

ASPECTOS CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD DE EXPRESION Y EL DERECHO A LA INFORMACION

JUAN JOSE SOLOZABAL ECHAVARRIA

I

No es mi propósito, dadas las limitaciones de la ocasión y las mías propias, agotar una problemática, la de la libertad de expresión, que es objeto de tratamiento en tantos sectores del ordenamiento jurídico. Así, desde el Derecho penal, al organizar la defensa del derecho al honor, o tipificando conductas contra la seguridad pública, consistentes en delitos de opinión, castigando la apología, determinados tipos de desórdenes públicos o la provocación. Desde el Derecho administrativo se regulan, mediante la técnica de la autorización, funciones organizativas en el ejercicio del derecho de la libertad de expresión, o se establece la policía de espectáculos. El Derecho civil protege, desde una perspectiva propia, el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen; e incluso el mismo Derecho mercantil impone legítimas restricciones, por ejemplo, a la actividad publicitaria.

La perspectiva que se elige en este estudio será exclusivamente la del Derecho constitucional, y aun así, desde la misma prestaré atención exclusivamente a sus aspectos más generales o básicos, no ya porque son los que teóricamente presentan más interés, al menos para un empecinado generalista como yo, sino porque tienen una dimensión práctica evidente, pues de la posición que sobre las cuestiones básicas se adopte depende la resolución de problemas determinados, de modo que el ejercicio teórico no se justifica, a la postre, desde su propia autonomía, por muy brillante que ello pueda resultar, sino por su capacidad para resolver con coherencia, o ayudar a resolver, cuestiones concretas en un terreno, el del Derecho, que es, por lo menos yo así lo creo, antes que nada, un saber concreto o práctico.

Mi atención exclusiva al Derecho constitucional general no sólo va a su-

poner descuidar la atención a la configuración o regulación legal del ejercicio del derecho a la libre expresión, cuyo primer problema sería el del juicio de constitucionalidad sobre esa concretización del derecho fundamental, aunque algo de esto resultará implicado al ocuparme, en términos generales, de los límites de este derecho; sino omitir el tratamiento de algunas manifestaciones específicas del propio derecho en el terreno constitucional: por ejemplo, la problemática de la inmunidad parlamentaria; o la relación entre el derecho a la libre expresión y el derecho de asociación o reunión.

El tratamiento de la libertad de expresión, en lo que sigue, y en buena medida no sólo por su *potestas* de supremo intérprete constitucional, sino por su *autoritas*, derivada del poder de convicción de su argumentación, se apoya asimismo en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, cuya actuación rogada tiene lugar, no lo olvidemos, en la resolución de conflictos jurídicos concretos.

Finalmente, otra importante advertencia: el régimen jurídico de la libertad de expresión, el derecho a manifestar y comunicar sin trabas el propio pensamiento, que es de lo que vamos a hablar aquí, y que en su formulación nodal se encuentra recogido en el artículo 20 de nuestra Constitución, sólo se puede plantear adecuadamente, en lo que se refiere a su naturaleza, contenido, efectos y límites, teniendo en cuenta dos aspectos esenciales del mismo, cuya relación de compatibilidad o preferencia conviene tener presente. En primer lugar su dimensión individual y en segundo lugar su significado político, su aspecto funcional, como le gusta decir a BARILE, o institucional, como prefieren los autores alemanes. El primer aspecto liga este derecho al principio de la dignidad de la persona, el segundo al principio democrático.

El derecho a la libertad de expresión es un derecho fundamental porque, como dice bellamente DWORKIN, deriva de la idea de dignidad de la persona humana y de su derecho a un trato igual que no desmerezca de esa dignidad. Pues hay maneras de tratar a un hombre, y el privarle del derecho de comunicarse libremente sería una de ellas, que son incongruentes con el hecho de reconocerlo cabalmente como miembro de la comunidad humana. Tales maneras «significan tenerlo por algo menos que por un hombre, o como menos digno de consideración que otro hombre» (p. 295).

El privar a un hombre de su derecho a comunicarse libremente lesiona gravemente su dignidad, pues le condena al aislamiento —él, que es un ser locuaz y comunicativo, que puede hablar y le gusta que le hablen— y al empobrecimiento intelectual y moral, al embrutecimiento individual y colectivo, que, como STUART MILL viera, es el resultado de la ausencia de debate y de la imposición dogmática de ideas.

La otra dimensión subraya —mostrando, de paso, la modélicamente indi-

soluble unidad entre las libertades y los derechos políticos: las libertades individuales son, en expresión de HÄBERLE, «fundamentos de la democracia» (p. 70)— la indispensabilidad de la libertad de expresión en el sistema democrático, pues ella es condición de la transparencia (*offenheit*), la existencia efectiva de alternativas, la responsabilidad y la participación racional del ciudadano en el sistema político. «Elecciones y votos pueden desempeñar su correspondiente función —dice HESSE— sólo cuando el ciudadano se encuentra en la posición de poderse formar un juicio sobre las cuestiones decisivas y cuando sabe lo bastante de la conducta de los gobernantes para poder aprobar o rechazar su gestión. La opinión pública presupone información sobre la cosa pública. Y la preformación (*vorformung*) de la voluntad política sólo es posible mediante contraste de las diversas opiniones y aspiraciones. Sólo donde reina la transparencia puede haber responsabilidad de los gobernantes y conciencia de esa responsabilidad. En resumidas cuentas, de acuerdo con su propio principio constitutivo, es la democracia cuestión de ciudadanos informados, mayores de edad, y no de masas ignorantes y apáticas, conducidas sólo por afectos e impulsos irracionales, tenidas en la oscuridad sobre su propio destino por sus bien o malintencionados gobernantes» (p. 60).

