

Andreas Voßkuhle*

Setenta años de la Ley Fundamental alemana: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre la libertad de prensa y de opinión a través del tiempo**

La libertad de opinión y la libertad de prensa se encuentran amenazadas en todo el mundo. El caso del periodista Jamal Khashoggi, asesinado a comienzos de octubre de 2018 en el consulado de Arabia Saudita en la ciudad turca de Estambul, causó gran asombro y horror. Pero la libertad de comunicación tampoco goza de buena salud en otras regiones del mundo. De acuerdo con la Clasificación Mundial 2019 de la ONG internacional Reporteros Sin Fronteras, en ninguna otra región del mundo se ha observado un deterioro tan marcado como en las Américas.¹ También la Unesco constata problemas, sobre todo con respecto al ejercicio de la libertad de prensa en América Latina. Si bien el actual resumen regional del organismo constata una tendencia creciente a crear condiciones legales marco que propicien la protección de la libertad de prensa y de opinión, también da cuenta de las dificultades existentes en la implementación y aplicación de dichos derechos. Los controles, la censura y las presiones, e incluso la violencia contra periodistas, ya no son la excepción.² El problema que algunos países de América del Sur están enfrentando en la actualidad es la discrepancia entre la normativa legal y su efectividad jurídica. El profesor de

* Presidente del Tribunal Constitucional Federal Alemán.

** Conferencia pronunciada el 19 de septiembre de 2019 en Cartagena de Indias, Colombia, con ocasión del XXV Encuentro Anual de Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales de América Latina y XIV Encuentro de la Jurisdicción Constitucional de Colombia.

¹ *Reporter Ohne Grenzen*, “Rangliste der Pressefreiheit Weltweite Entwicklungen im Überblick”, 18 de abril de 2019.

² United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, *World Trends in Freedom of Expression and Media Development, Latin America and the Caribbean 2017/2018*, 2018, p. 6.

Harvard Roscoe Pound describió el problema ya hace más de cien años, cuando hablaba de la divergencia entre “*law in the books*” y “*law in action*”.³

Si bien Alemania nunca ha dejado de ocupar uno de los primeros puestos en los estudios internacionales sobre libertad de prensa, también en ese país los medios se ven expuestos a hostilidades crecientes. Los ataques a los representantes de la prensa han alcanzado una nueva dimensión a partir del crecimiento del populismo de derecha. Durante el auge del movimiento Pegida (Patriotas europeos contra la islamización de Occidente) en el año 2015, las manifestaciones de la derecha populista estuvieron marcadas por un clima de abierta hostilidad hacia los medios. Sus representantes sufrieron ataques verbales y fueron objeto de difamaciones como “prensa mentirosa”; se produjeron actos de violencia, y fueron dañados, premeditadamente, teléfonos móviles y cámaras.⁴ A finales del verano boreal de 2018, la ciudad de Chemnitz fue escenario de violentas manifestaciones derechistas, después de que un joven murió como consecuencia de las puñaladas presuntamente infligidas por un solicitante de asilo, durante un festival organizado por la municipalidad. Los periodistas corrían peligro mientras informaban sobre las manifestaciones de grupos de derecha que habían sido autorizadas y los incidentes que las acompañaron. Algunos redactores afirmaron más tarde que “nunca antes se presenció tanto odio contra los medios”.⁵

Las agresiones y el rechazo, lejos de dirigirse exclusivamente contra los medios y la prensa, también se manifiestan en contra de las opiniones individuales, tanto de particulares como de políticos. De esta forma, las manifestaciones de opinión se pueden convertir en una fuente de peligro para la integridad personal. En algunos casos los disidentes y adversarios políticos son declarados enemigos y convertidos en blancos de odio. En junio de 2019, un político alemán fue asesinado frente a su casa; había defendido la política gubernamental hacia los refugiados y la cultura alemana de puertas abiertas. Luego de la detención del presunto asesino, los medios describieron a menudo un escenario de temor: ¿qué ocurrirá si las palabras se convierten en hechos?

Dos desafíos importantes complementan la situación que se acaba de exponer. La primera es de carácter técnico. Hace un tiempo observamos una profunda transformación del mundo digital. Los canales de comunicación tradicionales, los medios clásicos predominantes pierden su lugar, mientras se establecen nuevas formas de comunicación e interacción. En los medios sociales surgen nuevos foros y crece la incidencia de portales y buscadores de gran relevancia como Facebook y Google

³ Roscoe Pound, “Law in Books and Law in Action”, *American Law Review*, núm. 44, 1910, pp. 12 y ss.

⁴ Cfr. p. ej., “Legida-Demonstration mündet in Gewalt” [Manifestación de Legida se vuelve violenta], *Süddeutsche Zeitung*, 21 de enero de 2015.

⁵ “Noch nie so viel Hass auf Medien erlebt” [Nunca antes se presenció tanto odio contra los medios], *Tagesschau.de*, 2 de septiembre de 2018.

para orientar la percepción de la información como condición previa de la formación de opinión.⁶ Después de todo, la difusión de opiniones, así como de noticias falsas (*fake news*), casi no conoce límites de espacio ni de personas.

El segundo desafío está relacionado con el ser humano y, más específicamente, con el relacionamiento entre las personas. De un tiempo para acá enfrentamos un “cambio de clima en la comunicación”: se endurecen las posiciones que se asumen en el debate político y también la forma en que se presentan. Los partidos populistas recurren a provocaciones deliberadas y teorías conspirativas para desafiar la democracia. Se ha instalado una fuerte irritabilidad en la cultura del debate que exige respuestas adecuadas. Esto vale muy especialmente para la cultura del debate en internet, cuyo anonimato a menudo conlleva manifestaciones muy ofensivas y discriminatorias, un fenómeno que conocemos por el término *hate speech* o discurso de odio.

¿Cómo se posiciona la jurisdicción constitucional alemana ante la digitalización de la comunicación? Quien busca respuestas a este interrogante debe entender, en primer lugar, la importancia de las libertades de comunicación –sobre todo la libertad de opinión, pero también la libertad de prensa– y los posibles límites de la protección garantizada. En determinadas decisiones, que hoy se consideran históricas, el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG en alemán y TCF en español) estableció estándares relativos al ámbito de protección, la intervención y su justificación. A continuación se hará referencia a algunas sentencias y se explicarán sus principales enunciados. Seguidamente, se planteará el interrogante de si la Ley Fundamental (constitución alemana) y la jurisprudencia del TCF están preparadas para enfrentar los desafíos digitales del futuro.

