

Joaquín Martín Cubas

PROFESOR AYUDANTE DE DERECHO CONSTITUCIONAL. UNIVERSIDAD DE VALENCIA

# LA CONFIGURACIÓN DE LA «COMUNICACIÓN PÚBLICA LIBRE» EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## SUMARIO

- 1 INTRODUCCIÓN: EL MARCO TEÓRICO.
- 2 UNA DISTINCIÓN PRELIMINAR: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO DE INFORMACIÓN.
- 3 ¿DERECHO DE PROTECCIÓN O DERECHO DE PRESTACIÓN?
- 4 LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ¿LIBERTAD PREFERENTE?
- 5 LOS LÍMITES.
- 6 EL CAMBIO DOCTRINAL.
- 7 LIBERTAD DE INFORMACIÓN.
- 8 SOBRE LOS AMOS DE LA COMUNICACIÓN PÚBLICA LIBRE.
- 9 ENTRA EN JUEGO LA LIBERTAD IDEOLÓGICA.
- 10 CONCLUSIONES.

## 1 INTRODUCCIÓN: EL MARCO TEÓRICO

PERICLES, al describir el sistema democrático ateniense en la *Oración Fúnebre*, se expresa en los siguientes términos:

«lo cierto es que sólo nosotros decidimos o examinamos con rectitud los asuntos, sin considerar un daño para la acción las palabras, sino más bien el no informarse mediante debate antes de emprender lo que se debe ejecutar»<sup>1</sup>.

HABERMAS, más de veinte siglos después, hace hincapié en los aspectos procedimentales para fundamentar normas universales. Para él, una norma será válida «cuando todos pueden aceptar libremente, para la satisfacción de los intereses de cada uno, las consecuencias y efectos

1 TUCIDIDES, *Historia de la Guerra del Peloponeso*, Madrid, Cátedra, 1988, pág. 185.

colaterales que se producirán por la aplicación universal de esa norma». De ahí que adquiera importancia de primer orden el carácter del discurso práctico en el que se apoya tal regla, en concreto, las condiciones de una situación discursiva en el seno de la cual puedan validarse normas y principios. Es lo que se ha llamado la «situación ideal de habla» :

«Llamo ideal a una situación de habla en la que las comunicaciones no sólo no se vean obstaculizadas por influjos externos contingentes, sino tampoco por las coacciones que resultan de la estructura misma de la comunicación. La situación ideal de habla excluye la distorsión sistemática de la comunicación. Y, ciertamente, la estructura de la comunicación tan sólo deja de generar coacciones cuando para todos los participantes en el discurso está dada una distribución simétrica de las oportunidades de elegir y realizar actos de habla»<sup>2</sup>.

En el tiempo que transcurre entre estas dos citas, la libertad de expresión, la libertad de imprenta, la libertad de información, o lo que, en términos más globales, podemos denominar «comunicación pública libre», se ha convertido en un fundamento necesario de la democracia.

Quizá los argumentos más brillantemente expuestos en defensa de la libertad de expresión sean de JOHN STUART MILL. Entendió que «la peculiaridad del mal que supone el imponer silencio a la expresión de una opinión estriba en que supone un robo a la raza humana»<sup>3</sup>; para él, la libertad de expresión era un bien colectivo a defender «del que depende cualquier otra clase de bienestar»<sup>4</sup>. Resumió las razones que abogan por la libertad de opinión y expresión de la siguiente forma:

«Primero. Si una opinión cualquiera es reducida a silencio, hasta donde alcanzamos a saber, esta opinión puede ser verdadera.

<sup>2</sup> Recojo la traducción que MUGUERZA, J. (*Desde la perplejidad*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1990, pág. 286), realiza de HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, § V, por entender que resulta más apropiada, pero también se puede consultar en HABERMAS, J.: *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1986, pág. 46, donde al referirse a la situación ideal de habla entiende que «los participantes en la argumentación tienen todos que presuponer que la estructura de su comunicación, en virtud de propiedades que pueden describirse de modo puramente formal, excluye toda otra coacción, ya provenga de fuera de ese proceso de argumentación, ya nazca de ese proceso mismo, que no sea la del mejor argumento».

<sup>3</sup> MILL, J. S.: *Sobre la libertad*, Madrid, Espasa Calpe, 1991, pág. 87.

<sup>4</sup> Op. cit., pág. 135.

Segundo. Aun siendo un error la opinión reducida a silencio, puede contener, y con frecuencia contiene, una porción de verdad; y puesto que la opinión general o dominante en cualquier asunto raramente o nunca equivale a toda la verdad, lo que queda de verdad solamente tendrá alguna posibilidad de ser repuesto en su totalidad mediante la colisión de opiniones adversas.

Tercero. Aun conteniendo la opinión admitida toda la verdad y nada más que la verdad, será sostenida como si se tratara un prejuicio, sin apenas entender o sentir sus fundamentos racionales, a menos que sufra ser discutida vigorosamente, y de hecho lo sea, por la mayoría de los que la adoptan.

Cuarto. Y no sólo eso, sino que el significado mismo de la doctrina correrá el peligro de perderse o debilitarse, y de ser privado de su efecto vital sobre el carácter y la conducta; si se convierte el dogma en una profesión meramente formal, ineficaz para el bien, llenará el terreno de obstáculos e impedirá el desarrollo de cualquier convicción real y sincera que pueda surgir de la razón y la experiencia»<sup>5</sup>.

No es extraño que en los «modelos» de democracia existentes en nuestra cultura política aparezca como requisito ineludible entre los elementos que configuran una «comunicación pública libre». De esta forma, para los partidarios de la democracia pluralista es esencial la «libertad de expresión»<sup>6</sup>, yendo más allá los partidarios de la «participación» que requieren «un sistema abierto de información que garantice decisiones informadas»<sup>7</sup>.