II

Es, como ya hemos dicho, en el artículo 20 donde se contienen en nuestro ordenamiento constitucional los derechos a una comunicación libre que comprende dos manifestaciones: la formulada en el apartado *a*), derecho de expresión y difusión de cualquier modalidad de pensamiento, mediante cualquier procedimiento, y *b*), derecho a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

Comenzamos a abordar esta problemática de acuerdo con la acotación de la misma que hace nuestro Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional ha estimado que los derechos de información son una concreción, en efecto, del derecho a la libre expresión del pensamiento (consista éste en afirmación de hechos o en manifestación de opiniones) y ha considerado el derecho a recibir información veraz como una redundancia o el reverso del derecho de expresar la información, pues no hay comunicación sin recepción, cuya inclusión en el texto constitucional se justificaría, sin embargo, «por el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social». El Tribunal ha afirmado que titulares de estos derechos lo

son todos los ciudadanos, aunque su ejercicio afecte especialmente a los periodistas, a quienes, son sus palabras, «hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión específica» (STC 16 de marzo de 1981).

Estas especificaciones del Tribunal Constitucional respecto de los bienes jurídicos —o conductas— cubiertos por el artículo 20 y la condición de sus titulares merecen algunos comentarios y ampliaciones.

El artículo 20 en su primer apartado reconoce el derecho a hablar, por cualquier medio, y el derecho a hacerse oír. De modo que violaciones de la libertad de expresión pueden producirse no sólo prohibiendo u obstaculizando el derecho del comunicante a expresarse, sino impidiendo que sus manifestaciones lleguen a su auditorio.

La inclusión de la fórmula «derecho a comunicar o recibir información» se encuentra inspirada en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el artículo 5 de la Constitución alemana. Se trata de una fórmula nueva que sustituye, en cuanto más amplia y más moderna, a la tradicional de la «libertad de opinión y de prensa» y apunta precisamente a un cambio de perspectiva en el modo de aproximarse a los problemas de la libertad en examen, al aludir a su dimensión institucional, poniéndose el acento, como ha escrito CRISAFULLI, «sobre todo en el interés de que todos estén informados, y por ello en el resultado social del ejercicio de la libertad de expresión».

De modo que el derecho de informar supone un derecho subjetivo de libertad constitucional. El derecho a ser informado, a recibir información, constituye más bien un reflejo del primero, de ordinario un interés simple no accionable, aunque susceptible de convertirse en profundos movimientos de opinión pública.

Existe un interés colectivo a la información porque el defecto en la información privaría a los ciudadanos de la libertad de decidir con todo conocimiento de causa en torno a los problemas que más les importan.

En este sentido, la Corte constitucional italiana ha hablado expresamente de la prensa como medio de difusión «insustituible a los fines de la información de los ciudadanos y, por consiguiente, de la formación de una opinión pública formada y consciente», añadiendo, en la línea señalada anteriormente, recalcada por la doctrina, que existe un interés general a la información, indirectamente protegido por el artículo 21 de la Constitución italiana, interés que «en un régimen de democracia libre implica pluralidad de fuentes de la información, libre acceso a la misma y ausencia de obstáculos legales sin justificación, aunque sean temporales, a la circulación de las noticias y de las ideas».

En segundo lugar, tampoco quizá es plausible reconocer entre el párra-

fo *a*) del artículo 20, derecho a la libre expresión o derecho de comunicación en general, y el del párrafo *d*), derecho de comunicación y recepción de información, una simple relación de especialidad o concreción.

Evidentemente, la información es una variedad de la comunicación, pero mientras ésta contempla exclusivamente la actividad del comunicante y sólo implícitamente la del receptor de la comunicación (auditorio), la libertad de información cubre todo el proceso de elaboración, búsqueda, selección, confección de la información. La libertad de información protege no sólo al comunicante, sino toda la actividad preparatoria de dicha comunicación. El derecho de comunicación en general (la libertad de expresión) abarca quizá más que la comunicación realizada por quien habla, pero alcanza sólo a la transmisión de su objeto y no a la preparación del mismo.

Por último, la preponderancia en la configuración dogmática del derecho a la comunicación de su dimensión individual sobre su aspecto institucional, si bien no le damos el alcance que le presta el Tribunal Constitucional, y que es una cuestión fundamental sobre la que luego he de volver, avala, creo, entre otras razones, si no bastasen la ubicación del artículo 20 en la sección 1 del capítulo 2, título 1, «de los Derechos fundamentales y de las libertades públicas» y el reconocimiento, sin especificación restrictiva, de los derechos que en él se contienen, la atribución general de los mismos y no su conferencia, como hace el alto Tribunal, exclusivamente a los ciudadanos.

