

## ¿QUÉ QUEDA DE LA CONCEPCIÓN LIBERAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN?

*Por Santiago Sánchez*

*Profesor Titular de Derecho Constitucional de la UNED*

Para hablar de la concepción liberal de la libertad de expresión hay que comenzar explicando que entendemos por tal, pues, de no ser así, o presuponemos que aquellos a los que nos dirigimos profesan y comparten plenamente nuestro punto de vista, o, simplemente, que no existen otras concepciones. Pero, como es obvio, ninguno de esos supuestos es verdad. Somos pocos los que todavía seguimos percibiendo la libertad de expresión básicamente como la aportación más importante del pensamiento liberal al acervo político-ideológico de la humanidad; y, por otra parte, prevalece hoy en el ámbito académico de nuestro entorno la idea de que la libertad de expresión ha sido dialécticamente superada por el denominado derecho a la información, que vendría a comprenderla y ensancharla.

A nuestro juicio, para la concepción liberal, la libertad de expresión es una libertad **de carácter político** que se concreta negativamente en la obligación del Estado y demás poderes públicos de abstenerse de intervenir de cualquier manera en la manifestación de pensamientos relativos a su dirección y gestión, en el sentido más amplio posible de ambos términos, y, positivamente, en la posibilidad real de expresar esos pensamientos sin temor a una censura previa, ni a una represión posterior a su emisión. Es una libertad política, ¡pura y exclusivamente política!, que se traduce en la ausencia de instrumentos provenientes del Estado o de otro poder político organizado, que imposibiliten, disuadan u obstaculicen la crítica del poder y de los gobernantes. Requiere, por lo tanto, la abstención de los poderes públicos y, en todo caso, la inexistencia de normas de todo tipo que penalicen su ejercicio. En la medida en que la libertad de expresión implica liberación de restricciones, **constituye una libertad de las denominadas negativas.**

Pero es algo más; la libertad de expresión, al igual que otras libertades de acción ciudadana, es **un instrumento que sirve de control del poder político**, complementario del mecanismo de la división de poderes que opera fuera del marco institucional del poder político.<sup>1</sup> La razón fundamental del valor atribuido a la libertad de expresión y, por lo tanto, de su elevación al rango constitucional, es su condición de freno, de control del gobierno y de su actividad. No existen, en sus comienzos al menos, otras razones, por más que la doctrina, muy rica en este ámbito, haya elaborado otros argumentos para justificar, desde ópticas distintas de, o más amplias que la jurídico-política, la relevancia de la protección acordada a la libertad de expresión. Permítaseme apuntar entre otras, invocaciones tan divulgadas como la búsqueda y el descubrimiento de la verdad –cuyos orígenes modernos se remontan a John Milton y John Stuart Mill-<sup>2</sup>, el desarrollo pleno de la propia individualidad o auto-realización–Thomas I. Emerson y M. H. Redish-<sup>3</sup>, la “función estructural que debe desempeñar de seguro y estímulo del sistema republicano de gobierno”-W. Brennan-<sup>4</sup>, y “el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada al pluralismo político” –T.C. español-<sup>5</sup>.

Así pues, para la concepción liberal, la libertad de expresión se sitúa en el ámbito de las relaciones entre los individuos y los gobiernos e instituciones de poder público y es, por esta razón, una libertad política, o, como preferimos algunos, la **libertad** política por excelencia. Es, en palabras de Benjamin Cardozo, la **condición indispensable de cualquier otra forma de libertad**.

---

<sup>1</sup> No hay duda de que al menos en el caso de Norteamérica, las diez enmiendas, o “bill of rights”, que se ratificaron en 1791, entre las que destacaba la primera sobre la libertad de expresión y de prensa, fueron diseñadas y aprobadas con el objetivo principal de limitar el poder del Estado Federal que se constituía, y del que los Estados miembros integrantes de la federación desconfiaban. En el mismo sentido, la enmienda décima establecía que los poderes que no se han delegado en el Estado Federal por la Constitución y que no hayan sido prohibidos a los Estados miembros por ella, quedan reservados a los Estados y al Pueblo.

<sup>2</sup> En sus famosas obras *Aeropagítica* y *Sobre la libertad*. Sobre sus teorías, véase el libro del que soy autor *La libertad de expresión*, Madrid, Marcial Pons, 1992, pp. 19-34.

<sup>3</sup> Thomas I. Emerson, *The system of Freedom of Expression*, Random House, N. York, 1970; y Martin H.Redish, *Freedom of Expresión. A Critical Analysis*, The Michie Company, Charlottesville, Virginia, USA, 1984.

<sup>4</sup> William J. Brennan, Jr, Juez del Tribunal Supremo norteamericano, en *Richmond Newspapers v. Virginia*, 448 U.S.555, 587 (1980). Brennan bebía en las fuentes de Alexander Meiklejohn.

<sup>5</sup> SSTC, entre otras, 12/1988 y 107/1988.

Sin ella carecen de sentido las libertades de reunión y de asociación y, desde luego, el derecho de sufragio. Sin libertad de expresión, aún a pesar de que exista una división de poderes, la forma liberal de Estado es una farsa, y toda la estructura del Estado democrático-representativo no es más que un mero decorado de cartón piedra.