Ahora bien, si la modernidad implicaba la comunicación pública libre, son muchos los autores que, en la actualidad, coinciden en que precisamente en este punto radica una de las promesas incumplidas de la modernidad. BOBBIO, entre otros, nos relata el doloroso catálogo de las «paradojas» y de las promesas no mantenidas de la democracia moderna: la autodeterminación popular impedida por el crecimiento de las burocracias públicas; la autonomía de la persona amenazada por la industria cultural y por la manipulación de los «mass-media»; la igualdad en sentido no formal contrastada por el permanecer de las formas capitalistas de producción; y la transparencia de los procesos decisionales neutralizados por la intervención pública en los sectores de la economía y de la información:

<sup>5</sup> Op. cit., págs. 135-136.

<sup>6</sup> Véase, entre otros, DAHL, R. A.: *La Poliarquía. Participación y oposición*. Madrid, Tecnos, 1989, págs. 14-15.

<sup>7</sup> Véase HELD, D.: *Modelos de democracia*. Madrid, Alianza, 1991, pág. 345.

«Entre las diversas formas de abuso del poder está, actualmente, la posibilidad por parte del Estado de abusar del poder de información, distinto al abuso del poder clásico que era individualizado esencialmente en el abuso de la fuerza. Se trata de un abuso de poder tan distinto y nuevo que debería imaginarse y poner en práctica nuevas reglas sobre los límites del poder del Estado. Y estamos aún muy lejos de haberlo hecho»<sup>8</sup>.

Pero ya no es sólo el poder del Estado, sino el poder de los pocos grupos financieros que dominan los principales medios de comunicación del planeta. Este es uno de los argumentos principales en la obra de NOAM CHOMSKY<sup>9</sup>, para el cual la «prensa libre», lejos de ejercer una función de vigilancia presta servicio a las necesidades de quienes ostentan el poder. Igualmente, APEL<sup>10</sup> se ha referido a las insuficiencias de los medios de comunicación social que dan lugar a una comunicación de masas, pero no a una comunicación libre al faltar los elementos de una comunidad ideal de comunicación. O, como nos dice DANILO ZOLO:

«El universo de la comunicación está hoy día constituido por un grupo de profesionales, por lo tanto orientados al beneficio, que tienden a fortalecerse y a integrarse dentro de la business community internacional: operan, al lado de las grandes corporaciones económico-financieras multinacionales y a menudo bajo su dependencia, al margen de cualquier control democrático. Además, sus relaciones internas de poder presentan la estructura jerárquica de las grandes empresas capitalistas y de la burocracia pública»<sup>11</sup>.

Al respecto, JORGE DE ESTEBAN, con anterioridad a la aprobación de la Constitución, se pronunciaba en los siguientes términos:

8 BOBBIO, N.: «La crisis de la democracia y la lección de los clásicos», en BOBBIO, N.; PONTARA, G., y VECA, S.: *Crisis de la democracia*, Barcelona, Ariel, 1985, pág. 24.

9 Véase, entre otras, CHOMSKY, N.: *Ilusiones Necesarias*, Madrid, Libertarias/Prodhufo, 1992.

10 APEL, K. O.: *La transformación de la filosofía*, Madrid, Taurus, 1985, págs. 402-413. También citado en SORIANO, R.: *Las libertades Públicas*, Madrid, Tecnos, 1990, pág. 110.

11 ZOLO, D.: *Il principato democratico*, Milán, Feltrinelli, pág. 196. La traducción es nuestra.

«la teoría liberal del derecho a informar no sólo es hoy en ocasiones una reliquia, sino sobre todo una falsa ideología que sirve para encubrir la manipulación de las masas. La burguesía utilizó precisamente la libertad de información para minar la fortaleza del Antiguo Régimen. Pero en el nivel tecnológico actual, el liberalismo económico, el *laissez-faire*, ante los medios de comunicación de masas equivale, en última instancia, a no hacer nada para evitar el falseamiento de la democracia. Cualquier persona puede sobre el papel llevar a cabo la tarea de informar, pero fundar un periódico de mediana importancia exige un desembolso que no está al alcance de todos los bolsillos»<sup>12</sup>.

Si resulta claro el carácter central de la comunicación pública libre para la democracia, las consecuencias en el terreno constitucional son claras. Para LOEWENSTEIN, en 1957 «si la tendencia actual continúa, se hará completamente inevitable un cierto control estatal sobre la economía de mercado libre de la opinión pública — semejante a las intervenciones estatales en la vida económica—, ya que, si no, la democracia constitucional llegará a un punto en el camino hacia su destrucción, en el que ya no habrá posibilidad de volverse atrás»<sup>13</sup>. A esta problemática, con toda su complejidad<sup>14</sup>, parece responder el artículo 20 de nuestra actual Constitución. En esta sede nos centraremos en el estudio de la configuración que el Tribunal Constitucional realiza de la «comunicación pública libre» a partir de dicho artículo.

## 2 UNA DISTINCIÓN PRELIMINAR: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO DE INFORMACIÓN

Antes de entrar en el análisis de nuestro objeto de estudio, conviene realizar unas breves reflexiones sobre el correcto entendimiento del contenido del artículo 20 y, en concreto, sobre la delimitación conceptual de algunos de los derechos, cuando no aspectos, que configuran la co-

<sup>12</sup> ESTEBAN, J.: *De Por una comunicación democrática*. Valencia, Fernando Torres, 1976, pág. 47.

<sup>13</sup> LOEWENSTEIN, K.: *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ariel, 1986, pág. 421. También citado por SÁNCHEZ FERRIZ, R.: *Estudio sobre las libertades*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, pág. 230.

<sup>14</sup> En el debate constituyente, el señor Zapatero Gomez al defender el derecho de los periodistas a la cláusula de conciencia decía que «el proceso de concentración de las empresas periodísticas, que se han ido convirtiendo en oligopolios, y en ocasiones en auténticos monopolios, hace que sea insuficiente la libertad de prensa tradicional así entendida, esto es, como libertad para crear un periódico y mantenerlo» a lo que le contestaba el señor Apostua Palos añadiendo que, aun estando «completamente de acuerdo con su idea», el problema de la prensa «es muchísimo más complejo que este de la cláusula de conciencia y del secreto profesional». (*Constitución española. Trabajos parlamentarios*. Madrid, Cortes Generales, 1980, págs. 1.078-1.090).

municación pública libre entendida como englobadora de todos ellos. Son conocidos los esfuerzos de la doctrina española para precisar el alcance de la libertad de expresión y del derecho de información del artículo 20.