La cuestión tiene su importancia si se repara en que, como no podía ser de otra forma, el Tribunal Constitucional entiende que el derecho a la libertad de expresión comprende también «el derecho a crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible» (STC 12/1982, de 31 de marzo), esto es, los soportes e instrumentos de comunicación. Ciertamente que este derecho, como todos los demás del título I, según el artículo 10 de nuestra Constitución, ha de interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre dichas materias ratificados por España. Y que los extranjeros disfrutan en España de las libertades públicas en los términos establecidos en los tratados y la Ley (art. 13 de la Constitución, ap. 1). Pero, entiendo, las limitaciones derivadas de estos tratados no pueden afectar al contenido esencial del derecho de libertad de expresión, que quedaría mutilado si se restringiese abusivamente su titularidad (lo que parece hacer, por cierto, la vigente Ley de Prensa en punto al derecho de fundación de empresas periodísticas), y su protección, por decirlo así, desconstitucionalizada al quedar el derecho fundamental, en su configuración efectiva, a merced de cualquier tratado o ley. Esta dimensión general del derecho convierte, creo, en inconstitucionales seguramente las exigencias de registro periodístico que pretendan obstaculizar el acceso a la función de informar a quienes deseen

hacerlo. Realizada esta toma de contacto con la problemática que nos ocupa, de la mano de la primera jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, continuemos examinando otros aspectos de aquélla.

Respecto del contenido de la comunicación cuya libertad garantiza el artículo 20, no es posible admitir restricción alguna, de modo que sólo queden cubiertas manifestaciones políticas o de alto valor ético o artístico, quedando sin protección obras de ficción o de cualquier otro tipo, pues la dignidad de la persona, o su libre desarrollo, que se garantiza con este derecho, no es la de una élite, sino la del conjunto del pueblo, de todos sus integrantes, admitiéndose así, lo que sería mucho admitir y que además implicaría algo que como se verá rechazamos, la supremacía de la dimensión institucional sobre la estrictamente personal de la libertad de expresión, que se pueda delimitar el mensaje político del que no lo es, o que sólo las posiciones estrictamente políticas tengan repercusión sobre las actitudes y decisiones de los ciudadanos.

Tampoco cabe aceptar que el derecho a la comunicación de información abarque exclusivamente las noticias y no las opiniones o juicios de valor. La distinción entre hecho y actitud valorativa es imposible de verificar en muchos casos. Ciertamente no hay juicios de valor sin referencia a los hechos; y la información —su selección, elaboración y presentación—, sin el filtro categorial, subjetivo y cuajado de posiciones personales, del informante es imposible. (Sobre el problema de la exigencia de veracidad en la información hablaremos luego.)

Con todo, la cuestión más importante a plantearse es la de si los derechos de comunicación, a los que se refiere el artículo 20 y de los que venimos hablando, pertenecen a la categoría de los derechos-libertad o derechos-límite, o derechos de defensa, como los llama la doctrina alemana; o si, en atención a su imprescindibleidad en el sistema democrático, a su significado social o político, se trata más bien de garantías institucionales.

Evidentemente, la elucidación de esta cuestión, que por su centralidad pronto, como veremos, mereció la atención del Tribunal Constitucional, no sólo ofrece interés desde un punto de vista dogmático, sino que resulta esencial a la hora de determinar el contenido del derecho y arroja luz sobre problemas de su régimen, como el de la posición de los poderes públicos ante su ejercicio, o la especificación de sus límites.

Por lo demás, el problema de la calificación jurídica de la libertad de expresión no puede resolverse en términos tajantes, bastando con señalar qué dimensión de la misma es la preponderante y determina, en última instancia, por así decir, su régimen jurídico.

Se ha producido, doctrinalmente, un giro en la consideración de la libertad de expresión como un derecho clásico, un derecho negativo, de defensa frente a los poderes públicos, esto es, un derecho del individuo que prohíbe toda intervención tendente a impedir o coartar su comunicación con los semejantes y necesario para el desarrollo de su personalidad espiritual, que pasa a convertirse en lo que la doctrina alemana, siguiendo a RIDDER, llama libertad de opinión pública, subrayando la dimensión institucional de este tipo de derechos como soporte de una opinión pública libre, sin la cual no puede haber democracia.

La atención a la trascendencia social y política de los derechos de comunicación interindividual libre es patente también en la jurisprudencia constitucional de nuestro tiempo. Así, el Tribunal Constitucional alemán, en un famoso *dictum*, sostendría que el derecho fundamental de la libre expresión y difusión del pensamiento es «sencillamente básico para el orden democrático libre, en cuanto que garantiza el contraste espiritual y el intercambio sin trabas de ideas e intereses, que es vital para el funcionamiento del orden estatal».

Y nuestro Tribunal Constitucional, por su parte, ha subrayado también la dimensión institucional de la libertad de expresión, garantizando la existencia de la comunicación pública libre, sin la cual no es posible el orden democrático. «El artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidos a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimación democrática que enuncia el artículo 1, apartado 2, de la Constitución, y que es la base de nuestra ordenación jurídico-política.»