Conocedores de la importancia de la libertad de expresión, los constituyentes de los siglos XVIII y XIX la incluyeron en la lista de los derechos y libertades que decidieron anexionar a los textos constitucionales y la otorgaron la naturaleza de **libertad o derecho fundamental**. Y lo hicieron, aun siendo conscientes del riesgo que, la inserción de los considerados derechos naturales en una norma como la Constitución, suponía para tales derechos; es decir, lo hicieron a pesar del peligro implícito en el acotamiento y regulación jurídica de un sector cualquiera de la realidad social. Pues los primeros constituyentes, bastante ilustrados, confiaban en la sabiduría de los antiguos romanos, una de cuyas sentencias advertía con claridad que toda regulación supone una restricción: “omnis determinatio est negatio”. No es extraño que Alexander Hamilton, uno de los inspiradores de la Constitución norteamericana, antes de que se aprobara el famoso Bill of rights de 1791, se manifestara de la siguiente forma:

“Si me lo permiten, iré aún más allá y afirmaré que la declaración de derechos no es solamente innecesaria en la Constitución propuesta. Contemplará varias excepciones a poderes que no se han concedido; y sobre esa base proporcionará un pretexto plausible para reclamar más de lo otorgado. ¿Por qué, entonces, declarar que hay cosas que no deben hacerse para las que no se ha sido apoderado? ¿Por qué, por ejemplo, habría que decir que no se restringirá la libertad de prensa, cuando no se ha concedido poder alguno que pudiera imponer restricciones? No discutiré que una norma de tal naturaleza conferiría una competencia reguladora; pero es evidente que a hombres proclives a la usurpación les proporcionaría una excusa plausible para reclamar esa competencia.”<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Alexander Hamilton, *The Federalist*, nº 84, Middletown, Connecticut: Wesleyan University Press, 1961, p.579.

¡Qué conocimiento de causa asistía a Hamilton al pronosticar la conducta de los políticos en años posteriores, cuando interpretaron las palabras inequívocas de la primera enmienda en el sentido opuesto a lo que significaban, y se tildó de absolutistas a los que opinaron que la expresión ‘ninguna ley’ significaba precisamente eso: ‘ninguna ley’!

Una última reflexión se impone para concluir este introito relativo al entendimiento de la libertad de expresión desde la perspectiva político-liberal. Para esta concepción, la libertad de expresión **es una libertad política individual**, que se configura como el derecho reconocido a las personas de impedir que el Estado o cualquier otra corporación de derecho público intervenga para cercenar o limitar de alguna manera la manifestación pública del pensamiento, pues este ámbito constituye **un espacio reservado a los particulares, que debe por lo tanto quedar exento de toda injerencia**. En este sentido, posee un carácter absoluto, pues la obligación de abstención del Estado es plena y sin excepciones

Resumiendo, para la concepción liberal, la libertad de expresión es una libertad pública o política, fundamental, individual y absoluta, esgrimible frente al Estado o los poderes públicos y de naturaleza jurídico-política, en su doble dimensión de límite del poder estatal y de instrumento de defensa del individuo.

Sentada esa premisa, es decir, una vez definida la libertad de expresión, procede ahora formular de nuevo la pregunta que sirve de título a esta comunicación: **¿qué queda hoy de esa visión de la libertad de expresión?**

Desde el campo del Derecho Constitucional, y aproximadamente doscientos años después de la consagración pública de la libertad de expresión en las dos cartas fundacionales de la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y del ‘Bill of Rights’ norteamericano de 1791, parece plenamente vigente la fórmula típicamente liberal, aun cuando en ocasiones se hayan añadido matizaciones que más parecen una actualización terminológica que modificaciones de fondo. A título de ejemplo baste traer a colación dos constituciones modernas como la de Canadá, de 1982, y la de Bélgica, de

1993. La primera dispone que “todos tienen derecho a la libertad de pensamiento, creencias, opinión y expresión, incluyendo la libertad de prensa y de otros medios de comunicación”; y la segunda, todavía más escueta, se limita a decir que “la prensa es libre, no pudiendo nunca establecerse la censura”. En cuanto a la Constitución española de 1978, introduce como novedad destacable en este contexto el derecho a comunicar o recibir información veraz y la mención de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público, pero restringiendo el acceso a los mismos a los que llama grupos sociales y políticos significativos. Ello no obstante, El TC español, intérprete supremo de la Constitución, ha insistido en que la libertad de expresión y de información son derechos subjetivos de libertad frente al poder, que protegen a los ciudadanos frente a cualquier injerencia de los poderes públicos. Es decir, que ha reiterado la vieja concepción liberal.

Empero, de la lectura de la mayoría de los textos constitucionales actualmente en vigor no cabe deducir que la concepción acogida en sus preceptos sea en rigor la liberal. No sólo porque hablan de la libertad de recibir o comunicar información o del derecho de informar o de ser informado; no sólo por las referencias a los medios de comunicación social; sino sobre todo porque, a veces, como en España, se atribuye el control de los mismos al Estado u otros entes públicos. ¿Qué significan estas adiciones? ¿Suponen esos nuevos derechos algo más que la tradicional libertad de expresión? ¿Cuáles son esos medios de comunicación social?; y, sobre todo, ¿porqué se han adjudicado al Estado u otros organismos públicos?

La impresión primera que nos producen esas modificaciones es que representan una tentativa de adaptación del derecho a los grandes cambios acaecidos desde comienzos del siglo XX en el campo de las comunicaciones, sin abandonar las premisas liberales de la libertad de expresión. Pero ese esfuerzo de “aggiornamento” no ha dado el fruto apetecido, porque la yuxtaposición de los derechos informativos y de la intervención del Estado ha arrojado como resultado, no una síntesis enriquecedora de visiones distintas, sino una contradicción palmaria de la libertad de expresión entendida en su

sentido originario y su negación más evidente. ¿O acaso es posible conciliar la adjudicación de la titularidad de los “mass media” al Estado y otros entes públicos, con la misión principal que deben llevar a cabo esos medios, de vigilancia, crítica y denuncia de la mala conducta en la gestión gubernamental y de la administración pública? ¿Desde cuando el enemigo principal de la libertad de expresión va a contribuir a protegerla?