1. Fundamentos de la jurisprudencia sobre la libertad de opinión y la libertad de prensa

1.1. Precomprensión

1.1.1. *Lüth: La libertad de opinión como fuerza impulsora de la democracia*

Quien expone sobre los inicios de la jurisprudencia del TCF en materia de libertad de opinión no puede pasar por alto una decisión que a menudo ha sido calificada como un –o tal vez, ‘el’– “faro de la historia del derecho de Alemania federal”.⁷ Consta

⁶ Cfr. Boris P. Paal y Moritz Hennemann, “Meinungsbildung im digitalen Zeitalter“ [La formación de opinión en la era digital], *Juristen-Zeitung*, 2017, pp. 641 y 643.

⁷ Recientemente, Uwe Volkmann, “Meinungsfreiheit für alles?“ [¿Libertad de opinión para todo?], *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 14 de marzo de 2019; cfr. también Max Steinbeis, “Wer ist Lüth? Und wer ist Harlan?“ [¿Quién es Lüth? ¿Y quién es Harlan?], en Hans Heinig y

en todos los manuales de derecho constitucional de Alemania y no puede faltar en las clases universitarias sobre derechos fundamentales: la sentencia Lüth del año 1958⁸ que, dicho sea de paso, ha encontrado un lugar en la exposición permanente sobre los primeros años del TCF en la sede del Tribunal. Seguramente, muchos estamos familiarizados con los antecedentes de esta sentencia que ha sentado un precedente; no obstante, quisiera recordarlos brevemente.

En la joven República Federal de Alemania de 1950, el presidente del Club de Prensa de Hamburgo, Erich Lüth, pronunció un discurso y publicó una carta abierta llamando a boicotear la película *La amada inmortal*, del director Veit Harlan. En los años del nacionalsocialismo Harlan había rodado la película de propaganda antisemita *El judío Süß*. La productora y distribuidora de *La amada inmortal* respondieron al llamamiento de boicot interponiendo una acción de cesación en contra del señor Lüth. El Tribunal Regional de Hamburgo concedió a los demandantes la razón y fundamentó su decisión en que el llamamiento a boicotear la película constituía un daño doloso contrario a la moral y a las buenas costumbres, de conformidad con el párrafo 826 del Código Civil alemán (BGB). El señor Lüth interpuso un recurso de amparo constitucional contra la decisión, alegando que se había vulnerado su derecho fundamental a la libertad de opinión (LF, art. 5, ap. 1, fr. 1).

El TCF concedió el amparo y revocó la sentencia del Tribunal Regional de Hamburgo. La fundamentación de la decisión ha marcado el rumbo en el estricto sentido del término, porque hasta hoy la jurisprudencia constitucional continúa avanzando por los caminos delimitados por la sentencia en la causa Lüth.⁹ Por un lado, el TCF emitió una opinión fundamental sobre el significado del artículo 5, apartado 1 de la LF para el orden social y democrático y para el proceso político. El derecho fundamental de la libertad de opinión se define como “absolutamente constitutivo” del régimen liberal-democrático del Estado, “porque solo este derecho posibilita el intercambio intelectual permanente, es decir, la confrontación entre las opiniones, como elemento vital de este tipo de régimen”. En alusión a lo expresado por el juez liberal de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica Benjamin N. Cardozo (1870-1938), los magistrados de Karlsruhe declararon que, de alguna manera, la libertad de opinión era la base de todas las libertades, *the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom*.¹⁰ A la luz de su importancia se consideraba inadmisibles que el alcance material del derecho a expresar

Frank Schorkopf (comps.), *70 Jahre Grundgesetz* [Setenta años de la Ley Fundamental], 2019, pp. 101 y 105.

⁸ Decisiones del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE, por su sigla en alemán), 7, 198.

⁹ Dieter Grimm, “Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts” [La libertad de opinión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal], *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, p. 1697.

¹⁰ BVerfGE 7, 198 (208); cfr. también el juez Benjamin N. Cardozo en el Proceso Palko contra Connecticut, 1937, 302, U.S. 319, 327.

una opinión estuviera sujeto a las relativizaciones del derecho común por la vía de las leyes generales, de acuerdo con el artículo 5, apartado 2 de la LF.¹¹ El Tribunal aclaró, asimismo, que en los asuntos de impacto público sustancial deben prevalecer la presunción de la admisibilidad de la libertad de expresión.¹²

Sin embargo, lejos de agotarse en los elogios patéticos de la libertad de opinión, la decisión en la causa Lüth extrae conclusiones dogmáticas concretas sobre la importancia de dicho derecho fundamental para la colectividad democrática. En el contexto de su decisión, el TCF tenía que resolver la cuestión de si la libertad de opinión también debía prevalecer en las relaciones jurídicas privadas y, de ser así, cómo debía aplicarse. El Tribunal aprovechó la ocasión para asentar la dogmática de los derechos fundamentales sobre nuevas bases. De esta manera, realizó una contribución importante a la eficacia de los mencionados derechos. Ya en su primera frase introductoria (*Leitsatz*) expresó: “Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores, que, como decisión constitucional fundamental, es válido para todas las esferas del derecho”.¹³ Según la interpretación del TCF, la eficacia frente a terceros no establece un efecto vinculante directo de los derechos fundamentales sobre los particulares en el sentido de las opiniones anteriormente defendidas por Hans Carl Nipperdey y Walter Leisner, entre otros.¹⁴ Pero los derechos fundamentales no dejan de ser aplicables también en las relaciones jurídicas privadas y ejercen un efecto vinculante “indirecto” sobre los particulares. De modo que tales derechos tienen que ser tomados en cuenta en las decisiones de la justicia civil y las disposiciones del derecho civil deben ser interpretadas y aplicadas de acuerdo con el espíritu de la constitución; para la puesta en práctica de tal influencia, la jurisprudencia podrá recurrir sobre todo a los conceptos jurídicos indeterminados y a las cláusulas generales. A partir de esas consideraciones, el TCF llegó a la siguiente conclusión: también la sentencia de un juzgado civil que resulte en la limitación del derecho de opinión puede violar el derecho fundamental consagrado en el artículo 5, apartado 1 de la LF.¹⁵ Esta conclusión, que en su momento revistió una importancia enorme y marcó un rumbo, resulta hoy más actual que nunca: piénsese, por ejemplo, en la forma en que las grandes empresas de internet como Facebook, Google y Twitter manejan las opiniones expresadas por personas particulares en sus plataformas.

¹¹ BVerfGE 7, 198 (208 s.).

¹² BVerfGE 7, 198 (212).

¹³ BVerfGE 7, 198.