Ahora bien, el problema importante no es el de reconocer una trascendencia indudable, en el terreno político fundamentalmente, a la libertad de expresión, cuestión esta que nadie niega, sino el atribuir consecuencias jurídicas a la misma, aceptando que tal relieve convierta a los derechos de comunicación de derechos fundamentales individuales en simples derechos cubiertos con una garantía institucional, o en asemejar a la prensa, en base a su pretendida función pública, como hace algún sector doctrinal, a los partidos políticos, llegando a considerarla como un órgano o una institución constitucional.

Con razón, la mejor doctrina se ha negado a admitir esta transformación que supone la funcionalización de los derechos, su relativización, por tanto, además de una menor protección constitucional de los mismos, y en el plano teórico, la subordinación de la libertad a la democracia, atribuyendo a los

poderes públicos una intervención en su actuación y posibilitando incluso, si se aceptan las manifestaciones más extremas de su institucionalización, unas modalidades de control en el ejercicio de estos derechos que resultan improcedentes y de consecuencias sumamente graves.

En este sentido suscribimos la afirmación de HERZOG, en su contribución al comentario de la *Grund Gesetz* alemana de MAUNZ-DÜRIG, sobre el precepto correspondiente, e inspirador de nuestro artículo 20, de acuerdo con la cual «el conjunto total del artículo 5 es, según su génesis histórica, un derecho fundamental, no permitiendo su posición en la parte de los derechos fundamentales ninguna duda racional sobre esa característica».

En sentido jurídico, de acuerdo con la doctrina acuñada a finales de los años veinte, no hay en el artículo 5 ni una garantía de instituto privado ni de institución pública. «Ni se trata —dice HERZOG— de un instituto jurídico de Derecho privado, que hubiera sido elevado a la categoría de garantía institucional de Derecho constitucional; ni de institutos jurídicos de Derecho público, de los que pudieran surgir garantías institucionales que se pudieran comparar, según su fenotipo, con fenómenos como la autonomía administrativa municipal o la burocracia profesional» (p. 9, párrafo 12).

Concluiríamos, por tanto, diciendo que la significación social y política de los derechos de comunicación, que deriva de su utilización masiva y de su contribución a la formación de la opinión pública, al influir en la actuación de los órganos estatales y en el comportamiento electoral de los ciudadanos, no es capaz de transformar la naturaleza jurídica de los mismos, aunque sí permite hablar de una dimensión institucional de estos derechos fundamentales, que resulta de su conexión no sólo con la dignidad de la persona, de la que son manifestación inmediata e imprescindible, sino de su relación con el principio democrático, que ayudan decisivamente a realizar.

La estricta dimensión individual de los derechos de comunicación, su carácter de derechos de defensa, se muestra cuando se considera la situación respectiva de los poderes públicos en su ejercicio. En la realización de los mismos corresponde al Estado una actitud de respeto y omisión, sobre todo, que impide el que pueda recabarse de los poderes públicos una actitud positiva, más propia de los derechos de prestación.

Insistamos en esto. El artículo 20 puede garantizar o bien la expresión de opiniones o su difusión —entendiendo por opinión toda manifestación del individuo, sea informativa o valorativa—. La garantía de la libertad de expresión quiere decir que el Estado no puede prohibir hablar al ciudadano. La garantía de difusión, aunque la misma pudiese desprenderse del derecho de expresión, reconoce un derecho de comunicación del individuo con los demás.

Se trata de un derecho, el del comunicante, a hacerse oír al que corresponde no sólo la prohibición de impedirle hablar, sino de que sus manifestaciones lleguen a aquellos a quienes esas manifestaciones se dirigen, esto es, a quienes les interesan.

Se garantiza el derecho a hacerse oír, lo que implica que el Estado no separa a quien emite la opinión de su auditorio; pero no se le garantiza al comunicante el derecho a ser oído por todo el mundo o por determinadas personas.

El derecho a comunicar —expresar y difundir la opinión, valorativa o informativa— no posibilita la puesta a disposición del comunicante por parte del Estado de un medio de difusión de su opinión. Y ello es así aunque se sea consciente de que de hecho, dado el costo de los medios de comunicación de masas, la difusión del propio pensamiento, al menos por escrito o por radiodifusión, no está al alcance precisamente de todo el mundo.

La admisión del deber de suministrar ayuda por parte del Estado en el ejercicio de los derechos de comunicación convertiría a éstos en derechos de prestación, lo que dogmáticamente es inadmisibles, e implicaría la obligación en los grandes medios de masas, prensa, radio y televisión, de satisfacer todas o muchas de las pretensiones privadas de impresión o difusión, lo que sería de atención imposible e impediría el funcionamiento de los mismos.

En todo caso, sería lícita la puesta a disposición de los particulares de medios de comunicación o su mantenimiento caso de que existieran. Pero no puede haber base constitucional ni para la instalación obligatoria de los mismos por parte del Estado o su financiación con medios públicos.

Este era, como se recordará, en definitiva, el tema que se ventilaba en el recurso de amparo que los periodistas de *La Voz de España* y *Unidad* presentan contra el acuerdo de supresión de tales medios, adoptado por el organismo Medios de Comunicación Social del Estado, y las respectivas sentencias de la Audiencia Nacional y Tribunal Supremo desestimando los recursos frente a tal acto, alegando que tal supresión violaba los derechos fundamentales reconocidos en los apartados *a)* y *d)* del artículo 20.