¿Qué ha ocurrido entonces para que se haya producido esa inclusión de los medios informativos de masas en los textos constitucionales y, contrariamente a toda lógica, se haya otorgado su control al Estado u organizaciones políticas similares? La explicación hay que buscarla en la evolución de los instrumentos que han servido de soporte a la comunicación social, y en las transformaciones que han acarreado en las nuevas relaciones sociales y jurídicas dimanantes de aquellas...

Durante muchos años, prácticamente desde el nacimiento de los primeros periódicos hasta la segunda década del siglo XIX, el ejercicio de la libertad de expresión se identificó casi totalmente con la labor de perro guardián que desempeñó la prensa escrita, y los autores de algunos libros y panfletos, sometidos a censuras previas, licencias y sanciones. Unos y otros desempeñaron las funciones de divulgación de las ideas políticas, de formación de la opinión pública, y de crítica de los desmanes de los regímenes políticos absolutistas y cuasi-liberales. Pero la prensa entonces tenía un alcance muy limitado. Con medios de producción relativamente rústicos, escasa capacidad económica, un desarrollo incipiente de las comunicaciones y una difusión predominantemente local, era imposible que la propagación de sus noticias trascendiera. Concurría además la circunstancia derivada del elevado grado de analfabetismo de la población que, en su mayoría, no sabía leer ni escribir.

Esa situación comenzó a cambiar rápidamente desde inicios del siglo XX con la aparición de nuevos mecanismos y aparatos, como el telégrafo, la radio y posteriormente de la televisión y las mejoras en la imprenta. A diferencia de la prensa escrita, la radio y la televisión eran inventos que podían llegar con sus mensajes a miles o millones de personas, cuyas audiencias no necesitaban

educación o formación, ni pagar precio alguno, ni realizar esfuerzos para conectarse a las ondas o las imágenes de la pantalla. Además, la radio y la televisión poseían, por su condición de audiovisuales, una capacidad de convicción superior porque gozaban de mayor credibilidad que los periódicos.

Pues bien, es obvio que las elites políticas que gobernaron desde comienzos del siglo XX los países democrático-constitucionales se dieron cuenta en seguida de la capacidad de influencia, del poder de conformación de las mentes y de manipulación implícito de tales instrumentos. Y por ello los sometieron a un férreo control desde el principio. Control que, salvando las distancias, recordaba los tiempos en que, cuando comenzó a generalizarse el uso de la imprenta, los monarcas y los clérigos recurrían al sistema de prohibiciones y licencias para evitar que cualquier publicación molesta viera la luz pública. Ese control se ejerció fundamentalmente mediante la creación de un marco jurídico específico para todo tipo de comunicaciones realizables a través de las ondas. Es decir, de un lado se dictaron normas relativas a las exigencias técnicas y, de otro, se establecieron las bases de lo que se llamó el tratamiento informativo de los asuntos de interés público. Las razones que se dieron fueron varias: desde la originaria escasez del espectro electromagnético –el limitado número de frecuencias-, hasta la necesidad de organizar el medio. Luego, cuando se introdujeron las comunicaciones por satélite y por cable, se esgrimió como argumento **la peculiaridad de los medios audiovisuales de información.**

Y es cierto que poseían un carácter específico. Los medios de información de masas han venido proporcionando a la población los marcos conceptuales dentro de los cuales se ordenan las opiniones, las creencias, los patrones de comportamiento social y las pautas de distracción o entretenimiento. Con su generalización, se han convertido en el referente obligado de toda la sociedad, entre otras razones porque han asumido las funciones que antes compartían las familias, la escuela y la iglesia. La inmensa mayoría de los ciudadanos forma sus opiniones y toma decisiones partiendo de la información que proporcionan la televisión, la radio y, un menor número, la prensa escrita. En fin, desde mediados del siglo pasado la vida política cotidiana no es concebible

sin los medios: la formación de las corrientes de opinión, los procesos electorales, la denuncia de los abusos de los políticos, la oposición y la exigencia de responsabilidad de los políticos, todo se desarrolla con y a través de los medios. Y otro tanto cabe decir de la vida social y económica, porque el contenido de los mensajes mediáticos cubre ahora un abanico de actividades que comprende desde la publicidad a la cultura, pasando por el deporte y la meteorología. Todo lo cual significa poder, un enorme poder social.<sup>7</sup> **Ese es sin duda el carácter específico de los medios.**

La actividad estatal reguladora de los medios audiovisuales se ha desplegado en distintos frentes, comenzando por la asunción de la titularidad pública del mal llamado servicio público, y siguiendo con la concesión de autorizaciones o licencias a empresas privadas, que deben cumplir determinados requisitos para la prestación del servicio; y, en Europa y, sobre todo, en España, con el mantenimiento del control sobre varias cadenas de televisión y radios estatales, financiadas con fondos públicos. En consecuencia, en el ámbito de la actividad comunicativa del sector público, el ejercicio de la libertad de expresión está obviamente restringido y es más un deseo que una realidad. En este contexto hay que destacar que, en contraste con la actividad reguladora de los denominados medios audio-visuales, los Estados del área euro-occidental y el norteamericano han mantenido, en general, sus manos alejadas de la prensa escrita, a la que sólo han tomado en consideración para establecer no un control sino los límites de su ejercicio.<sup>8</sup> Nos encontramos, así, con un régimen