¹⁴ Cfr. Hans Carl Nipperdey, *Grundrechte und Privatrecht* [Derechos fundamentales y derecho privado], Krefeld, 1961; Walter Leisner, *Grundrechte und Privatrecht* [Derechos fundamentales y derecho privado], München, Beck, 1960.

¹⁵ BVerfGE 7, 198 (212).

1.1.2. *Spiegel: garantía institucional de la libertad de prensa*

Pero no solo la opinión que se manifiesta con libertad cumple un papel fundamental para el funcionamiento de la colectividad democrática; también lo hace la libertad de prensa. Así lo estableció el TCF en su sentencia relativa a la revista *Spiegel* del año 1966.¹⁶ Su decisión partió de los siguientes antecedentes: en octubre de 1962, la revista de actualidad *Spiegel* (con una tirada de medio millón de ejemplares) publicó un artículo con el título “Capacidad de defensa reducida”, que abordaba la situación militar de Alemania Federal y de la OTAN, así como los problemas militares y estratégicos, y los planes para el futuro. Seguidamente, se dictó una orden de detención por sospecha de traición contra el editor de *Spiegel*, Rudolf Augstein, entre otras personas; además, se registraron las oficinas de la editorial en Hamburgo y Bonn. La Editorial Spiegel interpuso un recurso de amparo constitucional contra esta y otras medidas. Vista la amplitud del tema abarcado por esta conferencia, la presentación debe ser breve y concisa. Apenas permite intuir el alcance de aquellos hechos hasta el día de hoy, pero los acontecimientos y, sobre todo, la forma en que el gobierno federal de la época actuaba han encontrado un lugar en la historia política de la posguerra bajo el nombre ‘El escándalo Spiegel’.

Al exponer los principios de su decisión,¹⁷ el TCF afirmó que la prensa libre, sin censura, es un componente constitutivo del Estado libre y, por lo tanto, indispensable para la democracia moderna; que los ciudadanos solo están en condiciones de tomar decisiones políticas cuando se encuentran ampliamente informados, y conocen y contrastan las opiniones que otros se formaron;¹⁸ y que la prensa mantiene viva la discusión y actúa como fuerza orientadora del debate público, mientras establece el vínculo entre el pueblo y sus representantes elegidos en el Parlamento y el Gobierno. Asimismo, el TCF dejó en claro que la función pública que le corresponde a la prensa no debe ser asumida por el Estado y que las empresas periodísticas deben contar con la posibilidad de desarrollar libremente su actividad en la sociedad. Por esta razón, el TCF puso énfasis en las garantías institucionales de la libertad de prensa y, más específicamente, en la libertad de fundar órganos de prensa y el libre acceso a las profesiones periodísticas.¹⁹

La sentencia se hizo célebre gracias a los pasajes centrales referidos a las funciones de la prensa –que fueron respaldados por todos los magistrados– y se describe como un “hito” en el camino hacia la realización plena de la libertad de prensa en

¹⁶ BVerfGE 20, 162.

¹⁷ BVerfGE 20, 162 (174-178).

¹⁸ BVerfGE 20, 162 (174).

¹⁹ BVerfGE 20, 162 (175 s.).

Alemania²⁰ o –dicho en otras palabras– como “epílogo del Estado autoritario alemán”.²¹ La primera sección de la sentencia sigue muy presente en la memoria hasta hoy, a diferencia de la segunda: la subsunción se inicia con la premisa de que el examen de la orden de registro con arreglo a los criterios constitucionales expuestos no permitía constatar una violación del artículo 5, apartado 1 de la LF.²² Por lo tanto, el recurso de amparo constitucional no tuvo éxito con respecto al fondo material de la causa. Aunque hay que decir que el resultado fue sumamente ajustado: dos opiniones opuestas entre sí de manera irreconciliable –a favor y en contra de la existencia de la violación de un derecho fundamental–, cada una de ellas defendida por cuatro magistrados. La motivación de la sentencia comenzó con la premisa poco común de que “a juicio de una opinión” las razones expuestas a continuación indicaban la violación de un derecho fundamental. Posteriormente, se expuso la argumentación que apuntalaba la decisión. La contraposición se introdujo con la advertencia expresa del empate en las deliberaciones (párr. 15, apart. 2, fr. 4 de la BVerfGG),²³ por primera vez en una decisión publicada por el Tribunal.²⁴ El procedimiento se considera un paso importante en el camino hacia la introducción del voto disidente que se estableció oficialmente tan solo a comienzos de la década de los setenta.²⁵

A lo largo de la historia de la República Federal hubo otros registros a oficinas periodísticas. En reiteradas ocasiones los tribunales, y hasta el TCF, tuvieron que decidir si las órdenes de registro de oficinas editoriales se ajustaban al derecho. Algunas sentencias más recientes muestran que, a partir de los principios que orientaron la sentencia en la causa *Spiegel*, la balanza entre la libertad de prensa y la pretensión punitiva puede inclinarse a favor de la libertad de prensa. Así fue, entre otros casos, en la decisión en la causa *Cicero* de la Primera Sala del Tribunal en 2007:²⁶ esa revista política había incluido citas textuales de un informe de evaluación altamente reservado de la Oficina Federal de Investigación Criminal (Bundeskriminalamt, BKA) en un reportaje sobre un terrorista islamista. En el marco de la investigación por complicidad con la violación de secretos que se instruyó a continuación, se produjo un registro de la redacción de *Cicero*, que contó con el aval judicial necesario. El

²⁰ Cfr. Wolfgang Hoffmann-Riem, “Die Spiegel-Affäre 1962 – ein Versagen der Justiz?” [El escándalo Spiegel 1962: ¿fracasó la justicia?], *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2012, p. 225, con referencias adicionales.

²¹ Theo Sommer, *Die Zeit*, 17 de octubre de 2002.

²² BVerfGE 20, 162 (178).

²³ El párrafo 15, apartado 4, frase 3 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGG) en la versión incambiada desde 1951 establece: “En caso de empate de votos no se podrá dictaminar la violación de la Ley Fundamental ni de otras disposiciones de la legislación federal”.

²⁴ Evaluación propia del registro de decisiones y de la base de datos *juris*.

²⁵ Cfr. Gerd Rollecke, “Sondervoten” [Votos disidentes], *FS 50 Jahre BVerfG* [Miscelánea 50 años del BVerfG], vol. 1, 2001, p. 363.