Estos derechos —sostiene el Tribunal Constitucional en la importante sentencia de 16 de marzo de 1981, que resuelve el recurso, negando el amparo, y a cuyo *corpus* doctrinal hemos hecho repetida mención a lo largo de este trabajo—, la libertad de expresión, el derecho a comunicar y recibir información veraz, son derechos de libertad frente al poder de los ciudadanos. El hecho de que su ejercicio fundamental corra a cargo de periodistas no permite que esos derechos se transformen en derechos de prestación de los mismos. «Son estos derechos —dice el alto Tribunal—, derechos de libertad frente al poder y comunes a todos los ciudadanos. Quienes hacen profesión de la

expresión de ideas u opiniones o de la comunicación de información los ejercen con mayor frecuencia que el resto de sus conciudadanos, pero no deriva de ello ningún privilegio, y desde luego no el de transformar en su favor lo que para el común de los ciudadanos es derecho de libertad en un derecho de prestación que los legitime para exigir de los poderes públicos la creación o el mantenimiento de medios de comunicación a través de los cuales puedan expresar sus opiniones o comunicar información.»

Frente a la libertad de expresión, según el Tribunal, corresponde al Estado, en virtud de su condición de Estado social (art. 2), no un mero deber de abstención, sino una contribución positiva —art. 9—, que no llega, sin embargo, a obligarle a mantener o crear medios de comunicación social públicos.

Por supuesto, huelga decir que la admisión por parte del Tribunal de la licitud de la supresión de los medios de comunicación social no habría convertido en inconstitucional su mantenimiento o incluso su incremento, salvado siempre el necesario pluralismo, ni implica pronunciamiento sobre la oportunidad de tal medida.

Claro que a un Estado social y democrático como el nuestro no le corresponde, respecto del ejercicio de los derechos fundamentales, una mera actitud de respeto y abstención, especialmente cuando se trata de derechos que, como los del tipo a que nos estamos ocupando, están cualificados por una importante dimensión institucional.

Desde esta perspectiva cabría plantearse, en la línea propuesta por la doctrina alemana, si el artículo 20 garantiza, además de la libre transmisión de la información de quien la tiene a quien la recibe, un derecho incluso a la existencia de fuentes de información. Si ello se admitiese, al menos en un caso límite, podría aceptarse que, aunque el derecho a la información es un derecho de defensa, en conexión con la cláusula del Estado social y democrático del artículo 1 y el artículo 9, pudiera hablarse de un deber del Estado, en el supuesto de que no hubiese ninguna, a establecer una fuente de información, y ello con independencia de si a este deber correspondiese o no un derecho de los ciudadanos y la clase de fuente que debiera ser, cuya elección correspondería determinar a los órganos democráticos del Estado.

Pero en las actuales circunstancias, la hipótesis a que me acabo de referir es más bien académica. Más importancia tiene la licitud de la intervención estatal justificada en base más que a la actuación del carácter social, del carácter democrático del Estado, cuando, en concreto, se trata de garantizar la pluralidad informativa.

Al Estado corresponde el aseguramiento, en última instancia, del supuesto estructural de la objetividad informativa: el pluralismo. La actuación de los

poderes públicos en este sentido puede consistir en una ayuda a los medios de comunicación, vertida con arreglo a criterios objetivos, sin margen a discrecionalidad ideológica alguna, que abarate sus costos efectivos y facilite, por tanto, su creación y mantenimiento; y puede consistir también en una actividad correctora que impida en el mercado informativo situaciones de monopolio que atentan contra el pluralismo informativo y dificultan la consecución de la información veraz.

Como ha señalado HERZOG comentando el artículo 5 de la Ley Fundamental, si se admite la vigencia del principio democrático no se puede abogar por una intervención del precepto constitucional que permita la concentración de la prensa en pocas manos. Son más bien imaginables casos en los que el principio democrático no sólo justifique, sino que obligue al combate de empresas dominantes del mercado de la prensa.

La intervención estatal de los medios de comunicación supone principalmente la solución de dos cuestiones. En primer lugar, determinar cuándo existe una necesidad de la misma. Esto es, cuándo nos encontramos ante una situación de monopolio informativo. Ello no depende sólo de la parte del mercado que una empresa domina, esto es, no tiene sólo una dimensión cuantitativa. Sino de la efectiva influencia de esa empresa y del efectivo liderazgo centralizado que se ejerza en dicha empresa, habida cuenta de la dificultad de ejercer en una empresa periodística un férreo dirigismo, dada la peculiaridad del trabajo del periodista y de la dificultad de programar desde un centro una actividad que está sujeta a las exigencias de las noticias, improvisación, etc.

El otro problema se refiere a la modalidad de la intervención: que puede consistir, por ejemplo, en la ampliación obligatoria de las acciones, la división de la empresa monopolista, la creación de un consejo editor supervisor, la creación de nuevas empresas, etc. La decisión ha de adoptarse en cada caso teniendo en cuenta, como señala HERZOG, que en principio cabe establecer una graduación respecto de las diversas formas de intervención, por las que habrá de optarse según los principios de necesidad y proporcionalidad.