---

<sup>7</sup> Resultan especialmente acertadas a este respecto las palabras del Prof. Sánchez Agesta cuando escribía: “la trascendencia de las libertades públicas radica en que su ejercicio crea de manera inmediata y necesaria poder social en cuanto se proyectan sobre la opinión pública [...] . (Porque) la libertad de expresión del pensamiento [...] o la difusión de la información, no afectan sólo a quienes las ejercen, sino a todos aquellos que reciben el pensamiento[...] o la información. El derecho de expresión del pensamiento parece, por tanto, sustraerse al estrecho concepto de una facultad subjetiva para encajarse al mismo tiempo en la noción más amplia de una acción social”. En *Principios de Derecho Político*, Editorial Revista de Derecho Privado-Edersa, Madrid, 1990, p.470

<sup>8</sup> Estamos pensando en normas como las que establecen el derecho de réplica, las que prohíben los juicios de papel o que sancionan la injuria, la calumnia o la incitación al odio racial. De todas formas, el caso de España es, por desgracia, excepcional porque “aunque el criterio negativo preside el régimen jurídico de la prensa, la necesidad de justificar el pluralismo informativo justificó el establecimiento de un sistema objetivo de ayudas a empresas periodísticas, que se plasmó en la Ley 29/84, que estuvo vigente hasta 1988, año en que fue derogada por la Ley de presupuestos generales del Estado. A partir de esa fecha las ayudas se sustituyeron por subvenciones orientadas a la adaptación de las empresas a las nuevas

jurídico dualista, que ha contribuido a ofrecer una imagen contradictoria de su condición de defensores de las libertades públicas.<sup>9</sup> Y, decimos contradictoria, porque la dependencia de los medios audiovisuales del Estado no es que permita a los profesionales de la información, que no lo hace, apartarse de las directrices o de la ideología hegemónica de los ocupantes de los gobiernos, sino que supone la negación flagrante del derecho a la libertad de expresión entendida ésta como libre manifestación individual del pensamiento político, o como control de la acción política, complementaria de la división de poderes. El problema no se ha resuelto ni mediante la calificación de las actividades radiodifusoras y televisivas como servicio público esencial, ni con la correlativa creación de las denominadas agencias, autoridades, consejos superiores de lo audiovisual, o entidades estatales pretendidamente independientes. La imparcialidad, la objetividad y la satisfacción del interés general siguen siendo objetivos inalcanzables para los gestores públicos de los medios. Afortunadamente, no existe todavía un monopolio público de la información.

**En esfera de la sociedad civil**, además de la prensa escrita tradicional, existen medios audiovisuales de comunicación, que dependen para su funcionamiento de la autorización o licencia pertinente del poder político, pero sometidos al régimen de la propiedad privada y de la libre empresa. Los nuevos instrumentos productivos han determinado un cambio en la forma de ejercicio de la libertad de expresión. Para empezar, “la prensa ha perdido su monopolio sobre la información en el sentido estricto del término; y los medios, más numerosos y variados, han diversificado los mensajes dirigidos al público:

---

tecnologías de los medios de comunicación” F. J. Bastida Freijedo, “Medios de comunicación social y democracia en veinticinco años de Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 71, 2004, p.167. Sea mediante uno u otro procedimiento –subvenciones para el papel, publicidad institucional, etc- , En España, el poder político siempre ha encontrado el sistema de condicionar a la prensa escrita.

<sup>9</sup> Esto es cierto, incluso en el caso de Estados Unidos, considerado modelo de prensa libre e independiente. Como escribió Lee C. Bollinger, especialista norteamericano en la materia: “De facto nunca tuvimos un sistema de prensa autónoma en este país[...].La experiencia (norte)americana de la libertad de prensa durante casi todo este siglo ha incluido una extensa intervención gubernamental mediante un sistema de regulación [...].Este país ha olvidado incorporar a sus ideas sobre la libertad de prensa el hecho de que los medios de difusión electrónicos están minuciosamente regulados y de que forman parte de la “prensa” –sic- (norte)americana.” *Images of a Free Press*, The University of Chicago Press, 1991, p.62

la información no la integran solamente las noticias de actualidad.”<sup>10</sup> El periódico provincial, la radio local y el reportero solitario, que constituían cada uno un universo particular a la vez técnico, social y cultural, han cedido el paso a las empresas de comunicación, porque la puesta en marcha y el mantenimiento de un nuevo diario, o de una emisora de radio o canal de televisión, precisa ahora de la acción combinada de numerosos profesionales y de recursos económicos que no suelen estar a la disposición de la mayoría. El esfuerzo conjunto de esos equipos humanos y medios materiales se ha venido canalizando mediante la constitución de sociedades anónimas, corporaciones y “holdings”, cuya propósito primordial no es suministrar información. La finalidad última suele ser la obtención de lucro a través de la venta de una mercancía llamada noticia o información. Y así, se ha dicho que con frecuencia es casi “imposible separar la labor de información de lo que es actividad comercial.”<sup>11</sup> Pero en muchas ocasiones, lo que se busca es el poder que conlleva la propiedad del medio.

En fin, la dinámica del mercado ha desencadenado en los últimos lustros un proceso de gigantismo que, ha supuesto la desaparición de muchos negocios y la unificación de empresas por fusión o absorción, entre cuyos objetivos definidos se encuentra la explotación de los medios de comunicación más variados y de otros productos que pueden o no ser afines a aquellos. Son estas grandes empresas multimedia las que han dirigido el ataque más enérgico contra la titularidad y el control políticos de los medios audiovisuales de comunicación. Sirviéndose preferentemente de dos argumentos: en primer lugar, que la libre competencia es condición indispensable de la libertad de prensa, entendida en su acepción liberal de liberación de las interferencias de los poderes públicos y como derecho de los individuos a expresar sus opiniones sin restricciones externas; y en segundo término, que una prensa y un sistema de radiodifusión y televisión en manos de propietarios privados son

---

<sup>10</sup> Francis Balle, “Médias et politique”, en L’action politique, *Traité de science politique*, Direction de Madeleine Grawitz et Jean Leca, Paris, PUF, 1985, p.598.

