

ACERCA DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE LIBERTAD DE EXPRESION (*)

Por JUAN JOSE SOLOZABAL ECHAVARRIA

SUMARIO

1. Las coordinadas generales extrajurídicas del debate sobre la libertad de expresión en España.—2. Dos lagunas en la jurisprudencia constitucional: libertad interna de prensa y conflicto entre libertad de expresión y otros bienes constitucionalmente protegidos.—3. Los supuestos de la teoría de la democracia y de los derechos fundamentales de la jurisprudencia constitucional en materia de libertad de expresión: la democracia como orden político basado sobre la verdad y la concepción limitada de los derechos fundamentales.—4. El núcleo esencial de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la libertad de expresión y sus límites: libertad de expresión y derecho a la información; asuntos de relieve público o materias meramente privadas.—5. Algunos aspectos discutibles de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión.

1. LAS COORDENADAS GENERALES EXTRAJURIDICAS DEL DEBATE SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESION EN ESPAÑA

Parece necesario, dados los límites obligados de mi intervención, acotar el terreno en el que la misma ha de moverse y la perspectiva que utilizo y, por consiguiente, las que excluyo para su verificación.

(*) Recojo en esta nota mi intervención en la mesa redonda que sobre la libertad de expresión tuvo lugar en el marco de un programa Erasmus en la Universidad Autónoma de Madrid el pasado mes de marzo, participando asimismo los profesores Manuel Aragón, Paolo Caretti, Jorge Miranda y Roberto Zaccaria.

Me propongo ocuparme básicamente de la aportación doctrinal del Tribunal Constitucional sobre la libertad de expresión, esto es, centrarme exclusivamente en los tópicos principales o argumentos esenciales del Tribunal Constitucional sobre el derecho de todos a una comunicación del pensamiento sin trabas, el derecho o conjunto de derechos a que se refiere nuestro artículo 20.

Ocuparme de la libertad de expresión desde el acotamiento que de su problemática hace el Tribunal Constitucional es una opción discutible, aunque naturalmente me parece una perspectiva razonable no sólo por la estimabilísima calidad de muchos de los pronunciamientos al respecto de dicha instancia, sino porque es la adoptada por alguien, como es mi caso, que ha denunciado la actitud de reverencial acatamiento de muy buena parte de nuestra doctrina respecto del Tribunal Constitucional, en concreto sobre derechos fundamentales y autonomías territoriales, aunque la haya explicado, me parece, en términos nada desfavorables para el propio Tribunal, quien, practicando con el modesto ejemplo, ha intentado una caracterización de estos derechos en un plano muy poco dependiente de su jurisprudencia, utilizando al respecto las aportaciones de la teoría general de los derechos fundamentales y en concreto la de la teoría de la garantía institucional, de procedencia doctrinal alemana sobre todo.

El señalamiento de la dependencia jurisprudencial constitucional tiene su importancia a efectos de explicar, insisto, la perspectiva desde la que hablo, lo que no me ahorrará las críticas que considere pertinentes a la misma, pero que ya en este momento implica orillar un doble tipo de problemática que, no obstante, merece algún breve comentario.

Me refiero naturalmente al clima o las coordenadas generales de tipo extrajurídico en que entre nosotros está transcurriendo el debate sobre la libertad de prensa y sus límites y que quizá no es todo lo adecuado que debiera, en razón principalmente a dos equívocos que tal vez convendría despejar. El primero tiene su origen en la ignorancia por parte del Gobierno en relación con la crispación o enrarecimiento de la situación de la prensa de las auténticas causas de la misma. Al respecto, habría que recordar al Gobierno su escasamente adecuada idea del nivel de crítica que una sociedad sana y un ejecutivo respetuoso con el pluralismo y sensible con el significado del debate político deben aceptar. Creo que podría ser pertinente aducir una advertencia que yo he aducido en algunas ocasiones: me refiero a la incomodidad de la libertad de prensa para el poder y su acritud e incluso arbitrariedad. Como afirmó el juez Jackson en el caso *Thomas vs. Collins* (1945): «Esta libertad no fue protegida porque los padres fundadores (de la Constitución) esperaban que su uso habría de ser siempre agradable a los investidos de autoridad o que su ejercicio siempre sería sabio, moderado o útil para la

sociedad. Como yo entiendo sus intenciones, esta libertad fue protegida porque ellos no conocían otro medio por el cual los hombres libres pudieran realizar la democracia representativa.»