De la calificación acordada a los derechos de comunicación depende también, por lo menos en el planteamiento que de la cuestión se hace en alguna doctrina y jurisprudencia, como las alemanas, la problemática de la libertad interna de prensa.

El rechazo de la eficacia frente a terceros de los derechos de libertad lleva en el ordenamiento alemán a ignorar los derechos de los periodistas a la información frente al del editor, si bien esta tesis absolutista se palia algo,

además de por la aceptación de la eficacia mediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, a través de la intervención desarrolladora del legislador o el juego de las cláusulas generales, al propugnarse una interpretación matizada de la libertad de expresión como consecuencia de su ponderación con el principio democrático.

La doctrina mayoritaria alemana, en efecto, no acepta que pueda atribuirse una eficacia directa del derecho a la información frente a terceros, esto es, no exclusivamente frente al poder público, sino en el seno de la propia empresa frente al editor.

Esta eficacia deducida del carácter institucional de la prensa o de la relación de este derecho con el principio democrático llevaría a la imposición sobre la línea de dirección del editor, que éste tiene derecho a establecer como consecuencia de sus derechos profesionales y de propiedad, de la política informativa de los periodistas. «Ello abocaría —señala esta doctrina— a que el editor y sus altos empleados, que indudablemente tienen un derecho fundamental frente al Estado, serían privados de ese derecho dentro de la empresa, debido a un corrimiento en la relación de fuerzas de la empresa» (HERZOG, p. 61, parágrafo 171). La solución que este sector doctrinal propugna para el problema de la libertad interna de la prensa parte de una consideración conjunta del precepto relativo a los derechos de comunicación —art. 5— y del principio democrático. Tal interpretación, dada la amplitud de la titularidad de estos derechos frente al Estado (sujetos activos de la libertad de expresión y del derecho a la información son tanto el editor como los periodistas) y el relieve institucional de la prensa, persigue no estrechar exageradamente su vigencia en el ámbito particular.

Y así, se reconoce al propietario o editor el derecho a fijar y cambiar la línea de orientación del periódico. Pero ello no le lleva a convertirse en el dueño espiritual del mismo, de modo que en el periódico los periodistas quedan reducidos al papel de meros ejecutores de dicha orientación.

Reconocido por los periodistas, al entrar voluntariamente en la empresa, el derecho del propietario a establecer la línea editorial, se concede al periodista dentro de la misma un cierto margen para el ejercicio de la propia libertad de decisión y de conformación del periódico.

Aunque el resultado a que conduce esta construcción parezca plausible —descontado que quizá no haga sitio suficientemente a la previsión constitucional de la cláusula de conciencia o derecho del periodista a rescindir unilateralmente el contrato con su editor, devengando la indemnización prevista para el despido improcedente—, la misma parece forzada. En realidad, el derecho reconocido al periodista de una cierta independencia de instrucciones no tiene su base en el principio democrático, sino en el propio derecho

de informar. Ha de verificarse una ponderación entre el derecho a la información del editor y el del periodista.

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.

Una última observación respecto de la exigencia formulada en el artículo 20 de veracidad de la información, condición que la doctrina venía exigiendo como requisito de protección constitucional y que había sido recogida en la regulación de este derecho realizada en las Constituciones de diversos Estados alemanes.

La exigencia de veracidad en la información no puede actuar como límite de la misma, pues la imposición de la contrastación suficiente de las noticias supondría unas restricciones sobre el ejercicio profesional del periodismo intolerables, descontando que la «verdad», entendida como adecuación de la información a la realidad, sea gnoseológicamente posible.

El enfoque de la veracidad requiere otro tratamiento: la exigencia constitucional de la veracidad fuerza o estimula la pluralidad informativa. Sólo la variedad de fuentes garantiza al público una información tendente a la objetividad. El derecho a la información veraz depende, por tanto, de la aseguración del pluralismo informativo (A. FERNÁNDEZ MIRANDA).

La exigencia de veracidad justifica constitucionalmente la existencia del derecho de réplica, que así es contemplable desde un triple prisma: derecho del afectado en su honor de defenderse de los ataques al mismo, mediante un remedio interdictal y provisional; derecho del público a conocer sobre un hecho una información plural, facilitadora de la objetividad; y realización del derecho del particular a informar, aunque no disponga de un medio de difusión, derecho limitado, pues la réplica sólo garantiza la reacción a una determinada conducta del medio de comunicación y está, por tanto, condicionada a esa conducta.

Como es sabido, nuestro Tribunal Constitucional ha dedicado al tema del derecho de réplica, aunque nuestra ley habla de derecho de rectificación, una importante sentencia, recaída en recurso de amparo (STC 168/1986), con interesantes consideraciones sobre todo respecto de los dos primeros aspectos a que me acabo de referir.

III

Acabaré ocupándome brevísimamente de un tema capital de la libertad de expresión, el de sus límites. Me detendré un momento en la importante jurisprudencia constitucional al respecto y realizaré una consideración general sobre la protección penal de los límites constitucionales del derecho a la libertad de expresión.

A la temática de los límites ha dedicado el Tribunal Constitucional dos importantes sentencias: la Sentencia 62/1982, de 15 de diciembre, en la que, según la interpretación de los derechos fundamentales exigida por el artículo 10.2, de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España, se admite que la moral pública es un límite, aunque no previsto explícitamente, al ejercicio de la libertad de expresión regulada en el artículo 20.