Para RAMÓN SORIANO, la libertad de expresión es el presupuesto previo de la libertad de información. Esta sería la denominación actual de aquella concretada en los medios de comunicación social: «La libertad de información presupone a la libertad de expresión, que, en relación con aquella, se comporta como un presupuesto o como un *genus*, del que la libertad de información no es sino una especie determinada; en efecto, sin el previo reconocimiento jurídico de la libertad de expresión no es posible defender la libertad de información, que es la misma expresión dirigida a la opinión pública; y además la libertad de información es una forma de la libertad de expresión, representando una mínima organización para la efectividad de la relación entre sujeto emisor y receptor indiferenciado de la información»<sup>15</sup>.

Esta forma de entender la libertad de información, especificación de la libertad de expresión, pero que en todo caso presenta características propias, parece que es la que sigue el Tribunal Constitucional en sus primeras sentencias. Entre ellas, destaca la sentencia 6/1981, de 16 de marzo, que ya distinguía entre el contenido de la libertad de expresión y el derecho de información al decir:

«La libertad de expresión que proclama el art. 20.1 a) es un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos y que les protege frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la Ley en cuanto ésta intente fijar otros límites que los que la propia Constitución (arts. 20.4 y 53.1) admite. Otro tanto cabe afirmar respecto del derecho a comunicar y recibir información veraz (art. 20.1 d)), fórmula que, como es obvio, incluye dos derechos distintos, pero íntimamente conectados. El derecho a comunicar que, en cierto sentido, puede considerarse como una simple aplicación concreta de la libertad de expresión y cuya explicitación diferenciada sólo se encuentra en textos constitucionales recientes, es derecho del que gozan también, sin duda, todos los ciudadanos, aunque en la práctica sirva, sobre todo, de salvaguardia a quienes hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión específica; el derecho a recibir es en rigor una redundancia (no hay comunicación cuando el mensaje no tiene receptor posible), cuya inclusión en el texto constitucional se justifica, sin embar-

15 SORIANO, R.: *Las libertades públicas*, Madrid, Tecnos, 1990, págs. 107-108.

go, por el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social».

No opina así, sin embargo, un sector de la doctrina para el cual los términos se invierten. Para SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA<sup>16</sup> «la verdad es más bien que el derecho a la información es no tanto una variedad del derecho a la libertad de expresión, caracterizada por el objeto a que se refiere — relato de hechos o conductas—, cuanto el supuesto de la libertad de expresión en sentido estricto. Sin información, no hay opinión»<sup>17</sup>. Considerando la libertad de información como condición de la libertad de expresión en una sociedad libre entiende SOLOZÁBAL que se pueden apuntar algunas diferencias. La libertad de expresión en sentido estricto protege exclusivamente una sola actividad: la comunicación sin trabas del pensamiento; en cambio, en el derecho a la información las actividades garantizadas son múltiples: preparación, elaboración, selección y difusión de la información o noticias. Pero, sobre todo, singulariza al derecho a la información respecto de la libertad de expresión un carácter más marcadamente institucional.

En este último sentido parece que apuntaba JORGE DE ESTEBAN cuando en 1976 decía que «el derecho clásico a la libre expresión se ha quedado corto y hoy aparece como mucho más completo el derecho a la información. En otras palabras: a la concepción típicamente individualista de la libertad de expresión se superpone la libertad colectiva de información y posteriormente la del derecho a la información con su correlato de la obligación de informar»<sup>18</sup>.

16 Véase SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J.: «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32, 1991, págs. 73-114.

17 En el mismo sentido, SANCHEZ FERRIZ que afirma que el derecho a ser informado y su fundamentación «puede afirmarse que subyacen en el texto y en las manifestaciones jurisprudenciales sólo que se ha concebido como un presupuesto de otros derechos o libertades (si reconocidos expresamente) y no como un derecho accionable» (*Estudio sobre...*, op. cit., pág. 249).

18 ESTEBAN, J.: De *Por una comunicación democrática*, Valencia, Fernando Torres, 1976, pág. 90. Prácticamente idénticas palabras repetiría el señor Solana Madariaga, citando al anterior, en el debate constituyente al defender que los medios de comunicación de masas deben estar regulados en el marco de la Constitución: «Como diría Lasalle, la verdadera Constitución reside siempre, y sólo puede residir, en los factores reales y efectivos de poder que rigen dentro de una sociedad. Hoy nadie pondría en duda que los medios de comunicación de masas y, en particular la Radio y la Televisión, son auténticos poderes reales en la sociedad» (*Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Madrid, Cortes Generales, 1980, pág. 2.081).

Quizá tenga razón SÁNCHEZ FERRIZ cuando, en la misma línea, apunta que los reparos al pleno reconocimiento del derecho a la información por el Tribunal Constitucional provengan más bien de sus dificultades, «porque si es fácil reconocer y garantizar el derecho de todo ciudadano a ser informado de todo lo relativo a los asuntos públicos y en aquella medida que sea necesario (y suficiente) para decidir con prudencia y responsabilidad, no lo es tanto instrumentar jurídicamente su ejercicio»<sup>19</sup>. Y es que el debate entre libertad de expresión y derecho a la información parece conducirnos ineludiblemente a otra cuestión, esto es, si estamos en presencia de un derecho de mera protección frente a las injerencias del poder o es algo más.

### 3 ¿DERECHO DE PROTECCIÓN O DERECHO DE PRESTACIÓN?

La primera sentencia de importancia en el proceso de configuración de lo que venimos llamando la comunicación pública libre es la sentencia 6/1981, de 16 de marzo, sobre la que volveremos más adelante. De momento interesa destacar como el Tribunal Constitucional asume la opinión mayoritaria de filósofos, politólogos y constitucionalistas en el sentido de que no puede existir democracia sin una auténtica comunicación pública libre. Afirma tajantemente el Tribunal:

«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, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política.»

Para el Tribunal, la preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos, y la interdicción con carácter general de determinadas actuaciones

19 SÁNCHEZ FERRIZ, R.: *Estudio sobre las libertades*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, pág. 247.

nes del poder, pero también una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social y, en razón de ello, a quienes profesionalmente los sirven.