Nuestro Tribunal, en la sentencia sobre el caso de José María García, se ha referido, por su parte, al carácter «extremadamente penoso» de la crítica en una democracia. Pero sobre todo habría que hacer ver al Gobierno que el alto nivel, y a veces ciertamente turbulento, de las aguas de la prensa es debido a las dificultades, de justificación constitucional dudosa, de obstaculización institucional o parlamentaria del debate político, de modo que se produce una sobrecarga en la prensa en razón de las dificultades que el debate tiene en su sede principalmente, aunque no exclusivamente, parlamentaria.

A mi juicio, el Gobierno haría bien, en primer lugar, reconociendo estos orígenes a su problema y no sólo el de una inadecuada cobertura penal de los excesos de la libertad de expresión, y en segundo lugar, admitiendo algo que es bastante evidente, esto es, la imposibilidad en democracia de escapar a la responsabilidad política que se verifica siempre en un sistema abierto, aunque sea por unos procedimientos no tasados para ello y con unos costes muy fuertes y sensiblemente superiores a los previstos cuando dicha responsabilidad no se ha sustanciado por los mecanismos constitucionalmente establecidos.

La crispación del debate sobre la posición de los medios tiene asimismo otras causas, como la de la lucha por la supervivencia de los mismos en un mercado inflacionado de ellos y cuyos componentes definitivos están sin determinar y con una orientación favorable de la oposición a utilizar cualquier tipo de argumento en la arena política.

Hay otro componente que no debe ser olvidado en la fijación del contexto extrajurídico del debate sobre la libertad de prensa. Me refiero a la actitud tal vez muy extendida entre los profesionales del periodismo de identificar licitud jurídica y razonabilidad. El derecho es una linde que no asegura la conveniencia o plausibilidad de lo no prohibido. De modo que los tribunales de justicia no son la instancia adecuada desde la que proponer la conducta que se espera de los medios de comunicación en una democracia. Corresponde primordialmente a la propia cultura política de la sociedad o al decoro profesional establecer, a través de los mecanismos que se estimen pertinentes, los estándares a tener en cuenta para juzgar la contribución de los medios al debate político de la sociedad.

Estas materias quedan naturalmente fuera del alcance de la doctrina constitucional de la libertad de expresión, pues aunque los datos político-ideológicos afecten a las condiciones en que se desarrolla la actividad del Tribunal, en el doble sentido de que condicionan el tipo y el volumen de asuntos puestos

a su conocimiento, así como a la receptividad de la sociedad a su propia actividad jurisdiccional, permeando incluso los criterios de precomprensión del Tribunal, éste naturalmente se limita a resolver los casos sobre lesiones de la libertad de expresión con criterios, estándares y argumentos exclusivamente jurídicos.

2. DOS LAGUNAS EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL:
LIBERTAD INTERNA DE PRENSA Y CONFLICTO ENTRE LIBERTAD DE EXPRESION
Y OTROS BIENES CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS

Pero aun admitiendo la acotación elegida de la jurisprudencia constitucional, esto es, dando por bueno que un tratamiento de la problemática de la libertad de expresión pueda prescindir del contexto o los datos sociopolíticos en que se produce, hay que resaltar que sobre el señalamiento de las deficiencias o puntos de la misma en que no estemos de acuerdo o cuyas conclusiones no aceptemos, y a ello volveremos luego, ha de señalarse que la doctrina de nuestro Tribunal hasta el momento presenta algunas lagunas de importancia. No me referiré a la necesidad de profundizar en la caracterización de la libertad de expresión como derecho de libertad y la comprensión correcta de sus implicaciones institucionales, cuestión esta que exige relacionar en sus términos adecuados la libertad de expresión con la teoría de la garantía institucional y la teoría institucional de los derechos fundamentales, cosas diferentes, aunque me parece no distinguidas con la suficiente penetración por la doctrina del Tribunal y que suscita el problema de considerar las consecuencias derivadas, tanto en el plano dogmático como en lo referente a la titularidad, alcance y protección de la libertad de expresión, del relieve político de ésta y que a mi juicio no pueden llevar a proponer como alternativas de calificación la condición de la libertad de expresión de derecho de libertad y su aspecto o dimensión institucional.

No querría abundar en esta problemática, capital ciertamente, pues es muy difícil de acertar en la práctica, esto es, solucionar adecuadamente conflictos jurídicos, proponiendo adecuaciones justas y razonables entre intereses encontrados, y esto es lo que se pide a una ciencia práctica o arte como es el derecho, sin una buena teoría. Pero naturalmente la teoría la aplican y la invalidan o confirman los jueces, pero la realizan los profesores desde la cátedra y las publicaciones.

Me refiero en concreto a la ausencia de la doctrina del Tribunal de dos tipos de problemas ciertamente relevantes en la temática que estudiamos: el

de la libertad interna de prensa y el de los conflictos de la libertad de expresión no con otros derechos, sino con las exigencias derivadas de la protección de algunos bienes constitucionalmente reconocidos.

Sobre la libertad interna de prensa es necesario decir brevísimamente algunas cosas. En primer lugar, que la misma constituye una ilustración de la problemática de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales y, en concreto, es una muestra de la maduración de los mismos, en consonancia con desarrollos que no podemos sino aludir y que vienen a reparar en el hecho de que en virtud de la autonomía de la sociedad algunos sujetos de la misma disfrutan de un rol de preeminencia del que se pueden derivar ataques por su parte a los derechos fundamentales, en razón del propio contenido de éstos, de los demás.

En segundo lugar, resaltar que, en relación con esta problemática, y en concreto con el propósito de facilitar la actuación interventora normativa del legislador, ha de entenderse una variante de la concepción institucional de la libertad de expresión, en concreto la propuesta de actitud de Ridder: el reconocimiento constitucional implícito de la prensa, en cuanto integrante de la opinión pública, a la conformación de la voluntad popular, permite considerar a dicho medio de comunicación alternativa al instrumento de los partidos políticos, lo que posibilita desarrollos participativos en el establecimiento de su régimen o disciplina normativa.

A mi juicio, la solución mayoritaria de la doctrina alemana al conflicto entre libertad de expresión —negativa en el caso del editor, esto es, su derecho a no ser obligado a publicar lo que no quiere— y la libertad de expresión del periodista se resuelve inadecuadamente en favor del derecho del editor, alegando que otra cosa, esto es, la prevalencia de la libertad interna de prensa, supondría que dicho derecho del editor, reforzado además como ejercicio profesional, se afirmaríase frente al Estado, pero no frente a los redactores, que en razón de su superioridad numérica acabarían imponiendo su línea editorial, aunque se aceptase una cierta modulación de la libertad de expresión del editor, pues no se admite, en razón del relieve de la libertad de expresión en una democracia y de la contribución de los periodistas en el funcionamiento de tal sistema, que el editor sea el dueño espiritual del periódico y los periodistas meros ejecutores de su voluntad.

Esta solución al problema es sólo parcialmente satisfactoria. El conflicto se parece al que tiene lugar en el ámbito de la libertad educativa entre la libertad de cátedra del enseñante y la libertad de enseñanza del director de un centro privado (*Sentencia del Tribunal Constitucional* de 13 de febrero de 1981). Y ha de resolverse en términos similares, reconociendo que el derecho de información del periodista se realiza en una determinada empresa y, por

tanto, con una obligación de respeto, que no de apología ni servilismo, respecto de la línea editorial del medio de comunicación.

