medios de comunicación fuera de las emisoras estatales.

democracia» (39) y proporcionar el marco normativo necesario para que ambos prosperen (40). El caso húngaro sobre la aplicación móvil sugiere que las lagunas normativas a nivel nacional y europeo en relación con la libertad de expresión y los procesos democráticos pueden ser un problema jurídico recurrente en los próximos años. El margen de discreción de los Estados para regular las cuestiones electorales seguirá siendo necesariamente amplio en estos casos. Sin embargo, la cuestión del margen solo se plantea una vez que el examen judicial llega a la evaluación de la proporcionalidad. En una fase previa, en relación con la legalidad de cualquier injerencia, el Tribunal de Estrasburgo evaluará la previsibilidad y la accesibilidad de las normas jurídicas existentes (41). Si los legisladores nacionales siguen corriendo dos pasos (o más) por detrás en la regulación de las tecnologías de la información, es posible, si no probable, que surjan problemas en esa fase previa de legalidad.

Otro punto que se desprende del caso húngaro es que la integridad de los sistemas electorales puede verse socavada no solo por el *contenido* de los mensajes, sino también por la *naturaleza del medio* a través del cual se transmite un mensaje. Las normas electorales establecidas en Hungría prohibían claramente hacer campaña en las inmediaciones físicas de los colegios electorales. Sin embargo, la aplicación móvil impugnada, diseñada y puesta a disposición como herramienta de campaña, podía funcionar dentro de las propias cabinas electorales. Una forma de campaña política digital escapó simplemente al tipo de restricciones tradicionales o físicas a las que se habían orientado las normas electorales existentes (42). Por mucho que los partidos políticos sigan estando dispuestos a pagar por los anuncios de televisión o de radio, es difícil concebir en 2021 que el Tribunal Europeo o los tribunales nacionales sigan otorgando a la televisión y la radio el lugar predominante que el Tribunal les dio en su sentencia de 2013. En los años transcurridos

---

(39) Véase la sentencia de Lady Hale en la Cámara de los Lores en *Animal Defenders*, citada anteriormente, en el punto 49.

(40) Véase además *Mugemangango*, citado anteriormente, § 109: «Aunque el artículo 3 del Protocolo n.º 1 no contiene una referencia expresa a la «legalidad» de las medidas adoptadas por el Estado, el Estado de Derecho, uno de los principios fundamentales de una sociedad democrática es inherente a todos los artículos del Convención [...]. Este principio implica el deber por parte del Estado de establecer un marco normativo para garantizar sus obligaciones en virtud de la Convención en general y del artículo 3 del Protocolo n.º 1 en particular [...]»; o *Animal Defenders*, citado anteriormente, § 101.

(41) Véase también, por una violación del artículo 3 del Protocolo n.º 1 debido a la falta de previsibilidad de la legislación que regula las finanzas de los partidos políticos, *Cumhuriyet Halk Partisi c. Turquía*, n.º 19920/13, 26 de julio de 2016. Dado el riesgo de que el escrutinio estatal de las finanzas de los partidos pueda ser utilizado como una «herramienta política para ejercer control sobre los partidos políticos», el Tribunal en ese caso exigió que las medidas legales impugnadas demostraran un alto grado de previsibilidad.

(42) Obsérvese que los «selfies» de la papeleta («ballot selfies»), una forma expresiva diferente que revela la identidad del votante, han sido objeto de debate de diferentes normas y sentencias judiciales en los Estados Unidos. El caso principal en Estados Unidos parece ser el de *Rideout v. Gardner* (838 F.3d 65 [1st Cir. 2016]) en el que el Primer Circuito sostuvo que una ley de New Hampshire que prohibía a los votantes compartir selfies de la papeleta era inconstitucional bajo la Primera Enmienda. El Código de New Hampshire, que desde 1911 había prohibido a los votantes mostrar a otros sus papeletas marcadas, había sido modificado para ampliar la prohibición a «tomar una imagen digital o fotografía de su papeleta marcada y distribuir o compartir la imagen a través de los medios sociales o por cualquier otro medio». Se consideró que la ley era excesivamente amplia, ya que restringía una forma de expresión con independencia del lugar, el momento y la forma en que se publicitaran esas imágenes.