²⁶ BVerfGE 117, 244.

redactor en jefe interpuso un recurso de amparo constitucional contra la orden, que resultó exitoso.²⁷ En su argumentación, el TCF hizo un resumen de los principios y enunciados fundamentales de la sentencia en la causa *Spiegel*: medios libres como base del régimen liberal-democrático, garantías institucionales para la prensa y la radiodifusión, y protección de los informantes.²⁸ A partir de su decisión en la causa *Cicero*, el Tribunal hizo énfasis en el último aspecto: la relación de confianza entre la prensa y sus fuentes de información. Esto generó consecuencias concretas a nivel del proceso penal: para proteger la libertad de prensa, las intervenciones contra sus representantes están sujetas a condiciones más estrictas. La Primera Sala lo formuló en estos términos: “Los registros y confiscaciones en el marco de la instrucción de la causa son inconstitucionales si su realización obedece a la finalidad exclusiva o primordial de averiguar la identidad del informante”.²⁹

De las sentencias en las causas *Lüth* y *Spiegel* se desprende que no existe una sola decisión maestra referida al artículo 5 de la Ley Fundamental, *sino varias*. La libertad de opinión y la libertad de prensa constituyen derechos fundamentales independientes. Esto vale específicamente para la libertad de prensa que no se limita a ser apenas un aspecto de la libertad de opinión, ni tampoco se agota en ella, como quedó establecido por el TCF en su sentencia de fines de la década de los cincuenta sobre la inhabilitación profesional con arreglo a la ley de prensa.³⁰ Sin embargo, existen puntos en común entre ambos derechos fundamentales. Hay una cercanía natural que se debe a razones estructurales: las garantías de los dos derechos son el objeto de la regulación establecida por el primer apartado del artículo 5 de la LF. Ambos pertenecen a los derechos fundamentales de la comunicación, cuya finalidad es la creación del pluralismo de opiniones en la sociedad.³¹ Ambos comparten el mismo destino como objeto de los límites que imponen las leyes generales con arreglo al apartado 2. Y ambos cumplen una función como derechos de defensa, pero también como derechos objetivos, porque revisten una importancia absolutamente constitutiva para el régimen liberal-democrático.³² Debido a estas coincidencias, algunos enunciados del TCF son válidos para ambas garantías. En la medida de lo conveniente, en lo que sigue, llamaré la atención sobre los paralelismos, aunque debido a las limitaciones de espacio, el énfasis de mis consideraciones estará puesto en la libertad de opinión.

²⁷ *Ibid.*, 244 s.

²⁸ *Ibid.*, 244 (258 s.).

²⁹ *Ibid.*, 244 (265).

³⁰ BVerfGE 10, 118 (121).

³¹ Christian Starck y Andreas Paulus, *Kommentar zum Grundgesetz: GG* [Comentario de la Ley Fundamental: GG], Hermann von Mangoldt, Friedrich Klein y Christian Starck (eds.), 7ª. ed., vol. 1, München: Vahlen, 2018, art. 5, núm. 61.

³² BVerfGE 35, 202 (221).

1.2. Un equilibrio difícil: el ámbito de protección de la libertad de opinión

1.2.1. *Campaña electoral: la opinión en su acepción amplia u “opinar” no significa solamente “emitir juicio”*

En consonancia con su importancia para el proceso democrático, la libertad de opinión goza de altos niveles de protección. No obstante, a nivel de los ámbitos de protección ha sido –y a veces sigue siendo– difícil establecer una definición del concepto de ‘opinión’ que dé seguridad jurídica en cada caso individual. Por esta razón, el esclarecimiento de las controversias conceptuales ha sido el tema de una decisión del TCF a comienzos de los años ochenta en torno a opiniones expresadas en una campaña electoral.

En el transcurso de la primera campaña electoral europea en el año 1979, un candidato del Partido Socialdemócrata de Alemania (Sozialdemokratische Partei Deutschlands, SPD) había manifestado durante varios mítines electorales que la Unión Socialcristiana (Christlich-Soziale Union, CSU) era el “NPD de Europa” (equiparándola de esta manera con el Partido Nacionaldemócrata de Alemania, Nationaldemokratische Partei Deutschlands, un partido ultraderechista). En respuesta, la CSU acudió a los tribunales para solicitar una medida cautelar en contra de una afirmación de hechos que, a su entender, no se ajustaba a la verdad y tenía un efecto degradante. Un Tribunal Regional Superior clasificó la afirmación recurrida como una aseveración de hechos incorrecta y, por lo tanto, la eximió del ámbito protegido del artículo 5, apartado 1, frase 1 de la LF.

El TCF rechazó esta interpretación restrictiva; la libertad de opinión garantizaría el derecho de todas las personas de manifestar sus opiniones con libertad. Todas las personas debían poder decir con libertad lo que pensaban, incluso cuando no dieran o no pudieran dar los fundamentos comprobables de sus opiniones.³³ Para poder determinar lo que constituye la manifestación de una “opinión” comprendida en la protección del derecho fundamental, serían definitorios los elementos de la toma de posición, de la consideración, de la opinión en el marco de una disputa intelectual, sin importar la veracidad o racionalidad de la manifestación. Efectivamente, la comunicación de un hecho en sentido estricto no sería una manifestación de “opinión”, porque le faltaría precisamente ese elemento. Sin embargo, se beneficia de la protección que brinda el derecho fundamental de la libertad de opinión, porque –y en la medida en que– constituye la condición necesaria para la formación de opiniones. En cambio, carece de protección todo aquello que no pueda contribuir a la formación de opiniones constitucionalmente requerida, sobre todo la afirmación premeditada o comprobada de hechos que no se ajustan a la verdad.

³³ BVerfGE 61, 1 (7).

A diferencia de la manifestación de una opinión *stricto sensu*, la protección de la comunicación de un hecho por el derecho constitucional depende de su veracidad.

Sin duda, el TCF propone, por principio, una interpretación muy amplia del concepto de opinión con arreglo al artículo 5, apartado 1, frase 1 de la LF. En la medida en que una manifestación se caracteriza por los elementos de la toma de posición, la consideración y la opinión queda comprendida en el ámbito de protección del derecho fundamental. Esto vale también cuando, como ocurre tantas veces, los mencionados elementos se combinan o se mezclan con afirmaciones de hechos, por lo menos en los casos en que los dos componentes no pueden ser separados y el contenido material queda en un segundo plano, detrás del juicio emitido. De no ser así, la protección de la libertad de opinión en su carácter de derecho fundamental se vería fuertemente restringida.