La otra laguna de la doctrina se refiere a la resolución de los conflictos entre libertad de expresión y bienes constitucionalmente protegidos como orden público, seguridad del Estado, etc.

A mi juicio, estos conflictos deben resolverse adoptando una posición institucional que considere el relieve objetivo, con trascendencia, por tanto, para todo el ordenamiento, de las restricciones o lesiones singulares de los derechos fundamentales, de modo, no obstante, que dichos conflictos no pueden encontrar solución en la maximización de unos bienes generales, minimizándose consiguientemente la significación, también relevante como acabamos de decir, de los derechos singulares, en este caso a la libertad de expresión, sacrificados. Tampoco deben anticiparse las exigencias de defensa de las instituciones a un momento en que éstas no corren efectivamente peligro.

En una democracia, basada en definitiva en una concepción optimista de la capacidad de discriminación del común de los ciudadanos de lo razonable sobre lo nocivo para la comunidad, debe tolerarse el mero revolucionarismo verbal.

Resolución, en definitiva, de los conflictos entre orden público y libertad de expresión de acuerdo con el principio que atribuye licitud, en la línea de la jurisprudencia del Tribunal Supremo americano (así, el caso *Terminello vs. Chicago*, 1949), a la *advocacy*, esto es, la defensa, propaganda, apología —en abstracto— del desorden y el delito, y se la niega al *incitement*, esto es, la instigación directa y concreta a la comisión de los mismos.

3. LOS SUPUESTOS DE LA TEORIA DE LA DEMOCRACIA Y DE
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
EN MATERIA DE LIBERTAD DE EXPRESION:
LA DEMOCRACIA COMO ORDEN POLITICO BASADO SOBRE LA VERDAD
Y LA CONCEPCION LIMITADA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Una vez acotado el terreno en que se mueve la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la libertad de expresión, podríamos referirnos a las pautas básicas que estructuran la doctrina del Tribunal en esta materia, algo así como los supuestos de teoría constitucional de la democracia de que parte, así como lo que podríamos llamar las implicaciones en esta temática de su teoría de los derechos fundamentales.

La libertad de expresión debe entenderse en los términos adecuados en

una sociedad abierta, una sociedad que necesita del debate libre para que pueda realizarse la democracia. Sin la libertad de expresión, dirá nuestro Tribunal Constitucional en una fórmula que recuerda el *dictum* famoso del Tribunal Constitucional alemán, según el cual el derecho a la libre expresión y difusión del pensamiento «es sencillamente básico para el orden democrático», sin libertad de expresión, decía, se subraya en la basilar sentencia 6/1981, «quedarían reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática».

Este modelo de sociedad abierta implica algunas cosas; naturalmente, en primer lugar, apostar en la medida de lo posible por un orden político basado sobre la verdad, lo que supondrá el abandono de concepciones defensoras a ultranza de una visión normativa, apariencial, del honor. En esta sociedad se tiene el derecho al trato que uno se merece por su conducta, al que verdaderamente se hace acreedor con sus hechos, de modo que se admitirá el recurso de la *exceptio veritatis* o prueba exonerante de responsabilidad de la verdad.

En segundo lugar, facilitar las condiciones en que ese debate ha de tener lugar. Lo que va a llevar al Tribunal a una elaboración de la veracidad como límite intrínseco de la información con un criterio muy favorable para el periodista competente, arrojando la carga de la prueba de su conculcación sobre el demandante y a aceptar la comprensión de la libertad de expresión de ideas en términos muy amplios, de modo que dicha libertad linda exclusivamente con el insulto. La jurisprudencia de nuestro Tribunal reconoce a la libertad de expresión, en suma, como ese derecho de la minoría disconforme a discrepar, como dijo un juez americano, «sobre las cosas que afectan al corazón del orden existente».