<sup>11</sup> Ronald K.L. Collins & David M. Skover, *The death of discourse*, Westview Press, Boulder, Colorado, 1996, p.112.

un baluarte de la libertad y la garantía del pluralismo informativo basado en la diversidad de fuentes.<sup>12</sup>

Resulta cuando menos paradójico que, esos conglomerados mediáticos hayan invocado la libertad de prensa para afirmar su posición predominante en el denominado mercado de las ideas, porque su propia existencia como oligopolios, conlleva un nuevo riesgo para libertad de expresión, distinto del que representa el Estado y los entes públicos, menor quizás<sup>13</sup>, pero más difícil de evitar de lo que pueda pensarse. Porque comúnmente se cree, “que el poder de los medios no se comparte, pues ello supondría una invasión de la autonomía editorial. Tampoco debe controlarse, pues ello equivaldría a la censura. Ni siquiera se debe influir sobre el mismo, pues eso sería tanto como manipular las noticias. Pero, ¿por qué no ha de ser aplicable a la prensa el proverbio de Lord Acton de que el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente? Y si el citado proverbio no es aplicable, ¿quién es el más apropiado para vigilar a los que vigilan, es decir, a los guardianes de la prensa?”<sup>14</sup>

Si recapitulamos nuestra exposición de las últimas páginas, hay que concluir que el progreso técnico experimentado en el campo de las telecomunicaciones ha trastocado las condiciones de ejercicio de la libertad de expresión. Lo que en el principio no era más que una facultad autónoma, de alcance limitado, ejercitable según el libre arbitrio propio de una persona individual, puede operar como un verdadero poder social si la información o el mensaje que se transmite llega a un número considerable de receptores. Poder o influencia

---

<sup>12</sup>Ha habido otro argumento, de índole económico liberal, al que se recurrió en Estados Unidos durante el mandato de Ronald Reagan. Nos referimos a la recomendación de su Administración –la FCC- para que se confiase en la capacidad de los “broadcasters” para determinar las necesidades de sus audiencias a través de los mecanismos normales del mercado, es decir, se sustituyese a los gestores públicos del organismo regulador por las empresas privadas que, al fin y a la postre eran participantes directos en el mercado.

<sup>13</sup> Los peligros que representa la represión política de la libertad de expresión son considerablemente mayores que los que entraña la amenaza de los poderes privados. Eso opina, y con argumentos de peso, Jonathan W. Emord, *Freedom, Technology, and the First Amendment*, Pacific Research Institut for Public Policy, S. Francisco, 1991.

<sup>14</sup> Jay G. Blumler, “Purposes of Mass Communications Research: A Transatlantic Perspective”, *Journalism Quaterly*, 55, 1978, p.28.

que, a su vez, será mayor o menor según la cantidad de lectores, oyentes, televidentes, en suma, según las audiencias. Es decir, que la intensidad de poder que confiere el ejercicio de la libertad de expresión es directamente proporcional a su alcance social que, a su vez, depende del instrumento del que se sirve el sujeto transmisor. Lo cual ha convertido los medios audiovisuales en el objeto de deseo de todos los poderes públicos y de algunos privados. Los unos para intervenirla y tenerla bajo su control o influencia; los otros, para someterlas a los dictados de la propiedad privada y del interés propio.

En ambos casos, se ha recurrido a razones muy cuestionables, si no sesgadas o falaces. Pero lo que aquí queremos poner de manifiesto es que, como consecuencia de todo ello, la libertad expresión entendida en su versión liberal se ha visto desnaturalizada hasta extremos impensables, de manera que, incluso hoy, cuando se producen manifestaciones genuinas de la misma, se consideran conductas ilícitas o delictivas que son reprimidas precisamente por aquellos que están jurídicamente obligados a protegerla.

¿En que ha consistido la desnaturalización de la que hablamos? Pues en la pérdida de todos sus rasgos definidores: carácter negativo, elemento de control del poder, atribución al individuo, naturaleza esencialmente política...

Si la libertad de expresión como derecho no es en principio más que la imposición al Estado del deber de abstenerse de cualquier intromisión o interferencia en la manifestación pública del pensamiento ciudadano, es evidente que el Estado no sólo ha incumplido su obligación, sino que, además de actuar, su intervención ha sido premeditada y minuciosa; en concreto, en el campo de los medios audiovisuales, y con diversos pretextos: ordenar el espectro radioeléctrico, fomentar el pluralismo, cuidar de la moral pública, procurar la imparcialidad, mantener cierto nivel de calidad, etc. Pero con fines inconfesables, como la vigilancia, la censura y la manipulación. En este sentido cabe, pues, afirmar que la idea de libertad negativa, de liberación de todo tipo de obstáculos o injerencias ha desaparecido. Se ha olvidado ya que la concepción de los primeros constituyentes era precisamente conservar un

espacio social fuera del alcance de los poderes públicos, y que ser libre era tener la posibilidad abierta de elegir entre hacer o no hacer algo en aquél espacio. Por esa razón, el mandato dirigido a los gobernantes no admitía excepciones y el derecho derivado de la constitucionalización de la libertad, es decir, de su reconocimiento jurídico al más alto nivel legislativo, era absoluto, como el de otras libertades. Como puso de relieve Hugo Black, magistrado del Tribunal Supremo entre los años 1937 y 1971: “Creo que hay “absolutos” en nuestro Bill of Rights, y que se pusieron allí por hombres que sabían lo que significaban las palabras, y que quisieron que esas prohibiciones fueran absolutas.[...] El propósito histórico y práctico de un Bill of Rights, el hecho de recurrir a una Constitución escrita, el lenguaje que los redactores utilizaron, el gobierno organizado según el principio de la división de poderes que tanto trabajo les costó establecer, todos apuntan a la creación de un gobierno al que se le denegó todo poder para hacer algunas cosas en todas y cada una de las circunstancias, y todo el poder para hacer otras cosas excepto de la forma prescrita.”<sup>15</sup>