Ahora bien, pese a ello cabe resaltar como en esta sentencia el Tribunal Constitucional parece entender estos derechos fundamentales únicamente como derechos de autonomía frente al poder:

«La libertad de expresión que proclama el artículo 20.1 a) es un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos y que les protege frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la Ley en cuanto ésta intente fijar otros límites que los que la propia Constitución (artículos 20.4 y 53.1) admite. Otro tanto cabe afirmar respecto del derecho a comunicar y recibir información veraz (art. 20.1 d), fórmula que, como es obvio, incluye dos derechos distintos, pero íntimamente conectados... Son estos derechos, derechos de libertad frente al poder y comunes a todos los ciudadanos.»<sup>20</sup>.

Aunque los fundamentos jurídicos de la Sentencia se refieren — no muy convincentemente— a la cuestión, es el voto particular de FERNÁNDEZ VIAGAS el que adelanta una distinta naturaleza jurídica de estos derechos, no sólo como derechos individuales, sino también como derechos institucionales. A ello también se ha referido SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA al decir que en los derechos del artículo 20, se pueden distinguir «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 dignidad de la persona, el segundo al principio democrático.»<sup>21</sup>. Dice FERNÁNDEZ VIAGAS en voto particular:

20 Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal termina denegando el recurso de amparo interpuesto por los trabajadores de los diarios *La Voz de España y Unidad* ante el acuerdo del Consejo de Dirección del Organismo Autónomo «Medios de Comunicación Social del Estado» por el que se suspendía la publicación de los mismos: «La libertad de los medios de comunicación, sin la cual no sería posible el ejercicio eficaz de los derechos fundamentales que el artículo 20 de la Constitución enuncia, entraña seguramente la necesidad de que los poderes públicos, además de no estorbarla, adopten las medidas que estimen necesarias para remover los obstáculos que el libre juego de las fuerzas sociales pudieran oponerle. La cláusula del Estado social (art. 1.1) y, en conexión con ella, el mandato genérico contenido en el artículo 9.2 imponen, sin duda, actuaciones positivas de este género. No cabe derivar, sin embargo, de esta obligación el derecho a exigir el apoyo con fondos públicos a determinados medios privados de comunicación social o la creación o el sostenimiento de un determinado medio del mismo género y de carácter público».

21 SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J.: «Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 23, 1988, pág. 140.

«La complejidad de este prolijo enunciado (art. 20) revela, según nos parece, que el legislador constituyente reconoce a la libertad de expresión y, específicamente, a la libertad de prensa, un aspecto institucional, además de su aspecto subjetivo; aspecto institucional que tiende a realizar, en el plano de la información, el pluralismo político que el artículo 1 proclama como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico y que requiere, en este campo concreto, la adopción de las medidas correctoras de la desigualdad, en la confrontación de las fuerzas sociales, a tenor del mandato genérico del artículo 9.2, lo que puede conseguirse mediante el uso adecuado de los medios de comunicación social del Estado.»

Pues bien, el Tribunal va a recoger el guante lanzado por FERNÁNDEZ VIAGAS al matizar su doctrina anterior en la sentencia 12/1982, de 31 de marzo:

«Se ha señalado acertadamente que se trata ante todo de un derecho de libertad, por lo que básicamente significa ausencia de interferencias o de intromisiones de las autoridades estatales en el proceso de comunicación. Sin embargo, en otro plano significa el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático. El artículo 20 defiende la libertad en la formación y en el desarrollo de la opinión pública, pues la libertad en la expresión de las ideas y en la difusión de noticias es necesaria premisa de la opinión pública libre».

Aun así no parece que el Tribunal saque todas las consecuencias posibles de esta nueva línea de interpretación. Y es que, como señala SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, «el problema importante no es de reconocer una trascendencia indudable, en el terreno político fundamentalmente, a la libertad de expresión, cuestión ésta 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»<sup>22</sup>. Esta transformación supondría «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

<sup>22</sup> Op. cit., pág. 145.

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»<sup>23</sup>. De ahí la moderación del Tribunal Constitucional en este terreno. Sirva de ejemplo la sentencia 86/1982, de 23 de diciembre, en la que afirma

«no son derechos de prestación, sino que se traducen en la libertad que de los mismos se reconocen a los ciudadanos, para cuya efectividad no se requiere constitucionalmente, ni está tampoco prohibido, que existan medios de prensa dependientes del Estado o de cualquier ente público, al ser éste un tema en el que caben dentro de la Constitución, diversas opciones políticas».

Sin embargo, si entendemos que la libertad real y efectiva que preconiza nuestra Constitución exige no sólo una abstención de los poderes públicos, sino en algún caso una actuación positiva de los mismos, dependiendo siempre de causas relevantes que exijan un tratamiento diferenciado, la afirmación del Tribunal no sería enteramente fiel al espíritu constitucional. Podríamos decir que la Constitución exige la prestación si ésta es necesaria para garantizar la libertad<sup>24</sup>. En este sentido pensamos que sería más acertada la sentencia 63/1987, de 20 de mayo, que después de afirmar que estamos en presencia de un derecho de libertad, introduce la matización según la cual «en determinados casos será necesaria la actuación positiva de los poderes públicos para la ordenación de los medios que sirvan de soporte a la expresión y difusión de las ideas».

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, en sentido semejante, concluirá que «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... ; y puede consistir también en una actividad correctora que impida en el mercado informativo situaciones de monopolio»<sup>25</sup>. Un buen ejemplo es la sentencia 64/1989, de 6 de abril, cuando interpreta el sentido de las ayudas económicas a favor de em -

23 Op. cit., pág. 145.

24 Véase ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 381-418.

25 Op. cit., pág. 148.

presas periodísticas y agencias informativas, pese a que en ningún caso el Tribunal explicita que se trata de una «exigencia» que dimanase de la propia Constitución de acuerdo a criterios de igualdad. La sentencia dice:

«Más allá del objeto inmediato de la Ley, la finalidad última de ésta se revela en el hecho de que en una sociedad moderna, ... , los Medios de Comunicación Social «cumplen la importante función de contribuir a formar una opinión pública pluralista acorde con el derecho de los ciudadanos a ser verazmente informados», siendo la «finalidad última» de las ayudas previstas «corregir la creciente concentración de los medios informativos, protegiendo las distintas corrientes de opinión propias de una sociedad democrática, consecuente con el principio establecido de que las ayudas acordadas por el Estado tienen su último fundamento en el interés del ciudadano, que se convierte en el destinatario de las mismas a través de las empresas periodísticas», y, en definitiva, de «garantizar la existencia de una prensa pluralista que contribuya eficazmente a la formación de la opinión pública en el marco de una sociedad democrática.»»