La otra estructura de la construcción del Tribunal Constitucional se refiere a su modo de abordar la resolución de los conflictos entre derechos constitucionales como corresponde a la condición limitada de éstos, consecuencia de su despliegue coextenso en un ordenamiento integrado y en el que no puede admitirse en principio, de partida y para todos los casos, una ordenación axiológica o la superioridad de unos bienes sobre otros. Esta visión correctísima de los derechos fundamentales exige proceder a una ponderación en cada caso de los derechos en conflicto y la resolución por la preeminencia de uno de ellos, esto es, su prevalencia concreta frente al derecho, que en ese supuesto, insistimos, debilitadamente cede, pero no desaparece. (Así, por todas, sentencia 104/1986; asunto *Soria Semanal*; pero también la 105/1990 u 11 de noviembre de 1991.)

4. EL NUCLEO ESENCIAL DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESION Y SUS LIMITES: LIBERTAD DE EXPRESION Y DERECHO A LA INFORMACION; ASUNTOS DE RELIEVE PUBLICO O MATERIAS MERAMENTE PRIVADAS

Sentadas estas premisas, es más fácil exponer el núcleo de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la libertad de expresión que se monta a partir de una doble distinción: en primer lugar, entre los supuestos de libertad de expresión o derecho a emitir libremente ideas y opiniones y derecho de información o libertad de transmitir hechos o noticias, esto es, según que nos encontremos ante un supuesto integrable en el artículo 20.1.a o 20.1.d, a pesar de que en ocasiones en la emisión no sea claro diferenciar una variedad de la otra, pues la información se suele rendir desde una perspectiva ideológica valorativa y la calificación ideológica se suele acompañar de datos que la fundamentan. Pero insisto en que el Tribunal Constitucional entiende, en principio, posible reconducir cualquier supuesto concreto del ejercicio de la libertad de expresión en sentido amplio a un caso de libertad de ideas o de derecho de información.

La segunda distinción de importancia es la que se verifica entre lo que es asunto de relieve público o materia meramente privada, esto es, *political speech* o no, lo que puede ocurrir bien por la condición de los sujetos o bien por la naturaleza del objeto de discusión.

La problemática del *speech* político es muy notable y se refiere en concreto a la fijación de los límites en una situación contemporánea en la que la distinción entre lo social y lo político es tan difícil y que puede dar lugar a aceptar, por ejemplo, figuras públicas no políticas, y en segundo lugar, a su justificación, que exige poner en relación la influencia de un tipo de mensaje u otro con la adopción de posturas políticas del electorado. A estas cuestiones no podemos referirnos aquí, tampoco a una importante cuestión que pondría de relieve el diferente juego de esta problemática según hablemos del derecho al honor o el derecho a la intimidad de los afectados.

La distinción resulta capital, porque en casos de relieve público se acepta una mayor extensión del ámbito constitucional de la libertad de expresión frente a exigencias derivadas del respeto del derecho al honor o la intimidad. Así, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 107/1988, declara que los titulares de las funciones públicas o implicados en asuntos de relevancia pública «están obligados, por ello, a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y la exposición de apertura, sin los cuales no existe sociedad

democrática». En otra ocasión, el Tribunal Constitucional (STC 105/1990) establece que la protección constitucional de la libertad de expresión se reduce a si ésta «no se refiere a personalidades públicas que, al haber optado libremente por tal condición, deben soportar un cierto riesgo de una lesión de sus derechos de la personalidad, por lo que en correspondencia se debilitaría la eficacia de tal protección en los supuestos de información u opinión sobre conductas privadas carentes de interés público».

Esta doble distinción entre la información y la opinión y el mensaje de relieve público o no es capital para entender la doctrina de los límites a la libertad de expresión o, lo que es lo mismo, para comprender la atribución de *preferred position* a los derechos a una libre comunicación frente a las exigencias derivadas de la protección del derecho al honor y la intimidad, suministrando, por tanto, el criterio para realizar la adecuada ponderación en los supuestos de conflicto de la libertad de expresión con esos otros derechos, penal y civilmente protegidos.