Esa intervención del Estado ha supuesto, además, una reforma del mecanismo ideado para mantener al poder político dentro de ciertos límites, evitando así la tentación de los abusos y la elusión de las correspondientes responsabilidades. Estamos pensando en la prohibición de legislar sobre la libertad de expresión entendida como “provisión estructural” del sistema, que suponía la creación de un cuarto poder, al lado de los poderes legislativo ejecutivo y judicial del Estado, pero fuera del mismo, como freno. Esa provisión hacía las veces de una garantía institucional que aseguraba el funcionamiento del diseño liberal. La intervención del Estado en la regulación de la prensa, pero sobre todo cuando llega al extremo de controlar de los medios de información, equivale realmente a una fractura o quiebra constitucional, porque deteriora el juego de “checks and balances” que es tanto como decir la esencia constitucional.

---

<sup>15</sup> Hugo L. Black, “The Bill of Rights”, James Madison Lecture, *N.Y. University LawReview*, 35, 1960. Véase asimismo Alexander Meiklejohn, “The First Amendment is an Absolute”, *The Supreme Court Review*, 1961.

Lo que en los Estados Unidos se inició con la vulneración del mandato inequívoco de la Primera Enmienda, derivó en un **proceso regulador** en todo el universo constitucional que, al tiempo que admitía el reconocimiento de la libertad de expresión, sentaba las bases **para rodearla de limitaciones y diluir su contenido político original**. Como todos sabemos, la demanda de libertad de expresión surgió como defensa frente a la represión de lo que las autoridades llamaban el libelo sedicioso –el delito de poner en tela de juicio la sabiduría de la política de un gobernante-, las opiniones consideradas subversivas y todo lo que pudiera relacionarse con ideas como la desobediencia, la sublevación, la libre crítica o la simple discusión de asuntos de interés público. De ahí precisamente su naturaleza política.

Pues bien, poco a poco pero de forma inexorable, por vía judicial o mediante normas de distinto rango, ese contenido y esa naturaleza se han ido desdibujando. En Estados Unidos a partir de 1925 y 1937<sup>16</sup>, es decir cuando se impuso que la Primera Enmienda fuera derecho aplicable a las violaciones cometidas por los Estados miembros de la federación, y no solamente del Estado federal, el Tribunal Supremo comenzó con la elaboración de los famosos tests de la “bad tendency” –probabilidad de que el ejercicio de la libre expresión socave la autoridad del gobierno o corrompa la moral social-, del “clear and present danger”-represente un peligro claro e inmediato para los intereses vitales de la nación-, y las teorías del “balancing of interests” – carezca del valor que tengan otros bienes o intereses sociales- y del “strict scrutiny” –que exige del gobierno acreditar una necesidad imperiosa para restringirla, y lo haga en el menor grado posible-. Simultáneamente, fue introduciendo una clasificación por categorías de expresión y otorgándolas mayor o menor importancia en función de su valor político. Luego, en la primera ocasión que tuvo de revisar las competencias atribuidas a la Comisión Federal de Comunicaciones en materia de medios como la radio o la televisión, invocó el criterio del interés, la conveniencia y la necesidad públicos para justificar lo que calificó de regulaciones –limitaciones- razonables.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Casos *Gitlow v. People of the State of New York* -268 US 652- y *Near v. Minnesota*-283 US 697-

<sup>17</sup> *Nacional Broadcasting Co. V. United States* -319 US 190- (1943).

En Europa, al modo de algunas Constituciones nacionales, el Convenio Europeo para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 ha recogido expresamente la probabilidad de que los Estados firmantes exijan la obtención previa de licencias a empresas de cine, radio y televisión; y ha establecido que las libertades de expresión e información pueden ser sometidas a formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, si se establecen por ley y se consideran necesarias para proteger los intereses tan variados como: la seguridad nacional, la integridad territorial o el orden público, la prevención del desorden o del crimen, la protección de la salud, la de la moral, la de la reputación o de los derechos de los otros, y finalmente para impedir que se revele información recibida confidencialmente y para el mantenimiento de la autoridad e imparcialidad del poder judicial. Todos ellos, conceptos jurídicos indeterminados, cuya concreción en muchos casos el Tribunal Europeo ha dejado a lo que denomina “el margen de apreciación” de los Estados concernidos. Es decir que, en última instancia, se ha terminado por atribuir a la competencia de los gobiernos demandados por sus actuaciones antijurídicas, la decisión de si las restricciones que ellos han impuesto a la libertad de expresión o de información están o no justificadas: un supuesto conspicuo de ignorancia del principio de administración de justicia de que no se puede ser juez y parte.