Quizá, como conclusión provisional, podríamos aventurar que el Tribunal progresivamente viene revalorizando el aspecto institucional de la comunicación pública libre superando esa primera doctrina de carácter más bien «liberal» que hacía hincapié en la naturaleza de la libertad de expresión como derecho subjetivo frente al Estado <sup>26</sup>. De alguna manera, se responde al esfuerzo doctrinal por compatibilizar las categorías de derecho fundamental y garantía institucional <sup>27</sup>, subrayando en definitiva para la libertad de expresión su carácter de libertad institucional <sup>28</sup>.

26 En cualquier caso, como expresa BASTIDA FREJEIDO «lo más relevante no es que el TC mantenga una concepción democrático-funcional de la libertad de información. Lo que merece destacarse es que tal concepción no la inserta con claridad en una idea procedimental de democracia». Y es que «desde una perspectiva liberal, para que exista ese mercado, o proceso de libre formación de la opinión pública, basta con garantizar formalmente la libertad individual a expresar las ideas y a informar; en cambio, desde una perspectiva democrático-procedimental, la garantía debe recaer en todos aquellos aspectos subjetivos y objetivos de esas y otras libertades que redunden en la creación real y efectiva del pluralismo, o sea, del mercado abierto de ideas y opiniones. La garantía de las condiciones de producción de ese mercado traerá como consecuencia el que la opinión pública se forme de manera libre y plural» (*El régimen jurídico de la comunicación social*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1994, pág. 11).

27 SOLOZÁBAL ECHEVARRIA, J. J.: «las dos categorías que son formuladas inicialmente como excluyentes han permitido, con el tiempo, una aproximación, desarrollándose un importante esfuerzo teórico tendente a comprenderlas como relacionadas e incluso compatibles» («La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32, 1991, pág. 83).

28 SORIANO, R: Op. cit., pág. 110.

## 4 LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ¿LIBERTAD PREFERENTE?

Por otro lado, estas indecisiones iniciales van a ocasionar una doctrina — también indecisa— en materia de límites a la libertad de expresión que terminará con lo que se ha venido llamando la doctrina de las «libertades preferentes», a la que finalmente parece que se renuncia (quizá, acertadamente).

El Tribunal Constitucional, en un primer momento, se enfrenta — parece que de forma adecuada— con el problema de los límites en la sentencia 62/1982, de 15 de octubre. La libertad de expresión, como el resto de los derechos del artículo 20, ha de ser interpretada en este aspecto siguiendo las normas generales que se aplican para el resto de los derechos constitucionales. En esta sentencia, el Tribunal se plantea en qué medida y con qué alcance puede ser limitada la libertad de expresión por la idea de la moral pública. En ese sentido, nos recuerda que el Convenio de Roma de 1950 prevé dos tipos de garantías para las restricciones a la libertad de expresión: En primer lugar, que las medidas han de estar previstas en la Ley y tienen que ser «necesarias» en una sociedad democrática para la consecución de todas o alguna de las finalidades a que se refiere el artículo 10, y por otra parte, que la aplicación de tales medidas no podrá efectuarse más que con la finalidad para la cual han sido previstas. De las tres condiciones establecidas la dificultad mayor estriba en determinar si las medidas adoptadas son necesarias o no en una sociedad democrática:

«— afirma el Tribunal Europeo— que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en esta materia debe ser proporcionada al fin legítimo perseguido. Y por otra parte, para calificar o no una medida como necesaria no debe hacerse tampoco abstracción de que — art. 10.2 del Convenio— quien ejerce su libertad de expresión asume deberes y responsabilidades cuyo alcance depende de su situación y del procedimiento técnico utilizado. De acuerdo con las ideas anteriores, para determinar si las medidas aplicadas eran necesarias para el fin perseguido, hemos de examinar si se han ajustado o si han infringido el principio de proporcionalidad»<sup>29</sup>.

29 La sentencia se refiere a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside.

El problema surge en la medida que la consideración de la libertad de expresión como «uno de los fundamentos de la sociedad democrática» le lleva al Tribunal a entender que la libertad de expresión es una libertad preferente frente al resto de los derechos y libertades, olvidando completamente el artículo 10 de nuestra Constitución que afirma que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social», esto es, todos los derechos constitucionales son fundamentos de una democracia<sup>30</sup>. Lo que ocurre es que la libertad de expresión tiene unas características especiales que permiten considerarla aparte de los demás derechos y darle una valoración especial, esto es, la libertad de expresión tiene en sí una causa relevante frente a otros derechos, pero esto no quiere decir que ante ella el resto de los derechos decaigan. Habrá que estar al caso concreto y a la ponderación de derechos y bienes siguiendo las indicaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o, lo que el mismo Tribunal había establecido en la Sentencia 62/1982, de 15 de octubre. Sin embargo, el Tribunal no lo entenderá así. Los ejemplos se suceden. Podemos destacar una serie de sentencias en las que la fundamentación del Tribunal sigue la doctrina de la libertad preferente.

Así, por ejemplo, la sentencia 104/1986, de 17 de julio, proclama que las libertades del artículo 20 no sólo son derechos fundamentales, sino que significan también el reconocimiento de la opinión pública, dimensión ésta de garantía que no se produce en el derecho al honor y que les otorga «una valoración que trasciende a la que es común y propia a todos los derechos fundamentales».