desde *Animal Defenders*, el Tribunal ha tratado de lidiar con las «realidades contradictorias» a las que dan lugar Internet y las nuevas tecnologías. Ha reconocido, por un lado, que la actividad de intercambio de información e ideas generada por los usuarios en Internet proporciona una plataforma sin precedentes para el ejercicio de la libertad de expresión. Por otro lado, Internet puede servir de foro para la rápida difusión de formas de expresión ilícitas que pueden permanecer *online* de forma persistente y mutante (43). Un caso originado en Rusia, *Engels*, se refería a la orden judicial impuesta a un propietario de una página web. Tenía que retirar información sobre cómo eludir los filtros gubernamentales de identificación y bloqueo de páginas web en Rusia. Este caso reciente como las «realidades contradictorias» se están desarrollando en la propia jurisprudencia. El Tribunal consideró que se había violado el artículo 10 en ese caso. La injerencia denunciada no estaba prescrita por la ley. El marco jurídico ruso no establecía garantías capaces de proteger a las personas de los efectos excesivos y arbitrarios de las medidas de bloqueo generalizadas. El Tribunal también reconoció que «cualquier tecnología de la información puede ser subvertida para llevar a cabo actividades incompatibles con los principios de una sociedad democrática» y consideró que:

«[...] todas las tecnologías de la información, desde la imprenta hasta Internet, se han desarrollado para almacenar, recuperar y procesar información y ... [que] son neutrales en cuanto al contenido. Son un medio para almacenar y acceder a los contenidos y no pueden equipararse a los propios contenidos, sea cual sea su estatus legal» (44).

Merece la pena reflexionar sobre si esta asimilación de las nuevas tecnologías de la información con el invento de Gutenberg del siglo xv es realmente defendible hoy en día. Como mínimo, parece haber una tensión entre los casos de protección de datos en virtud del artículo 8 del Convenio –donde lo que suele estar en juego es el impacto *no neutral* de los nuevos medios en los que se almacenan o transmiten datos– y la presunción de neutralidad del contenido que encontramos en este caso ruso sobre el artículo 10. Como el mundo está descubriendo rápida pero tardíamente, no parece haber nada neutral en las noticias manipuladas y personalizadas por algoritmos (45).

(43) Véase *Delfi*, citada anteriormente, § 110: «El Tribunal señala en primer lugar que la actividad expresiva generada por los usuarios en Internet ofrece una plataforma sin precedentes para el ejercicio de la libertad de expresión. [...] Sin embargo, junto a estos beneficios, también pueden surgir ciertos peligros. El discurso difamatorio y otros tipos de discursos claramente ilícitos, incluidos los discursos de odio y los que incitan a la violencia, pueden difundirse como nunca antes, en todo el mundo, en cuestión de segundos, y a veces permanecen persistentemente disponibles en línea. Estas dos realidades contradictorias son el núcleo de este caso. [...] si bien el Tribunal reconoce que pueden obtenerse importantes beneficios de Internet en el ejercicio de la libertad de expresión, también es consciente de que, en principio, debe mantenerse la posibilidad de imponer responsabilidades por discursos difamatorios u otros tipos de discursos ilícitos, lo que constituye un recurso eficaz contra las violaciones de los derechos de la personalidad».

(44) *Engels v. Russia*, n.º 619/16, 23 de junio de 2020, §§ 39-40 (el subrayado es mío).

(45) Merece la pena recordar las palabras de Lord Bingham pronunciadas hace más de una década en *R. (on the Application of Animal Defenders International) v. Secretary of State for Culture, Media and Sport* (2008) UKHL 15, 28: «[...] es muy deseable que el terreno de juego del debate sea, en la medida de lo posible, llano. Esto se consigue cuando, en la discusión pública, se expresan, se contradicen, se contestan y se debaten opiniones diferentes. Los organismos de radiodifusión tienen el deber de lograr este objetivo de forma imparcial, presentando programas equilibrados en los que se

Finalmente, como todos sabemos, la cuenta de uno de los usuarios más prolíficos de Twitter, el expresidente de Estados Unidos Donald Trump, fue silenciada a principios de 2021. Facebook, Instagram y YouTube siguieron su ejemplo con suspensiones temporales e indefinidas. La cuestión de si la eliminación de la plataforma de un político o figura pública constituye una violación de su derecho a la libertad de expresión es compleja. Al menos en Europa, la respuesta a esta cuestión –que, por supuesto, no abordaré– podría encontrarse en el capítulo de obligaciones positivas de los Estados respecto al artículo 10, ya que las plataformas implicadas son de propiedad privada. También podría ser relevante el carácter político del discurso o del orador, la existencia de medios alternativos viables para que se expresen, y lo que podríamos denominar el «botón nuclear», el artículo 17 del Convenio. De acuerdo con este último artículo, ciertas formas de expresión –las que socavan los valores del Convenio– no se consideran dignas de protección (de modo que el artículo 10 se considera inaplicable). El Tribunal ha sido hasta la fecha reacio a recurrir al botón nuclear del artículo 17 (46). Sin embargo, en los últimos años, a medida que las autoridades nacionales se han esforzado por responder a la incitación al odio, a la violencia y a diversas formas de negacionismo y revisionismo, vemos que se recurre con más frecuencia a esta disposición (47).