La libertad de expresión como derecho personal no se ha visto tan solo desdibujada por el hecho de la regulación y el establecimiento de obstáculos cada vez más numerosos y con frecuencia imprecisos. Curiosamente, su desnaturalización se debe también a la **dilatación progresiva de su contenido positivo primigenio**. Es decir, se ha debido a la extensión de su cobertura bastante más allá del campo primitivo, ahora calificado de núcleo principal, que era la crítica y la información políticas. Prácticamente, desde que Thomas I. Emerson fragmentó el sintagma ‘libertad de expresión’ en dos unidades diferenciadas –libertad, por un lado y expresión, por otro-, cuestionando el significado unitario de aquél, se han acogido bajo el vocablo ‘expresión’ múltiples conductas para las que se ha demandado y obtenido el status y el amparo del derecho constitucional reconocido a la libertad de expresión. Que algo así no debiera haber ocurrido se colige de la misma noción

liberal de libertad de expresión, concebida, hay que repetirlo, como instrumento defensivo contra todo posible abuso del poder político. Sin embargo, en la actualidad la diversidad de actividades a la que se ha extendido el techo protector de la libertad de expresión es en verdad asombroso; por ejemplo, cubre la publicidad que realizan las empresas productoras de tabaco, los comentarios críticos de los cronistas deportivos, los anuncios de los servicios profesiones liberales, la propaganda utilizada por sociedades mercantiles con fines puramente comerciales, incluyendo la compraventa de inmuebles, la pornografía a través de sus revistas o películas o exposiciones calificadas de artísticas, la financiación de campañas electorales, los gestos obscenos cuyos protagonistas pretenden llamar la atención sobre un tema concreto, etc. Nadie parece querer poner en tela de juicio ese fenómeno expansivo.

En España, hemos alcanzado tal grado de confusión que la Vicepresidenta del Gobierno socialista ha llegado a decir que “la libertad de expresión es también de los miembros del Gobierno, que no van a dejar de ejercer la que les corresponde”<sup>18</sup>. Habría que decirle que ¡los poderes de que se encuentra investido el Estado en sus relaciones con los ciudadanos no son verdaderos y propios derechos subjetivos, sino potestades!<sup>19</sup>; y que ¡el Estado y sus gobernantes legítimos son el sujeto pasivo en la relación jurídica que se crea como consecuencia del reconocimiento de la libertad fundamental!

En fin, es probable que todas esas actividades expresivas y algunas otras merezcan recibir protección jurídica. No vamos a discutirlo. Cosa distinta, empero, es el nivel de protección jurídica de que deban gozar, que, honestamente, creemos tendría que ser menor que el otorgado por la Constitución. Por debajo de la Constitución, existe un conjunto de normas de distinto rango, que serviría cumplidamente a aquel propósito y que, incluso, satisfaría mejor y más rápidamente aquellos intereses lesionados dignos de la tutela jurídica. La extensión “ad libitum” del ámbito de cobertura del derecho a la libertad de expresión lo trivializa porque equipara diversos tipos de “discurso”, de escasa o nula trascendencia política, con el discurso político, que

---

<sup>18</sup> Palabras pronunciadas el 16 de noviembre de 2005 durante el debate en el Pleno del Congreso de los Diputados del proyecto de presupuestos para el año 2006.

<sup>19</sup> L. Díez-Picazo y A. Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, vol.1, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2002, p408.

es el interés fundamental que protege el derecho en cuestión y, por ende, acaba rebajando el grado de protección de este último.<sup>20</sup>

La relativización de la libertad de expresión como derecho político individual, de la que es muestra la extensión “ad libitum” del ámbito de su cobertura, sucede paralelamente al significativo **cambio** que la jurisprudencia en materia constitucional y alguna Constitución ha **operado en lo relativo a la titularidad de los derechos fundamentales**. Estamos pensando en el reconocimiento de determinados derechos como derechos propios a las personas jurídicas privadas.<sup>21</sup> La cuestión de la personalidad legal ya suscitó problemas en el derecho privado porque la personalidad se asocia a la condición humana, algo de lo que evidentemente carecen, por ejemplo, las sociedades mercantiles. Innecesario debería ser en estos momentos repetir que los derechos y libertades fueron una conquista de las personas físicas, de los hombres, de los individuos; y emanan de la dignidad humana, por lo que difícilmente pueden reconocerse a entes u instituciones carentes de ella. Por otra parte, la atribución de personalidad jurídica a entidades o empresas constituidas con fines lucrativos se debió a la necesidad de crear un centro de imputación al que exigir responsabilidades y dar seguridad al tráfico mercantil. Pero de ahí a utilizar la metáfora o la ficción de la personalidad, para conseguir la protección constitucional que supone el reconocimiento de derechos como la libertad de expresión, media un abismo. O eso pensábamos algunos. Porque de facto hoy ya se ha admitido que las personas jurídicas gozan de algunos derechos fundamentales. El artículo 19.3 de la Constitución alemana y numerosas sentencias dictadas en EEUU, Alemania y España, por citar tres ejemplos, así lo han dispuesto.

---

<sup>20</sup> “ The scope of a right and the strength of that right...most often occur in inverse proportion to each other...The broader the scope of the right, the more likely it is to be weaker, largely because widening the scope increases the likelihood of conflict with other interests, some of which may be equally or more important.” F.Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, 1982, pp.134-15.

<sup>21</sup> El tema ha sido abordado profusamente por la doctrina. Citemos, entre otros, a Francisco de Borja López-Jurado Escribano, en la *RAP*, 125, 1991; Ángel Gómez Montoro, en la *Rev. Española de Dº Cons-titucional*, 65, 2002; y Gema Rosado Iglesias, en el libro *Titularidad de los derechos fundamentales por la persona jurídica*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