Más clara aún es la sentencia 159/1986, de 16 de diciembre, en la que después de haber señalado que los derechos y libertades como sus límites no son absolutos y que los límites han de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la efectividad de tales derechos, el Tribunal continúa diciendo

30 En este mismo apunta SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., cuando dice «quizá mis observaciones más críticas puedan dirigirse hacia lo que podríamos llamar el argumento institucional, utilizado por el Tribunal para imponer la posición preferente de la libertad de expresión respecto de otros derechos. La prevalencia de la libertad de expresión puede afirmarse en razón de su *plus* institucional o dimensión *más*, y subrayo el adverbio, institucional, en relación con otros derechos, de los que no obstante no se puede decir que carezcan de esta dimensión, aunque la misma pueda ser inferior a la de la libertad de expresión en razón del indudable relieve político de ésta. De modo que ha de insistirse en que la solución a los problemas de colisión entre derechos ha de alcanzarse teniendo en cuenta la imprescindibleidad de todos los derechos fundamentales en una sociedad libre, pues, trascendiendo la comprensión al respecto que a veces ha podido desprenderse, como decía, de la actitud de nuestro Tribunal Constitucional, todos, y no sólo la libertad de expresión, tienen una dimensión institucional y todos son, por utilizar la expresión de Häberle, «elementos funcionales de la democracia», reclamando necesariamente vigencia efectiva en el Estado de Derecho.» («Acercas de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 77, 1992, pág. 247).

«Esta posición preferencial del derecho fundamental reconocido en el artículo 20.1. d) de la Constitución, si de una parte implica, como señalan las sentencias impugnadas, una mayor responsabilidad moral y jurídica en quien realiza la información, de otra exige una rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio. Por ello, cuando la libertad de información entre en conflicto con otros derechos fundamentales e incluso con otros intereses de significativa importancia social y política respaldados, como ocurre en el presente caso, por la legislación penal, las restricciones que de dicho conflicto puedan derivarse deben ser interpretadas de tal modo que el contenido fundamental del derecho en cuestión no resulte, dada su jerarquía institucional, desnaturalizado ni incorrectamente relativizado».

## 5 LOS LÍMITES

Partiendo de la distinción que el Tribunal Constitucional hace entre el derecho a la información y la libertad de expresión<sup>31</sup>, podemos resumir el problema de los límites acudiendo fundamentalmente a dos sentencias. La primera es la sentencia 6/1988, de 21 de enero, en la que delimita el concepto de «veracidad» aplicado a las informaciones. La segunda es la sentencia 51/1989, de 22 de febrero, en la que el Tribunal resume toda su doctrina en materia de límites a la libertad de expresión.

Sobre el derecho a la información, la sentencia 168/1986, de 22 de diciembre<sup>32</sup>, después de reiterar la doctrina de las sentencias 105/1983 y 13/1985 terminaba diciendo que «el derecho a recibir una información veraz es de este modo un instrumento esencial de conocimiento de los

31 BASTIDA FREJEIDO nos dice que «la doctrina jurisprudencial entiende que cada una de esas libertades tiene un objeto distinto: la libertad de expresión hace referencia a pensamientos, ideas y opiniones y la de información a hechos noticiables, y que, esto es lo verdaderamente relevante, tienen un tratamiento jurídico distinto. El derecho a la libre expresión de las ideas conserva su carácter preeminente de derecho público subjetivo, mientras que el derecho a comunicar y recibir información se concibe más desde una perspectiva democrático-funcional, como derecho marcado por la finalidad de garantizar una opinión pública libre» (*El régimen jurídico de la comunicación social*, op. cit., pág. 8).

32 Es interesante también la sentencia 165/1987, de 27 de octubre, sobre la que volveremos más adelante, pero que ahora nos interesa por la siguiente afirmación: «La libertad de información es, en términos constitucionales, un medio de formación de opinión pública en asuntos de interés general, cuyo valor de libertad preferente sobre otros derechos fundamentales y entre ellos el derecho al honor, puesto de manifiesto por la STC 104/1986, de 17 de julio, viene determinado por su condición de garantía de la opinión pública, que es una institución constitucional al Estado democrático que los poderes públicos tienen especial obligación de proteger».

asuntos que cobran importancia en la vida colectiva y que, por lo mismo, condiciona la participación de todos en el buen funcionamiento del sistema de relaciones democráticas auspiciado por la Constitución, así como el ejercicio efectivo de otros derechos y libertades». Pero es la sentencia 6/1988, de 21 de enero, la que desarrolla como límite intrínseco de la información el sentido de la exigencia de «veracidad». Dice el Tribunal

«Cuando la Constitución requiere que la información sea «veraz» no está tanto privando de protección a las informaciones que pudieran resultar erróneas — o, sencillamente no probadas en juicio— cuando estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que trasmite como «hechos» haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado... En definitiva, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse «la verdad» como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio».

Ahora bien, según la sentencia 197/1991, de 17 de octubre,

«El requisito de la veracidad merece distinto tratamiento, según se trate del derecho al honor o del derecho a la intimidad, ya que mientras que la veracidad funciona, en principio, como causa legitimadora de las intromisiones en el honor, si se trata del derecho a la intimidad esa veracidad es presupuesto necesario para que la intromisión se produzca, dado que la realidad de ésta requiere que sean veraces los hechos de la vida privada que se divulgan.»

Respecto a los límites a la libertad de expresión, parece conveniente recordar la sentencia 51/1989, de 22 de febrero, en la medida en que el propio Tribunal recapitula en ella su doctrina en la materia<sup>33</sup>. Creemos que resume todo el valor de la construcción doctrinal del Tribunal Constitucional y, por ello, merece ser citada *in extenso*:

<sup>33</sup> Recientemente, la sentencia 232/1993, de 12 de julio, se plantea «una cuestión novedosa que precisa de ciertas consideraciones específicas, a saber: cómo ha de ponderarse una información en aquellos casos en que un medio de comunicación se limita a dar cuenta de declaraciones o afirmaciones de terceros que resultan ser atentatorias contra los derechos del artículo 18.1 CE. Ante supuestos de esta naturaleza se hacen necesarias ciertas modulaciones en la aplicación de los cánones generalmente observados para resolver la colisión entre los derechos garantizados en los artículos 18