Y sobre todo la Sentencia 104/1986, de 17 de julio, que ofrece un interés especial. Se trata de una sentencia recaída en recurso de amparo frente a una sentencia del Juzgado de Instrucción de Soria condenando al recurrente como autor de una falta de injurias por haber publicado una crítica a la autoridad municipal en el periódico *Soria Semanal*.

El Tribunal Constitucional concede el amparo por entender que el juez *a quo*, en los considerandos de su sentencia, no pondera en modo alguno el conflicto jurídico entre el derecho al honor del señor alcalde y el ejercicio de la libertad de expresión del periodista.

Esta sentencia, a los efectos que ahora nos interesan, plantea dos cuestiones: recuerda el carácter, *ex constitutione*, limitado de la libertad de expresión por otro derecho fundamental, el derecho al honor. Y señala que la resolución de los conflictos entre los derechos fundamentales no puede inclinarse, simplista y abusivamente, en favor de uno de ellos, sino que requiere una ponderación casuística de ambos.

A favor de la supremacía del derecho del honor está el que el mismo, según el artículo 20, opera como límite de la libertad de expresión; pero a favor de ésta juega, además de su condición de derecho subjetivo de defensa, su dimensión institucional.

Esta dimensión de la libertad de expresión de garantía de una institución pública fundamental, la opinión pública libre, no se da en el derecho del honor y, según el alto Tribunal, que en esta sentencia parece conferir a la libertad de expresión una *preferred position*, «otorga a las libertades del ar-

título 20 una valoración que trasciende a la que es común y propia de los derechos fundamentales».

Esta posición preferente de la libertad de expresión, a la que cualifica su dimensión política, y que me parece sumamente razonable, ha de entenderse no sólo cuando la misma entra en conflicto con el honor personal, sino también con otros bienes jurídicos colectivos, como son el orden público, la seguridad del Estado, etc., que, a pesar de su clamorosa indefinición, también merecen protección constitucional.

Creo que respecto de estos eventuales conflictos hay que señalar lo siguiente:

Afirmar, en primer lugar, el derecho, en uso legítimo de la libertad de expresión, a la crítica destructiva y provocativa, cuyo fundamento hay que considerar no desde la perspectiva de lo —o los— criticado, sino de la posición subjetiva de los criticantes. Derecho, por consiguiente, como estableció el Tribunal Supremo americano en el caso *Terminello versus Chicago* (1949), a «mover al público al odio, invitar a la disputa, o producir una situación de agitación». En segundo lugar, necesidad de ponderación del daño que causa la privación de la libertad de expresión y el eventual beneficio para el orden público, la seguridad de personas y bienes, sin que, como señala DWORKIN, nos encontremos en la situación de que unos derechos no cuenten para nada mientras el valor de otros se maximiza, de modo que no se acepte que el Gobierno ignore el derecho de hablar cuando se encuentran en juego, de modo colateral y marginal, la vida y la propiedad; y sin que, como ha señalado BARILE, la configuración del orden público como límite a la libertad de expresión anticipe la tutela de las instituciones a un momento muy anterior al del peligro.

Resolución, en definitiva, de los conflictos entre orden público y libertad de expresión de acuerdo con el principio que atribuye licitud a la *advocacy*, defensa, propaganda, apología, del desorden y delito y se la niega al *incitement*, esto es, la instigación directa, concreta, a la comisión de los mismos.

Como ha señalado la doctrina italiana, el ordenamiento provee legítimamente a defenderse de la violencia, pero no es aceptable que ello haya querido hacerlo, golpeando, asimismo, las manifestaciones del pensamiento.

Hay que tener presente la garantía constitucional de la expresión del pensamiento. También podemos decir, con BARILE, que nuestro sistema constitucional no ha querido que los revolucionarios meramente verbales corriesen riesgos que encontraban o encuentran en otros ordenamientos. «Proclamando la libertad de manifestación del pensamiento —ha escrito ESPOSITO—, el constituyente, conforme a la tradición, conforme a los grandes teóricos de

esta libertad, ha expresado la propia fe en el derecho proclamado y ha establecido que fuera de los casos directamente prohibidos, el ejercicio de este derecho no constituye un peligro general para la solidez de las instituciones, para la conservación de la paz social y para la vida de la República, porque las afirmaciones peligrosas pueden ser contrastadas por otras que al poner a la luz su peligrosidad la eliminarán, quedando vencida la propaganda de las ideas subversivas por la de las ideas constructivas, de modo que la verdad se ilumina a sí misma y al error. Por eso, siendo tales los principios consagrados por la Constitución, no es lícito a las leyes moverse desde principios opuestos» (p. 53).

NOTA BIBLIOGRAFICA

Se recoge en este trabajo el texto de la conferencia que, con el mismo título, pronuncié en el mes de junio de 1987 en un Seminario sobre Libertades públicas y Derechos fundamentales, dirigido por los profesores FRANCISCO RUBIO LORENTE y MANUEL ARAGÓN, a quienes, lo mismo que a los profesores JAVIER JIMÉNEZ CAMPO y LUIS ARROYO, deseo agradecer sus observaciones. Este texto, tal como lo veo ahora, consiste en un recorrido crítico por la Jurisprudencia dictada hasta esa fecha por nuestro Tribunal Constitucional a la luz de los principales tópicos de la literatura doctrinal. Obviamente, constituye sólo el núcleo de un trabajo monográfico sobre el que me ocupo en la actualidad.