Hasta aquí la teoría. En la práctica, la clasificación según el esquema juicio-hecho puede crear dificultades, como lo muestra el caso de la manifestación durante la campaña electoral: el Tribunal Regional Superior clasificó la manifestación como una afirmación de hechos evidentemente falsa, no incluida en el ámbito de protección. En cambio, el TCF puso énfasis en que las circunstancias y la finalidad de la manifestación de opinión también debían ser tomadas en cuenta. Si se tomara la manifestación durante la campaña electoral literalmente, esta sin duda sería falsa e incluso absurda como afirmación de un hecho. Sin embargo, la finalidad de la manifestación había sido otra: el recurso a la polémica contra el adversario político, para diferenciarse con claridad y obtener votos. Por lo tanto, se trataba de elementos básicos de todas las campañas electorales comprendidas en el ámbito de protección del artículo 5, apartado 1, frase 1 de la LF.³⁴

Averiguar la finalidad y las circunstancias de una manifestación de opinión constituye un desafío; otro se plantea si los hechos y el juicio se entretajan en una manifestación: una vez más, la delimitación en cada caso plantea dificultades. Con la finalidad de garantizar la protección más exhaustiva posible de los derechos fundamentales, el TCF estableció una regla: si el sentido de un enunciado depende de la afirmación de un hecho y de la manifestación de una opinión por igual, la separación de los componentes fácticos de los elementos de juicio solo será admisible, si no tergiversa el sentido de la manifestación. Si tal diferenciación fuera imposible, la manifestación en su totalidad será tratada como una opinión en el ámbito de protección de esta libertad, porque de otra forma se estaría ante el peligro de una restricción sustancial de la protección de un derecho fundamental.³⁵

³⁴ BVerfGE 61, 1 (9 s.).

³⁵ BVerfGE 90, 241 (248).

1.2.2. *Wunsiedel: ¿opinión o insolencia? Ideologías totalitarias e inhumanas*

El ámbito de protección es igualmente amplio en lo que a los contenidos y la calidad de las manifestaciones de opinión se refiere. En efecto, la protección no se limita a opiniones valiosas, es decir, a aquellas con cierta calidad ética.³⁶ No importa que una opinión sea fundada o no, emocional o racional; que se la considere valiosa o sin valor, peligrosa o inofensiva.³⁷ El alcance de la protección ha sido definido por el TCF en su decisión acerca de la causa Wunsiedel. Dicha decisión se dictó luego de que las autoridades locales prohibieran una marcha conmemorativa del “suplente de Hitler”, Rudolf Heß, cuya tumba se encontraba en la ciudad bávara de Wunsiedel. En la fundamentación de la decisión se explica que la ley no obligaba a la ciudadanía a compartir personalmente las definiciones de valor en las que se apoya la Ley Fundamental. Ciertamente, la Ley Fundamental parte de la esperanza de que la ciudadanía acepte los valores generales de la constitución y los ponga en práctica, pero no impone la lealtad hacia dichos valores.

De esta manera, la protección del artículo 5, apartado 1 de la LF se extiende también a las opiniones que se pronuncian a favor de un cambio radical del orden político, con independencia de la posibilidad de su implementación, en general o en parte, en el marco del régimen establecido por la Ley Fundamental. Por consiguiente, hasta la difusión de ideas nacionalsocialistas como cuestionamiento radical del orden vigente no está automáticamente excluida del ámbito de protección de la libertad de opinión. La Ley Fundamental corre este riesgo y confía en la fuerza del debate sin restricciones como el arma más eficaz contra las demagogias irracionales y las campañas contra la dignidad humana.³⁸

1.3. Los límites del artículo 5, apartado 2 de la Ley Fundamental

La sentencia en la causa Lüth se puede interpretar como un fuerte compromiso con una vigencia lo más amplia posible de los derechos fundamentales de la comunicación, aunque no equivale a una garantía irrestricta de la libertad de opinión y la libertad de prensa. En efecto, las disposiciones del artículo 5, apartado 2 de la LF sobre las leyes generales representan un límite significativo y, a la vez, controvertido. El concepto de las leyes generales, que ya constaba en términos casi idénticos en el artículo 118 de la Constitución de Weimar, nunca dejó de suscitar opiniones divergentes. El requisito de generalidad se considera un “clásico” del derecho constitucional.³⁹ En su sentencia en la causa Lüth, el TCF integró los enfoques de interpretación

³⁶ BVerfGE 33, 1 (14 s.).

³⁷ BVerfGE 90, 241 (247); 124, 300 (320).

³⁸ BVerfGE 124, 300 (320).

³⁹ Stefan Huster, “Das Verbot der ‘Auschwitzlüge’, die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht” [La prohibición de la “mentira sobre Auschwitz”, la libertad de opinión y el Tribunal Constitucional Federal], *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, pp. 487 y 488.

divergentes (el llamado “principio de combinación”) y formuló dos condiciones para la vigencia general de una ley: en primer lugar, la ley no debe prohibir ni debe estar dirigida contra la manifestación de una opinión como tal; para la ley, un enfoque neutral respecto a las opiniones debe tener prioridad. En segundo lugar, la ley debe estar al servicio de un valor colectivo superior al ejercicio de la libertad de opinión.⁴⁰ Según lo expresado por el TCF, se busca prevenir la creación de un derecho particular contrario al proceso de la libre formación de opiniones que intente impedir los efectos intelectuales de las manifestaciones de opinión.⁴¹

Otro límite constitucional a las libertades de comunicación es el derecho al honor personal, que también es objeto de las disposiciones del artículo 5, apartado 2 de la LF. La protección específica de ese derecho se fundamenta en que el ejercicio de las libertades de comunicación implica el peligro elevado de que el honor de otras personas sea vulnerado.⁴² En más de una ocasión, el TCF se ha ocupado del conflicto entre la libertad de opinión y la protección del honor. La decisión sobre la negación del Holocausto (la “mentira sobre Auschwitz”) resume los principios fundamentales: como primer paso, se debe aclarar si la manifestación en cuestión constituye un juicio de valor al amparo de la libertad de opinión. De ser así, la protección comprende, por regla general, las afirmaciones de hechos que lo acompañen. Si el juicio de valor vulnera el derecho al respeto de la persona, la libertad de opinión suele prevalecer sobre la protección del honor personal, si se trata de un asunto de interés público. En cambio, la libertad de opinión queda en segundo lugar, si el juicio de valor se limita a la manifestación de injurias desconectadas de los hechos.⁴³

2. Ejes de desarrollo y desafíos

El repaso de las decisiones no deja lugar a dudas: el TCF ha sabido aprovechar sus numerosas sentencias programáticas para la definición de los contornos de la libertad de opinión y la libertad de prensa, para el desarrollo dogmático de las mismas y su perfeccionamiento. A partir de las directrices establecidas se abre la posibilidad de encontrar soluciones convenientes para múltiples problemas que sean conformes con los derechos fundamentales en cuestión. Asimismo, las herramientas proporcionadas por el TCF permiten, hasta cierto punto, dar respuestas a problemas novedosos. Desde luego, el proceso de digitalización al que asistimos conlleva la reconfiguración de esferas completas de la vida. Aspectos importantes de la interacción “análoga” tradicional están siendo transferidos a la red, entre ellos la puesta a disposición de información y su transferencia, así como la comunicación

⁴⁰ BVerfGE 7, 198 (209 s.).