- La libertad de información versa sobre hechos, que pueden y deben someterse al contraste de su veracidad, en tanto que la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor subjetivos, que no se prestan a una demostración de su exactitud, y que, por lo mismo, dotan a aquélla de un contenido legitimador más amplio.
- No se incluyen en el ámbito de la libertad de expresión ni tienen valor de causa justificativa consideraciones desprovistas de relación con la esencia del pensamiento que se formula y que, careciendo de interés público, resulten formalmente injuriosas de las personas a las que se dirijan.
- El valor preponderante de las libertades del artículo 20 de la Constitución sólo puede ser apreciado y protegido cuando aquéllas «se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general, por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando, entonces, su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor».
- Los valores de dignidad, reputación o autoridad moral de las instituciones públicas y clases del Estado, sin mengua de su protección penal, gozan frente a la libertad de expresión de un nivel de garantía menor y más débil que el que corresponde al honor de las personas de relevancia pública, máxime cuando las opiniones o informaciones que pueden atentar contra tales valores se dirigen no contra una institución, clase o cuerpo como tal, sino indeterminadamente contra los individuos que pertenezcan o formen parte de los mismos en un momento dado.
- Finalmente, no puede desconocerse que la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo (STC 159/1986, de 16 de diciembre), las cuales han de ser interpretadas de acuerdo con lo dispuesto por los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (art. 10.2 de la Constitución), en -

y 20 CE, aunque tales modulaciones no afectan en absoluto al requisito de la relevancia pública, sino que se agotan en el contenido y alcance de la existencia de veracidad». En definitiva, «cuando un medio de comunicación divulga declaraciones de un tercero que suponen una intromisión en los derechos reconocidos por el artículo 18.1 CE, tal divulgación sólo puede disfrutar de la cobertura dispensada por el artículo 20.1 CE si, por un lado, se acredita la veracidad – entendida como verdad objetiva– del hecho de las declaraciones del tercero, y, por otro, estas declaraciones (cuya veracidad, entendida como diligencia en la averiguación de la verdad, sólo es exigible a quien declara lo divulgado) se refieren a hechos o circunstancias de relevancia pública», esto es, «si el contenido de la información es, en principio, lesiva del honor de una persona ha de guardarse de darle difusión a menos que, de algún modo evidencie que, por la conexión de la información con un hecho relevante – conexión que ha de hacerse patente–, aquélla puede participar del interés social de éste».

tre ellos el artículo 10.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, según el cual el ejercicio de las libertades de expresión lato sensu puede ser sometido a restricciones legales que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, como son, en concreto, la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

## 6 EL CAMBIO DOCTRINAL

Pues bien, partiendo del entendimiento de la libertad de expresión como libertad preferente — dicho aquí sin las, por otro lado, necesarias matizaciones—, el Tribunal ha ido estableciendo cada vez más considerandos y limitaciones a este entendimiento preferente<sup>34</sup>. Tal evolución nos parece lógica en la medida que, según hemos mantenido<sup>35</sup>, la libertad de expresión no es preferente *en sí*, sino que sus propias características le hacen tener siempre presente un elemento relevante a ponderar en su tensión con otros derechos constitucionales. Es más, como decíamos, la línea anterior se rompe a partir de 1990, teniendo como antecedente un voto particular a la sentencia 121/1989, de 3 de julio. En este voto particular, DÍAZ EIMIL expone «consideraciones de carácter general sobre el sentido en que, ... , debieran replantearse en decisiones futuras los problemas que suscita, en sede constitucional, la colisión de las libertades de expresión e información con el derecho al honor». En este sentido interesa destacar los siguientes aspectos de su voto particular:

34 BASTIDA FREJEIDO lo expresa de esta forma: «Durante bastante tiempo el Tribunal Constitucional, en aras de restringir lo mínimo el proceso de comunicación pública libre, hizo una amplia delimitación de la posición preferente de las libertades de expresión e información, lo que comporta una gran relativización del derecho al honor y a la intimidad personal. No obstante, desde hace ya algunos años, a medida que su jurisprudencia se utilizaba por los medios de comunicación como patente de corso, el Tribunal Constitucional ha alterado su juicio de ponderación en relación con la libertad de expresión» (El régimen jurídico de la comunicación social, op. cit., pág. 21).

35 Véase MARTÍN CUBAS, J.: *La teoría de la democracia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Universidad de Valencia, Tesis microfilmada, 1994, especialmente págs. 229-262.

- «En el enjuiciamiento de los recursos de amparo, por regla general y en lo que permita la estructura del derecho fundamental invocado, debe evitarse la utilización de criterios formales, potenciando al máximo el uso de criterios materiales que permitan atribuir al derecho el todo contenido real que sea preciso para conseguir su plena efectividad, pues sólo en esta línea cumplirán satisfactoriamente su función de valores materiales, y no simplemente retóricos, en los que se asienta el Estado democrático y social de Derecho ... »
  
- «En cuanto al grado en que, a mi juicio, debe atribuirse a la prevalencia de las libertades de expresión e información sobre el derecho al honor, creo sinceramente que, por la especial relevancia que dicha superioridad o preeminencia tiene en el contexto doctrinal en que se desenvuelve el tema de los conflictos entre esas libertades y derechos fundamentales, existe el riesgo de que se minimice el derecho al honor, que también está constitucionalmente protegido y es límite primordial de esas libertades- y, a consecuencia de ello, se conceda a ese valor prevalente una eficacia que vaya más allá del tratamiento que ambos derechos fundamentales se merecen»
  
- «Aunque existan doctrinas discrepantes, creo que no es aventurado afirmar que la aplicación del Derecho y el paso de la regla abstracta al caso concreto no son simples procesos deductivos, sino una adaptación constante de las disposiciones legales e instituciones jurídicas a los valores culturales propios de cada época y medio social y, según ello, me parece que en el momento de resolver el enfrentamiento entre dos derechos constitucionales es muy importante tener presente cuáles son las ideas dominantes que la sociedad tiene sobre el valor de cada uno de dichos derechos, es decir, la resolución debe estar en armonía con la realidad social española de nuestro tiempo, evitando el trasladar automáticamente a nuestro derecho constitucional doctrinas imperantes en otras sociedades, en las cuales puede estar justificada una excepcional prevalencia de la libertad de expresión sobre el derecho al honor por la estimación que de estos valores se tenga en dichas sociedades, que puede ser distinta de la que es propia de la cultura y sentimiento del pueblo español, en cuyo sistema axiológico destaca, en lugar muy elevado, el honor personal.»