La posición de la doctrina alemana sobre la libertad de expresión resulta de MAUNZ-DÜRIG (contribución de HERZOG), *Grundgesetz, Kommentar*, 1958-85; H. RIDDER, *Meinungsfreiheit*, en NEUMAN, NIPPERDEY, SCHEUNER, *Die Grundrechte*, Bd., Berlin, 1954; P. DAGTOGLOU, *Wesen und Grenzen der Pressefreiheit*, Stuttgart, 1963; U. SCHEUNER, *Pressefreiheit*, en *VVDStRL H.*, 22, 1965 (en este volumen se contiene una valiosa contribución de SCHNUR), y «Die Institutionellen Garantien des Grundgesetzes», en *Recht, Staat, Wirtschaft*, Stuttgart, 1953; F. SCHNEIDER, *Presse und Meinungsfreiheit nach dem Grundgesetz*, München, 1962; P. LERCHE, *Verfassungsrechtliche Aspekte der inneren Pressefreiheit*, 1974; W. SCHMITT-GLAESSER, «Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», en *Archiv Offentlichen Rechts*, 97, 98, 1972; D. CZAJKA, *Pressefreiheit und «offentliche Aufgabe» der Presse*, Stuttgart, 1968. Y diversas contribuciones de CHRISTIAN STARK, como, por ejemplo, «Meinungs und Wissenschaftsfreiheit», en *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Berlin-Nueva York 1987; asimismo, W. BRUGGER, «Freiheit der Meinung und Organization der Meinungsfreiheit», en *Europaische Grundrechte*, 22 y 29 mayo 1987.

La posición de la doctrina italiana resulta de PAOLO BARILE, *Libertà de manifestazione del pensiero*, Milano, 1975; ID., «La libertà di espressione del pensiero e le notizie false, esagerate e tendenziose», en *Scritti di Diritto Costituzionale*, Padova, 1967; CARLO ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958; ID., «La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1962; VEZIO CRISAFULLI, «Problematica della 'Libertà d'informazione'», en *Il Politico*, 1964, pp. 285 y ss.

Las referencias al Derecho anglosajón, a partir de GEOFFREY MARSHALL, *Constitutional Theory*, Oxford, 1971; B. SCHWARTZ, *Constitutional Law*, New York, 1972; A. SMITH, *Constitutional and Administrative Law*, London, 1977; J. STOCK, *Meinungs und Pressefreiheit in den USA*, Baden-Baden, 1986, y especialmente E. BARENDT, *Freedom of Speech*, Oxford, 1987.

En el texto se citan, además, los *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, de KONRAD HESSE; el libro de P. HÄBERLE *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs 2 Grundgesetz*, Heidelberg, 1983; a R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Barcelona, 1984, y el comentario de ALFONSO FERNÁNDEZ MIRANDA, en *Comentarios a las leyes políticas*, dirigidos por OSCAR ALZAGA, Madrid, 1983.

No pude utilizar en este trabajo el excelente estudio de I. BERDUGO *Honor y libertad de expresión*, Madrid, 1987. Ni, evidentemente, el reciente libro de S. MUÑOZ MACHADO, sobre el que me ocuparé en breve en estas mismas páginas.

No puedo cerrar esta nota sin referirme a una importante sentencia del Tribunal Constitucional: 6/1988, de 21 de enero, sobre la que volveré pronto, pero cuya importancia debe ser subrayada en esta ocasión, toda vez que afecta a cuestiones de las que se ocupa este trabajo.

Se trata de la sentencia recaída como consecuencia de un recurso de amparo interpuesto por un periodista despedido tras la imputación que él mismo realizó a la Oficina de Prensa del Ministerio de Justicia, en que trabajaba, de filtraciones continuas a *El País*, contra una sentencia de la Sala VI del Tribunal Supremo, revocatoria de la dictada por la Magistratura de Trabajo número 6. En esta sentencia se procede por primera vez a la delimitación del ámbito del derecho a la información y a la clarificación de la condición de ésta que la hace acreedora de la protección constitucional (veracidad). La veracidad se convierte en una exigencia intrínseca, una condición requerida en cada caso, de la protección constitucional de la información, dejando de ser sólo una garantía general del pluralismo informativo, dimensión esta a la que, básicamente, limitábamos *supra* nuestra consideración.

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. Y matiza su anterior jurisprudencia, que, como sabemos, reconocía preferentemente, en el derecho a la información, una concreción o manifestación del derecho a la libre expresión, cuya titularidad atribuía, aun señalando que hacían uso de los mismos especialmente los periodistas, a los ciudadanos. (Hay, con todo, apuntes sobre la especificidad de este derecho a la información en la sentencia 168/1986, asunto rectificación en *Tiempo*.)

Con la doctrina establecida en esta sentencia, nuestra jurisprudencia se alinea con aquellas que, en asuntos de relieve público —*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.