⁴¹ BVerfGE 71, 206 (214).

⁴² Starck y Paulus, *op. cit.*, art. 5, num. 302.

⁴³ BVerfGE 90, 241 (248).

de opiniones, a veces controvertidas. Precisamente en este aspecto, es decir, en la difusión de opiniones personales, parece que en ocasiones se han desplazado los valores. La posibilidad de guardar el anonimato y la ausencia de interacción cara a cara son características de internet que facilitan una comunicación más libre, pero también más desenfrenada y desinhibida. A menudo presenciamos una fuerte “irritabilidad”⁴⁴ colectiva en la interacción. Esta puede desembocar en difamaciones y exposiciones e incluso en amenazas, en otras palabras, en un embrutecimiento de la cultura del debate. El interrogante de hasta qué punto la jurisprudencia está preparada para estas dos tendencias –la digitalización y, conjuntamente con ella, los desafíos para la libertad de opinión y la protección del honor personal y de la persona en internet– exige un análisis más pormenorizado.

2.1. La digitalización, ¿exige derechos fundamentales para la comunicación digital o una constitución digital?

La digitalización es el tema decisivo del siglo XXI, por lo menos hasta ahora. Impacta en la sociedad en su totalidad al igual que en cada uno de sus ámbitos, pero también en el derecho en todas sus especializaciones. La comunicación no desaparece; se acelera, se hace más global y anónima. Las consecuencias de este proceso afectan a los medios de comunicación tradicionales. Cada vez más, la comunicación interpersonal pasa al dominio del correo electrónico, la mensajería instantánea y la telefonía por internet, con consecuencias también para la formación de opinión y el intercambio de información. Hace 25 años no se podía prever la importancia de internet en todas sus manifestaciones; y menos aún lo podían imaginar quienes crearon la Ley Fundamental.

Surge, por consiguiente, el interrogante de si nuestra Constitución está en condiciones de reaccionar adecuadamente a las realidades y los desafíos nuevos y diferentes, o si, por el contrario, ha llegado el momento de adoptar una constitución digital. La idea de elaborar una nueva normativa para el mundo digital no es nueva. Hace varios años existe, sin ir más lejos, una iniciativa a nivel europeo que propone la adopción de una “carta de derechos digitales de la Unión Europea”, una carta digital, cuyos promotores –ciberactivistas, políticos, científicos, escritores, periodistas y defensores de los derechos civiles– están interesados, esencialmente, en presentar un documento base para la discusión pública sobre los derechos fundamentales en la era digital.⁴⁵

⁴⁴ Cfr. Bernhard Pörksen, *Die große Gereiztheit: Wege aus der kollektiven Erregung* [La gran irritabilidad: cómo superar la agitación colectiva], München, Carl Hanser Verlag, 2018; posiblemente en alusión a *La montaña mágica*, de Thomas Mann.

⁴⁵ Cfr. también Regina Dräger, “Meinungsfreiheit in der digitalen Welt” [La libertad de opinión en el mundo digital], *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2019, pp. 78 y ss.

Sin embargo, cabe la pregunta de si los nuevos desafíos digitales requieren la introducción de un nuevo marco normativo constitucional o si, por el contrario, el TCF tiene la capacidad de responder de forma dinámica y específica en cada situación a las nuevas condiciones, haciendo uso de las herramientas ya disponibles de la interpretación y el desarrollo judicial del derecho. Para resolver esta cuestión ayudará un repaso –necesariamente superficial– de las respuestas mediante las cuales el TCF ha enfrentado las nuevas tendencias y los cambios sociales hasta ahora.

A modo de ejemplo de la perspectiva flexible y generalmente abierta a las nuevas tendencias que el TCF ha adoptado para la interpretación de la Ley Fundamental en el pasado, quisiera mencionar tres “innovaciones de derechos fundamentales”;⁴⁶ estas se refieren al ámbito personal y privado del ser humano y, por ende, a un espacio que, al igual que la comunicación de nuestros días, se caracteriza por la velocidad de sus cambios o que, por lo menos desde la fundación de la República Federal de Alemania, ha estado sujeto a múltiples procesos de transformación. En lo referido a la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana, a lo largo de las décadas el TCF se ha apoyado en estructuras de protección existentes para establecer numerosos derechos fundamentales nuevos.

En la sentencia de la causa Soraya de 1973,⁴⁷ el Tribunal desarrolló el derecho general de la personalidad, a partir de la combinación de los artículos 2, apartado 1, y 1, apartado 1 de la LF. Dicho en pocas palabras, este derecho protege el ámbito de la vida y de la libertad del individuo contra posibles intromisiones. De esta manera, el TCF se propuso crear una protección contra los riesgos aún desconocidos que podrían amenazar la esfera vital directa de la persona y complementar la protección de los derechos de la personalidad que no se habían atendido. Por diferentes razones, su ausencia se había hecho notar cada vez más con el paso de los años.⁴⁸ En 1983, el derecho general de la personalidad experimentó una diferenciación: la sentencia de la Primera Sala referida al censo de población⁴⁹ representa otra innovación de un derecho fundamental, en este caso el derecho a la autodeterminación informativa. Cada persona tiene el derecho a decidir sobre el momento en que se dan a conocer determinadas circunstancias personales y a establecer los límites de tal divulgación. La necesidad de adoptar la decisión surgió a partir de la recogida de ciertos datos por las autoridades estatales, sobre todo por la posibilidad de su vinculación con otros datos y su procesamiento digital. En el año 2008, el TCF dejó constancia de que había llegado a la era de la información digital. Su sentencia sobre el llamado

⁴⁶ Cfr. sobre el concepto, con referencias adicionales, Ines Härtel, “Digitalisierung im Lichte des Verfassungsrechts – Algorithmen, Predictive Policing, autonomes Fahren” [La digitalización a la luz del derecho constitucional: algoritmos, actuación policial predictiva, conducción autónoma], *Landes- und Kommunalverwaltung*, 2019, pp. 49, 52 y ss.

⁴⁷ BVerfGE 34, 269.

⁴⁸ Cfr. BVerfGE 34, 269 (281 s.).