Dejando a un lado cualquier respuesta judicial a las sanciones impuestas unilateralmente por las plataformas («deplatforming»), las prohibiciones contra Trump de parte de Twitter y Facebook llevaron a muchos políticos europeos a expresar su inquietud ante esta forma de censura privada por parte de las poderosas plataformas en línea. Sin embargo, cabe destacar que la tendencia de varios Estados europeos en los últimos años ha sido la adopción de una legislación que exige una supervisión más eficaz de las plataformas en línea y la eliminación de los contenidos ilegales (48). Por ello, hay quienes argumentan que existe una contradicción en criticar a las plataformas por hacer lo que muchos llevan años precisamente reclamando que hagan. Pero los riesgos que conlleva lo que estamos presenciando son, para todos, evidentes.

---

puedan ventilar todas las opiniones legítimas. No se consigue si los partidos políticos pueden, en proporción a sus recursos, comprar oportunidades ilimitadas para anunciarse en los medios de comunicación más eficaces, de modo que las elecciones se conviertan en poco más que una subasta. Tampoco se consigue si interesados bien dotados, que no son partidos políticos, pueden utilizar el poder del dinero para dar mayor relevancia a opiniones que pueden ser verdaderas o falsas, atractivas para las mentes progresistas o poco atractivas, beneficiosas o perjudiciales. El riesgo es que los objetos que son esencialmente políticos pueden llegar a ser aceptados por el público no porque se demuestre en el debate público que son correctos, sino porque, a fuerza de repetirse constantemente, el público ha sido condicionado a aceptarlos. Los derechos de los demás que una restricción del ejercicio del derecho a la libertad de expresión puede proteger adecuadamente deben incluir, a mi juicio, el derecho a ser protegido contra el daño potencial de la publicidad política parcial».

(46) Véase, por ejemplo, el caso *Féret*, citado anteriormente, en el que, en relación con la condena del presidente de un partido de extrema derecha por unas declaraciones realizadas durante una campaña electoral, prefirió no aplicar el artículo 17 en favor de una evaluación de la proporcionalidad de la injerencia en virtud del artículo 10, apartado 2, del Convenio.

(47) Véanse los casos enumerados en la hoja informativa sobre la incitación al odio. Disponible en: [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Hate\\_speech\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf)

(48) Véase, por ejemplo, la legislación austriaca, alemana y francesa enumerada por KUCZE-RAWY, A. «Does Twitter trump?», *Verfassungblog*, 2021, disponible en <https://verfassungsblog.de/twitter-trump-trump>

Como ven, se vuelve una y otra vez a la misma cuestión: la necesidad de una normativa clara y accesible que se adapte a lo que el Tribunal de Estrasburgo ha denominado las «realidades contradictorias» de nuestra era digital. El reto para los legisladores no es fácil. Examinando la legislación de Francia e Italia que buscaba contrarrestar las campañas de desinformación, el Relator Especial de la ONU ha advertido:

«Las prohibiciones imprecisas de la desinformación (pueden) de hecho facultar a los agentes gubernamentales con la capacidad de determinar la veracidad o falsedad de los contenidos en el ámbito público y político, en conflicto con los requisitos de necesidad y proporcionalidad [...]» (49).

Desde el punto de vista del Tribunal de Estrasburgo, independientemente de *cómo* los Estados decidan ejercer su margen de discreción (más o menos amplio) a la hora de tomar decisiones legislativas, será crucial la existencia de un control parlamentario y judicial riguroso, como ha establecido el caso *Animal Defenders*.

#### IV. ENTRA TAMBIÉN EL DERECHO DE LA UE EN JUEGO

Nos estamos empezando a percatar de un desafío muy real que los llamados medios sociales pueden suponer para los fundamentos mismos de la democracia liberal. Escribiendo en el *New York Times* tras el asalto al Capitolio, la profesora Shosana Zuboff abría su análisis de lo que considera el acuciante desafío a la propia democracia que supone la nueva era digital y la vigilancia privada en los crudos siguientes términos:

«Hace dos décadas, el Gobierno estadounidense dejó la puerta principal de la democracia abierta a las incipientes empresas de Internet de California, un acogedor fuego encendido en la bienvenida» (50).