Como es bien sabido, la doctrina sobre el significado de la exigencia de veracidad de la información para su protección constitucional, esto es, la comprensión de la veracidad como límite intrínseco de la información y no como mandato a la consecución del pluralismo o como garantía institucional implícita de éste, interpretación que la doctrina española había incorrectamente sentado, se verifica en la importante sentencia 6/1988, de 21 de febrero; asunto *Filtraciones a «El País»*. El Tribunal Constitucional caracteriza la libertad de información como el derecho de todos a comunicar hechos y conductas veraces, esto es, vertidos con diligencia razonable, aunque puedan resultar erróneos.

De este modo, nuestra jurisprudencia se alinea con aquellas que, en asuntos de relieve público o *political speech*, conceden protección constitucional a la información errónea referente a hechos que pueden ser falsos, pero realizada en disposición veraz, esto es, ofrecida no negligentemente.

Por ello, lo que el requisito constitucional de la veracidad viene a suponer es que el informador tiene —si quiere situarse bajo la protección del artículo 20.1.d— un especial deber de comprobar la veracidad de los hechos que expone mediante las oportunas averiguaciones y empleando la exigencia requerida a un profesional. Puede que pese a ello la información resulte errónea, lo que obviamente no procede excluir totalmente. Pero como señaló la sentencia 6/1988, «las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse la “verdad” como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía sería el silencio». Información veraz, se insiste en la sentencia 105/1990, significa, pues, información comprobada

según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias.

Queda, pues, claro que para el Tribunal Constitucional, al menos cuando se trate de un asunto público y el conflicto se establezca con el derecho al honor del afectado, sólo está desprotegida constitucionalmente la mentira o la información ofrecida con manifiesta incompetencia profesional.

La veracidad no opera, en cambio, como límite en relación con la libertad de expresión de opiniones, pues éstas no pueden ser medidas con el canon de su adecuación a la realidad. En este caso, el límite insuperable es el insulto o la expresión gravemente injuriosa, cuyo recurso además es gratuito a los efectos de la emisión de una opinión o de la participación de quien habla en un debate libre. En efecto, señala el Tribunal: «La Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el artículo 10.1.» Y más adelante se dice en esta sentencia 105/1990: «Pues ciertamente una cosa es efectuar una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta (evaluación que se inserta en el derecho de libre expresión y que es a veces de difícil o imposible separación de la mera información) y otra cosa muy distinta —y para el Tribunal no cubierta constitucionalmente— es emitir expresiones, afirmaciones o calificativos claramente vejatorios o desvinculados de esa información y que resultan proferidos gratuitamente sin justificación alguna, en cuyo caso cabe que nos hallemos ante la mera descalificación o incluso el insulto y sin la menor relación con la formación de una opinión pública libre.»

5. ALGUNOS ASPECTOS DISCUTIBLES DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE LIBERTAD DE EXPRESION

Hasta aquí lo que me parece puede considerarse el meollo de la doctrina de la libertad de expresión del Tribunal Constitucional. La alta consideración del nivel de su doctrina no impide el desacuerdo con algunos de sus pronunciamientos. Así, la sentencia sobre el caso *Vinader*, donde se confirma por el Tribunal Constitucional una conexión de causalidad, no probada suficientemente a mi juicio, entre una información y la comisión de asesinatos, o en el caso *Castell*, en donde se verifica una interpretación restrictiva de la cobertura de la inviolabilidad del diputado, o en el asunto *Filtraciones a «El País»*, donde se afirma la cobertura constitucional de unas imputaciones sobre la existencia de unas filtraciones periodísticas que no se prueban, o más grave

y recientemente la estimación de un amparo, sentencia citada antes de 11 de noviembre de 1991, que parece cuestionable no sólo por las dudas que suscita la legitimación de la recurrente, sino porque parece echar sobre los hombros del Tribunal la carga del control nada menos que de la ortodoxia de la interpretación del pasado reciente de la humanidad, estimando en las lamentables y odiosas declaraciones de un nazi una incitación al racismo, cuya persecución criminal tiene un discutible asidero jurídico.