⁴⁹ BVerfGE 65, 1.

allanamiento en línea⁵⁰ significó la creación de un verdadero derecho fundamental de las tecnologías de la información, cuyo nombre suena ciertamente complejo: “Derecho fundamental a la garantía de la confidencialidad e integridad de los sistemas de tecnología de información”. De esta manera, el Tribunal adaptó la protección de los derechos fundamentales al progreso técnico y digital. Los derechos fundamentales preexistentes no permitían restringir ni controlar debidamente el acceso secreto del Estado a los ordenadores privados: en opinión del Tribunal, las garantías existentes para la protección de la esfera privada (arts. 10 y 13 de la LF, derecho a la autodeterminación informativa) no se ajustaban a los respectivos ámbitos protegidos; no obstante, la Primera Sala tenía plena conciencia de que el registro secreto de un acervo de datos importante puede significar una intervención especialmente grave, comparable con el registro de un apartamento en el “mundo análogo”. Este reconocimiento fue tenido en cuenta de manera prospectiva. Si nos centramos en la forma en que los individuos actúan en internet, se plantea la cuestión de por cuánto tiempo deben ser guardadas las informaciones y de si existe un “derecho a olvidar y ser olvidado”. En los próximos meses se dictará una sentencia sobre un recurso de amparo constitucional en esta materia.⁵¹

El ejemplo del derecho a la personalidad descubre el potencial del desarrollo judicial del derecho como parte tradicional de la jurisprudencia y, por lo tanto, también de la constitucional.⁵² Al cumplir esta función, la jurisprudencia se propone hacer valer, en condiciones cambiadas y con la mayor fiabilidad posible, el sentido y la finalidad de una ley, tal como fue definida por el legislador o, de lo contrario, llenar una laguna regulatoria contraria a su lógica con la ayuda de sus métodos probados de interpretación.⁵³ Esto se puede lograr con éxito también en el ámbito de los derechos fundamentales de la comunicación en la era de internet, de los medios electrónicos y de las redes sociales. La comprensión históricamente desarrollada de la comunicación y su importancia, tanto para el orden social democrático como para el proceso político, no se hace prescindible en la era digital. También es posible aplicar los principios de interpretación que se establecieron con relación al artículo 5 de la LF al registro y la valoración de los contenidos de las manifestaciones, con independencia de la forma en que fueron difundidos. A partir de la diferenciación entre manifestación de opinión y afirmación de hechos que el TCF estableció en la era análoga, los fenómenos novedosos como las llamadas noticias falsas o la vinculación de contenidos ajenos –por ejemplo, los tuits de terceros–⁵⁴ pueden ser definidos y controlados por el derecho constitucional.

⁵⁰ BVerfGE 120, 274.

⁵¹ 1 BvR 16/13.

⁵² Cfr. BVerfGE 82, 6 (11 y ss.); 132, 99 (127).

⁵³ Cfr. BVerfGE 132, 99 (127 s., nm. 74 s.).

⁵⁴ Cfr. al respecto, Christian Hoffmann, Anika D. Luch, Sönke E. Schulz y Kim Corinna Borchers, *Die digitale Dimension der Grundrechte* [La dimensión digital de los derechos fundamentales], Baden-Baden, Nomos Verlag, 2015, pp. 130 y ss.

2.2. La protección del honor en la era de internet

La jurisprudencia del Tribunal ofrece, asimismo, una sólida perspectiva de futuro con respecto al segundo gran desafío, la protección del honor personal en la comunicación digital. Precisamente, las manifestaciones vertidas en blogs, salas de chat y portales de valoración en línea exponen con claridad la relación de tensión entre el honor personal y la libertad de opinión. La posibilidad de emitir opiniones al instante, con un potencial ilimitado de visibilidad, por un lado, y el enorme anonimato de internet, por el otro, pueden operar a favor de la intimidación virtual y el discurso de odio. Así, en última instancia, los portales de valoración digital, por ejemplo, de docentes, médicos o jueces, pueden convertirse en un problema cuando la evaluación, en lugar de limitarse a la actuación profesional de las personas, da lugar a la difamación y la exposición en la “picota digital”.

Pero las nuevas formas de comunicación digital no deben hacernos olvidar que la crítica ha existido desde siempre, incluso como crítica injuriosa (*Schmähkritik*). Por esta razón, el TCF ha podido adoptar una serie de decisiones que han ayudado a diferenciar la relación entre la libertad de opinión y la protección del honor. Hace casi 25 años, en la sentencia del Caso “Soldados son asesinos”, el TCF formuló algunos principios relevantes para sopesar la libertad de opinión y el derecho al honor personal.⁵⁵ Según esos principios, la ponderación constitucional debe partir, una vez más, de la importancia absolutamente constitutiva de la comunicación sin límites para el régimen liberal-democrático. De este enfoque no solo se desprende la presunción a favor de la libertad de expresión en cuestiones de relevancia pública, sino también la obligación de actuar con cautela a la hora de interferir con los derechos fundamentales de la comunicación. En cambio, si se trata de manifestaciones degradantes que cumplen el criterio formal de la difamación o la injuria, la protección del honor prevalece regularmente sobre la libertad de opinión.⁵⁶ Sin embargo, vistos los efectos del concepto de crítica injuriosa que se imponen a la libertad de opinión, el TCF adoptó una definición muy exacta del concepto que había sido desarrollado por la jurisdicción regular. Según dicha definición, la manifestación de una crítica exagerada que llegue hasta el insulto no constituye, en sí, una injuria. Para que sea así, la manifestación ya no debe centrarse en la discusión material, sino en la difamación de la persona; debe trascender la crítica –posiblemente polémica, hasta exagerada– y poner el énfasis en la degradación de la persona.⁵⁷ Dichos principios se aplican por regla general a grupos de personas; no obstante, debe existir la posibilidad de una individualización de los integrantes del grupo, lo que exige un examen particularmente meticuloso, si se trata de colectivos o instituciones. Por consiguiente, quien quiere expresar sus convicciones pacifistas puede referirse a los

⁵⁵ BVerfGE 93, 266.

⁵⁶ Cfr. BVerfGE 93, 266 (294).

⁵⁷ Cfr. con anterioridad BVerfGE 82, 272 (283 s.).

soldados como “asesinos”, sin que dicha expresión implique un insulto. En este caso, el TCF habla de una crítica exagerada o de un insulto, pero no de crítica injuriosa.