Los principales casos de protección de datos resueltos o pendientes ante los dos tribunales europeos, en Estrasburgo y Luxemburgo, en los últimos años se han centrado en el potencial intrusismo de las medidas de supervisión y vigilancia del Estado y en los abundantes riesgos de abuso a los que pueden dar lugar. Sin embargo, estos riesgos no deben hacernos perder de vista otros que se han desarrollado en el sector privado, con todos nosotros desempeñando el papel de consumidor que paga y consiente. Autores como Zuboff examinan los riesgos que se derivan de la mercantilización de los datos personales, la amplificación algorítmica, la difusión

---

(49) Una de las medidas señaladas por el Relator Especial de la ONU son las iniciativas legislativas para combatir las noticias falsas y la desinformación. Citando ejemplos de iniciativas legislativas loables en Italia y Francia, la preocupación se centra en lo que puede hacerse con una legislación enmarcada en términos vagos y altamente subjetivos –utilizando palabras como «infundado», «tendencioso» o «falso»– y en su propensión, en manos equivocadas, a censurar la expresión de opiniones impopulares, controvertidas o minoritarias (p. 9): «Las prohibiciones vagas de la desinformación facultan efectivamente a los funcionarios del gobierno con la capacidad de determinar la veracidad o falsedad de los contenidos en el ámbito público y político, en conflicto con los requisitos de necesidad y proporcionalidad...».

(50) Véase ZUBOFF, S. «The Coup We Are Not Talking About», *New York Times*, 29 de enero de 2021.

y la microfocalización de la información (a veces de la desinformación). ¿Cuáles son los efectos de todo esto en la salud de nuestras democracias para las que, como he explicado anteriormente, la libertad de expresión y la libre circulación de la información han sido tradicionalmente el alma?

Si en España y en otros países del Consejo de Europa están en marcha desarrollos legislativos para contrarrestar los fenómenos nuevos que describo, parece que van a ir acompañados de otros a nivel de la UE. A finales del 2020, la Comisión Europea publicó su Plan de Acción Europeo para la Democracia y otros proyectos legislativos como la Ley de Servicios Digitales (DSA). El plan de acción establece medidas para promover elecciones libres y justas, reforzar la libertad de los medios de comunicación y combatir la desinformación. La DSA incluye mecanismos para animar a las plataformas en línea a realizar una supervisión y moderación voluntarias de los contenidos que en ellas se alojan, pero habrá que evitar la posibilidad de censura privada. Garantías procesales y mecanismos para asegurar el punto de equilibrio entre los derechos fundamentales en conflicto serán prioritarias en el funcionamiento de la nueva legislación.

Las leyes electorales y las normas que regulan la difusión de la información y las campañas políticas, que antes eran áreas de competencia puramente nacional y que se encontraban cómodamente dentro del margen de discreción de los Estados miembros, parece que se convertirán en una compleja mezcla de normas nacionales, de la UE y de la Convención, con todas las ventajas, pero también los inconvenientes y las dificultades legales a las que esa mezcla pueda dar lugar.

## V. CONCLUSIÓN

La democracia, como reiteró la Gran Sala de Estrasburgo en julio de 2020 en un asunto belga:

«Constituye un elemento fundamental del “orden público europeo”. Los derechos garantizados en virtud del artículo 3 del Protocolo n.º 1 son cruciales para establecer y mantener los fundamentos de una democracia efectiva y significativa regida por el Estado de Derecho y, por lo tanto, tienen una importancia primordial en el sistema del Convenio» (51).

También es importante reafirmar el principio fundamental que se ha mantenido en la jurisprudencia de Estrasburgo sobre el artículo 10 durante décadas: la libertad de expresión política es un valor fundamental en cualquier Estado democrático y cualquier restricción de esta debe justificarse cuidadosa y plenamente. Ninguna de las cuestiones (o de las señales de alarma) que he planteado debe interpretarse como un cuestionamiento de la importancia de este principio.

Sin embargo, el mundo digital está cambiando la naturaleza y la economía de las campañas políticas, de la política e incluso de la democracia tal y como la conocemos o la hemos conocido. Si la democracia es una de las principales virtudes de

---

(51) Véase *Mugemangango c. Bélgica*, citada anteriormente, § 67. Véase también el preámbulo del Convenio, según el cual los derechos humanos y las libertades fundamentales se mantienen mejor en una democracia política efectiva.

nuestras sociedades, cuya preservación ha otorgado precisamente a la libertad de expresión su gran valor, seguramente hay que colegir que la preservación de la propia democracia debe ser de igual, si no mayor, importancia que la libertad de expresión (52). Es posible, si no probable, que la jurisprudencia de Estrasburgo (y la nacional) tenga que adaptarse a la realidad de las elecciones del siglo XXI, y a las nuevas formas de expresión en un mundo digital. Para proteger adecuadamente los sistemas creados para garantizar la democracia, el Estado de derecho y el respeto de los derechos fundamentales, también debemos ser conscientes, constantemente, de las vulnerabilidades de estos sistemas y de la importancia de defender los valores esenciales que los sostienen.

---

(52) Véase CUMPER, P. «Balancing freedom of political expression against equality of political opportunity: the courts and the UK's broadcasting ban on political advertising», *Public Law*, n.º 1, 2009, pp. 89-111.