Mi crítica a la jurisprudencia del Tribunal debería traspasar esta línea de discrepancia con algunos pronunciamientos concretos y referirse a dos o tres puntos más generales.

Me parece que la relación sistemática entre la libertad de expresión de ideas y el derecho a la información, que arranca de una posición incorrecta del Tribunal, conceptuando a éste, en un primer momento, como un supuesto de aquélla, aunque se haya corregido notablemente en la sentencia 6/1988 no acaba de verificarse adecuadamente. Destaca en el derecho a la información una dimensión más institucional y la cobertura de un mayor número de actividades que en la libertad de expresión de opiniones. Pero sobre todo hay que entender el derecho a la información como un presupuesto de la formación y emisión de opiniones, como ha subrayado el Tribunal Constitucional alemán.

En cualquier caso, quizá mis observaciones más críticas puedan dirigirse hacia lo que podríamos llamar el argumento institucional, utilizado por el Tribunal para imponer la posición preferente de la libertad de expresión respecto de otros derechos. La prevalencia de la libertad de expresión puede afirmarse en razón de su plus institucional o dimensión *más*, y subrayo el adverbio, institucional, en relación con otros derechos, de los que no obstante no se puede decir que carezcan de esta dimensión, aunque la misma pueda ser inferior a la de la libertad de expresión en razón del indudable relieve político de ésta.

De modo que ha de insistirse en que la solución a los problemas de colisión entre derechos ha de alcanzarse teniendo en cuenta la imprescindibilidad de todos los derechos fundamentales en una sociedad libre, pues, trascendiendo la comprensión al respecto que a veces ha podido desprenderse, como decía, de la actitud de nuestro Tribunal Constitucional, todos, y no sólo la libertad de expresión, tienen una dimensión institucional y todos son, por utilizar la expresión de Häberle, «elementos funcionales de la democracia», reclamando necesariamente vigencia efectiva en el Estado de Derecho. Tan cierto es que no hay democracia sin libertad de expresión como que, por ejemplo, nos encontraríamos en un sistema totalitario si no hubiese seguridad de reserva y de vida privada, esto es, si el ámbito de lo personal no dependiera exclusivamente de la decisión de cada uno.

Esta incorrecta, a mi juicio, modulación de la dimensión institucional de la libertad de prensa, que ha podido conducir a una representación inadecuada de la prevalencia en todo caso de la libertad de expresión sobre el derecho al honor o la intimidad, al menos en asuntos de interés público e incluso del interés del público, se ha visto abonada por una atribución discutible de superior protección o de protección en grado superior en su ejercicio a los profesionales de la prensa, realizada en la sentencia 165/1987 y confirmada en la tantas veces citada 105/1980, y que parece adecuarse mal a la caracterización de la libertad de expresión como derecho de todos y no sólo ni especialmente de los periodistas.

Quedan otros problemas referidos al insuficiente deslinde entre los límites derivados de las exigencias de protección del derecho al honor y la intimidad, o los términos en que se ha de entender la protección del secreto profesional y las facilidades de prueba para el demandante de la observancia por parte del periodista del canon de profesionalidad, pero tal vez sea pertinente concluir aquí mi exposición.

NOTA BIBLIOGRAFICA

Forzosamente he de remitir al lector a algunos trabajos míos donde se desarrollan argumentos sólo expresados sintéticamente en esta ocasión; así, «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 32; «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», en *Revista de Estudios Políticos*, 71, y «Libertad de expresión y derecho a la intimidad de los personajes públicos no políticos», en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 2. Por lo demás, para profundizar en muchas de las cuestiones planteadas en el texto, me remito al excelente trabajo de PABLO SALVADOR CODERCH: *El mercado de las ideas*, Madrid, 1990, de donde se toma la cita del juez americano aducida en el apartado 3 de este trabajo.