Con los años, la forma de las críticas se ha endurecido, al tiempo que se adaptó a la tendencia digital o global hacia el uso creciente de anglicismos. En cambio, la jurisprudencia de la Primera Sala del Tribunal sigue marchando por lo general sobre los carriles de la sentencia en el caso “Soldados son asesinos”, según la cual las críticas injuriosas constituyen raras excepciones. Siguiendo esta línea de razonamiento, la individualización suficiente de los integrantes de un grupo ha sido negada, entre otras, en dos decisiones más recientes, que se ocuparon de la crítica de la policía: así, a partir de la imposibilidad de una delimitación exacta, la exposición del eslogan “ACAB” (*All Cops Are Bastards*) o de otras formulaciones similares⁵⁸ no constituía un insulto. En otro caso, en el que una fiscal había sido calificada de “loca”, “repugnante” y “enferma mental”, el Tribunal llegó a la misma conclusión:⁵⁹ la protección del derecho fundamental a la libertad de opinión no se limitaba a las manifestaciones razonadas y diferenciadas, sino que comprendía también las críticas mordaces, polémicas y exageradas, mientras se pudiera establecer una referencia temática; a los tribunales les habría faltado profundidad en el abordaje de la cuestión de si la crítica extremadamente dura no habría formado parte de un debate material de fondo. Otra sentencia, que la Sala competente del TCF adoptó recientemente, apunta en una dirección similar: en un juicio civil se había comparado la conducción de la audiencia por la jueza del caso con los tribunales especiales nacionalsocialistas y los juicios por brujería.⁶⁰ La subsiguiente condena por insulto fue anulada por el TCF; una vez más, la clasificación de las manifestaciones como crítica injuriosa por los tribunales regulares habría sido injustificada, porque no se trataba exclusivamente de la degradación de la persona afectada, al existir una referencia sustancial al juicio civil que el querellante había iniciado.

Las decisiones que acabamos de mencionar permiten identificar el impulso ininterrumpido de la jurisprudencia constitucional en materia de libertad de prensa y protección del honor. Al contrario de lo que los críticos del TCF han sostenido en varias ocasiones,⁶¹ no se trata de minimizar la protección del honor. Se trata, en cambio, de hacer justicia a la importancia de los derechos de comunicación, sin perder el contacto con las tendencias de evolución de la sociedad. En este contexto, hay que reaccionar ante un fenómeno que percibimos como endurecimiento o embrutecimiento de la cultura de la controversia, que se ha instalado como parte de la realidad social y no puede ser negado. Ante las manifestaciones que se vierten en

⁵⁸ FCK*CPS (= Fuck Cops), cfr. BVerfG, decisión de la 3ª Sección de la Primera Sala - 1 BvR 1036/14 -, NJW 2015, 2022.

⁵⁹ BVerfG, decisión de la 3ª Sección de la Primera Sala - 1 BvR 1 BvR 2646/15 -, NJW 2016, 2870.

⁶⁰ BVerfG, decisión de la 2ª Sección de la Primera Sala del 14 de junio de 2019 - 1 BvR 2433/17.

⁶¹ Referencias en Starck y Paulus, *op. cit.*, art. 5, núm. 310.

los medios sociales, el TCF no perderá de vista la realidad. Obviamente, habrá que prestar mayor atención a aspectos específicos, como el alcance de los mensajes y la velocidad de los cambios en internet, para poder reaccionar adecuadamente. Pero, en principio, no habrá que abandonar las normas constitucionales del “mundo análogo”.

3. Balance y perspectivas

Por décadas, diversas controversias políticas e históricas a veces duras han ocupado al TCF y dejado huellas en su jurisprudencia sobre la libertad de opinión y la libertad de prensa. Lamentablemente, en la Alemania del año 2019, las ideologías inhumanas ultraderechistas y su divulgación, lejos de pertenecer al pasado, continúan presentes. Por ejemplo, el año pasado, el TCF tuvo que ocuparse de una mujer de casi 90 años que negaba el Holocausto y su condena penal.⁶² En términos generales, se observa un clima de sobrecalentamiento de la comunicación, cuyas expresiones percibimos a través de los discursos de odio, las discriminaciones y las teorías conspirativas.

A esto se agregan algunos desafíos globales a la libertad de opinión de los últimos tiempos: vivimos en la era de internet y de las redes sociales que facilitan la difusión global de contenidos en cuestión de segundos. Esto está en la base de fenómenos novedosos como las llamadas noticias falsas y los “hechos alternativos”. Frente a ellos debe existir una delimitación practicable entre la manifestación de una opinión y la afirmación de un hecho que carece de veracidad. Cambia, asimismo, la forma en que se manifiestan las opiniones. Las discusiones en la World Wide Web son anónimas, las manifestaciones en los foros de internet no solamente faltan a menudo a las reglas del tacto y la cortesía, sino que también se muestran abiertamente hostiles y ofensivas.

El repaso de casi 70 años de jurisprudencia constitucional en materia de libertad de opinión no deja dudas: el TCF no adhiere a la posición del “todo o nada”; al contrario, busca soluciones diferenciadas que tomen en cuenta todos los derechos fundamentales en tensión, para alcanzar soluciones convenientes en cada caso.⁶³ Ciertamente, los resultados de la ponderación resultan menos previsibles que la preferencia generalizada de la libertad de opinión, como la practica en parte la Corte Suprema de Estados Unidos. Desde esta perspectiva, los juicios de valor que se emiten en el debate público deben ser admitidos siempre, por ofensivos o dañinos que sean. Se trata de una pérdida menor en materia de seguridad jurídica que se compensa con una mayor justicia en cada caso específico, un aspecto que no se debe subestimar.

⁶² BVerfG, decisión de la 3ª Sección de la Primera Sala del 22 de junio de 2018 - 1 BvR 673/18, juris (Ursula Haverbeck).

⁶³ Grimm, *op. cit.*, pp. 1697, 1704 y ss.

Lo que sí es claro es que se cruza una línea roja cuando las palabras se convierten en hechos. El Estado debe intervenir cuando “las manifestaciones de opinión trascienden la esfera estrictamente intelectual de lo que se considera correcto para dar lugar a violaciones de bienes jurídicos o a situaciones que constituyen un peligro”.⁶⁴ Lo mismo vale para la crítica injuriosa abiertamente hostil que se manifiesta como fin en sí mismo. Este principio ha dado sus frutos en el Estado constitucional alemán y permitirá que se reaccione con discernimiento en el futuro. Por supuesto, esto no excluye que se introduzcan determinados ajustes en respuesta a los nuevos desafíos (técnicos).⁶⁵ Pero de cara a los cambios técnicos de nuestro tiempo, para el jurista y magistrado constitucional es tranquilizante que los principios y lineamientos desarrollados *offline* no dejarán de desplegar su capacidad estructuradora en los tiempos de la digitalización.

⁶⁴ BVerfGE 124, 300 (330).

⁶⁵ Cfr. p. ej., Volkmann, *op. cit.*