Las consecuencias de la extensión de algunos derechos fundamentales a las personas jurídicas privadas, distintos de los de sus miembros, son difícilmente calculables, aunque hayamos percibido ya los efectos de su ejercicio por los conglomerados y “holdings”, dueños de industrias varias y de los medios de información de masas. Bástenos aquí y ahora mencionar el principal, que no es sino la merma para las libertades y derechos individuales que lleva consigo la concesión de derechos fundamentales a las sociedades y corporaciones. En el asunto que nos concierne más directamente, es obvio que el ejercicio de la libertad de prensa de un grupo multimedia puede impedir el de la libertad de expresión de los periodistas y el derecho del público a obtener información. A este respecto, y refiriéndose a los Estados Unidos, Carl Mayer ha escrito: “Con demasiada frecuencia, **la extensión de los derechos constitucionales a las corporaciones representa un juego de suma cero que disminuye los derechos y poderes de los individuos.** Los derechos de la Cuarta Enmienda<sup>22</sup> aplicados a una corporación merman los derechos del individuo a vivir en un mundo impoluto o a gozar de su vida privada. El ejercicio corporativo de los derechos de la Primera Enmienda frustra el derecho individual a participar en pie de igualdad en las elecciones democráticas, el derecho a pagar tasas razonables por servicios públicos y el derecho a vivir en un medio ambiente saludable. La igualdad de derechos constitucionales, unida a la desigualdad de los poderes de facto o legales, conduce inexorablemente a la supremacía de las personas artificiales sobre las personas reales.”<sup>23</sup>

Otra doctrina que ha afectado profundamente a la naturaleza y configuración de algunos derechos fundamentales como la libertad de expresión ha sido la propuesta ampliación de su aplicabilidad o de su vigencia al plano de las relaciones entre particulares; es decir, el fenómeno de la “Drittwirkung”, o eficacia horizontal. La razón invocada es perfectamente asumible: el nacimiento y proliferación en nuestras sociedades de grupos dotados de un poder económico y social comparable al poder político, y la amenaza que representan, cuando no la realidad, de control o sometimiento de los particulares a su dominio. La misma filosofía que sirvió de fundamento a la

---

<sup>22</sup> Sobre la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia.

<sup>23</sup> Carl J. Mayer, “Personalizing the Impersonal: Corporations and the Bill of Rights”, *Hastings L. J.*, 41, p.658.

conquista de las libertades individuales, la defensa de un espacio fuera del alcance del poder político, para evitar sus abusos, debería poder utilizarse ahora frente a esos poderes privados.

Ahora bien, al margen de las dificultades inherentes a la puesta en práctica de esa doctrina –p.ej., en materia de establecimiento de las garantías jurídicas para su aplicación-, su aceptación conlleva un cambio radical, o una sustitución, de la naturaleza y del concepto jurídico de derechos fundamentales como la libertad de expresión, que dejan de ser exclusivamente reivindicables frente a los poderes públicos para poder ser invocados frente a posibles lesiones de producidas por los particulares.<sup>24</sup>

Pero va siendo hora de concluir. La exposición realizada hasta el momento no deja dudas sobre la desnaturalización práctica, en términos generales, de la libertad de expresión, entendida en su acepción primera de libertad personal, negativa, fundamental, política y demandada frente a los gobernantes. Lo cual no significa en modo alguno que no haya que seguir reivindicándola tal cual, no sólo en el contexto de los regímenes políticos dictatoriales, sino, por desgracia, y con gran dificultad, en el seno de nuestros propios sistemas políticos<sup>25</sup>, donde no han arraigado todavía los hábitos constitucionales, y el respeto a la legalidad brilla por su ausencia. La inclusión en los textos constitucionales de la nueva terminología y de nuevos derechos –de grupos, información, cláusula de conciencia, secreto profesional- para adaptarse a los cambios en la estructura y propiedad de los medios de información de masas, no deberían llevar a concluir que el viejo modelo está superado. Antes bien, lo que demuestra la historia reciente es que la libertad de expresión individual está expuesta a más y mayores peligros que en siglos anteriores; porque la amenaza proviene tanto

---

<sup>24</sup> En España la eficacia de algunos derechos fundamentales entre particulares –entre ellos, la libertad de expresión- está admitida, según puede colegirse de los preceptos contenidos en los artículos 9.2, 18.1, 20, y 27.6, y de las SSTC 18/1984 y 177/1988.

<sup>25</sup> La condena de José Luis Gutiérrez dictada por el Tribunal Supremo español en junio del 2004 por atentar contra el honor de Hassan II por una información publicada en *Diario 16*, en la que se vinculaba a una empresa familiar del monarca fallecido con el narcotráfico es ilustrativa de la situación de la libertad de expresión. También lo es la reciente sentencia dictada el 11 de junio del 2008, por la titular del Juzgado de lo Penal nº 6 de Madrid, a instancia del político D. Alberto Ruíz Gallardón, contra el periodista D. Federico Jiménez Losantos por un delito de injurias graves con publicidad. En los dos supuestos se castiga penalmente lo que constituye el típico ejercicio de la libertad de expresión en su versión liberal y prístina.

del poder público, que cuenta con infinitos recursos y goza de la cobertura que le proporciona la vigencia formal del Estado constitucional, como de los poderes privados; y, en ocasiones, de la coalición entre ambos<sup>26</sup>. ¿Cómo no va a sucumbir en tan fiera y desigual batalla? Pero no debemos caer en el desánimo, porque por el momento, todavía podemos decir “siempre nos quedará Internet”.

Barbastro, 8 de noviembre de 2008.

---

<sup>26</sup> El ejemplo del Magistrado D. Javier Gómez de Liaño, de su proceso en los medios de PRISA, y de su procesamiento y condena en 1999, constituye una buena muestra de la fuerza conjunta de la prensa y de una de las ramas del poder del Estado. Por suerte, y merced al esfuerzo sostenido por la razón, el TEDH estimó en julio del 2008 que se había vulnerado el derecho a un proceso justo del artículo 6.1 del Convenio europeo de Derechos Humanos, porque el juicio no había sido imparcial.