Estas reflexiones tienen un gran valor para entender de forma correcta la interpretación de los conflictos entre derechos pues, como hemos mantenido en otro lugar <sup>36</sup>, las diferenciaciones o

<sup>36</sup> Véase MARTIN CUBAS, J.: op. cit., págs. 118-119.

la solución a los conflictos entre derechos o entre derechos y deberes se debe realizar siempre ponderando materialmente lo que hay en juego cuando factores relevantes así lo exijan y de acuerdo con los valores vigentes en una sociedad histórica dada <sup>37</sup>.

De hecho, el Tribunal ya había actuado de esta forma en supuestos de otras características como es el caso de la sentencia 120/1983, de 10 de abril <sup>38</sup>.

En cualquier caso, ejemplo de esta nueva línea de interpretación de los derechos del artículo 20 son las sentencias 171/1990, de 5 de noviembre, y 172/1990, de 5 de noviembre que *ante la información de dos periódicos diferentes sobre unos mismos hechos el Tribunal Constitucional en un caso ampara y en otro no*. (La cursiva se debe a que para algún sector de la doctrina «se enjuician los mismos hechos, llegando a consecuencias jurídicas diferentes» <sup>39</sup>). El por qué del diferente fallo lo encontramos claramente expuesto en las dos sentencias, pero basta citar una. La sentencia 171/1990, de 5 de noviembre, dice claramente:

«El valor preferente del derecho de información no significa, pues, dejar vacíos de contenido a los derechos fundamentales de las personas afectadas o perjudicadas por esa información, que ha de sacrificarse sólo en la medida en que resulte necesario para asegurar una información libre en una sociedad democrática, como establece el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Cuando el ejercicio del derecho de in-

37 Problema diferente es quién ha de decir los valores vigentes. Tal cuestión nos alejaría del problema aquí abordado, pero podemos decir en principio que «de acuerdo con las reglas de reparto funcional», lo cual no deja tampoco de ser problemático. Pero ello, desde luego, no quiere decir, como parte de la doctrina ha entendido, que se abandone el principio de seguridad jurídica y que el Tribunal se sitúe en épocas preconstitucionales.

38 En esta sentencia dice el Tribunal: «La libertad de expresión no es un derecho ilimitado, pues claramente se encuentra sometido a los límites que el artículo 20.4 de la propia Constitución establece, y en concreto, a la necesidad de respetar el honor de las personas, que también como derecho fundamental consagra el artículo 18.1, lo que discuten las partes y afirma el Ministerio Fiscal; pero al mismo tiempo, dicho ejercicio debe enmarcarse, en cualquier supuesto, en unas determinadas pautas de comportamiento, que el artículo 7 del Código Civil expresa con carácter general, al precisar que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe», y que en el supuesto de examen tienen una especial manifestación dentro de la singular relación jurídico-laboral que vincula a las partes, no siendo discutible que la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas, no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de dicha relación. Los condicionamientos impuestos por tal relación han de ser matizados cuidadosamente, ya que resulta cierto que no cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad, con su significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde con el sistema constitucional de relaciones laborales y aparece contradicho por la propia existencia del conflicto cuya legitimidad general ampara el texto constitucional; pero ello no exime de la necesidad de un comportamiento mutuo ajustado a las exigencias de la buena fe, como necesidad general derivada del desenvolvimiento de todos los derechos y específica de la relación contractual, que matiza el cumplimiento de las respectivas obligaciones, y cuya vulneración convierte en ilícito o abusivo el ejercicio de los derechos, quedando al margen de su protección».

39 ALVAREZ CONDE, E.: *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid, Tecnos, 1992, pág. 318 *in fine*.

formación no exija necesariamente el sacrificio de los derechos de otro, pueden constituir un ilícito las informaciones lesivas de esos derechos. Ello ocurre especialmente en aquellos casos en los que en la información se utilicen expresiones insultantes, insinuaciones insidiosas y vejaciones. Sólo pueden entenderse como meros insultos o descalificaciones dictadas, no por un ánimo o con una función informativa, sino con malicia calificada por un ánimo vejatorio o la enemistad pura y simple, o en relación a personas privadas involucradas en un suceso de relevancia pública, se comuniquen hechos que afecten a su honor o a su intimidad que sean manifiestamente innecesarios o irrelevantes para el interés público de la información. En tales casos cabe estimar que quien dispone del medio de comunicación lo utiliza no con una función informativa en sentido propio, sino con una finalidad difamatoria o vejatoria, “en forma innecesaria y gratuita en relación con esa información”.»

La misma doctrina ya se había establecido en la sentencia 105/1990, de 6 de junio. La existencia de esa finalidad difamatoria o vejatoria, en forma innecesaria y gratuita en relación con la información explica los diferentes fallos. Y desde luego, tenerla en cuenta no significa que los derechos del artículo 20 dejen de tener la característica relevante que para el Tribunal los convierte en libertades preferentes, ni que se caiga en la inseguridad jurídica. Parece que esta línea interpretativa se consolida en sentencias como la 85/1991, de 8 de junio; la 197/1991, de 17 de octubre; la 214/1991, de 11 de noviembre; o la 20/1992, de 14 de febrero.

La sentencia 85/1991 dice claramente que el derecho al honor no es sólo un límite, sino también un derecho fundamental, «lo cual impide que puedan entenderse protegidas por las libertades de expresión e información aquellas expresiones o manifestaciones que carezcan de relación alguna con el pensamiento que se formula o con la idea que se comunica o resulten formalmente injuriosas o despectivas, y ello equivale a decir que esos derechos no autorizan el empleo de apelativos injuriosos utilizados con fines de menosprecio, puesto que la Constitución no reconoce ni admite el derecho al insulto».

Quizá sea la sentencia 85/1992, la expresión más clara de esta doctrina:

«En este punto es importante destacar que, al efectuar la ponderación debe tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de la proporcionalidad como principio inherente del Estado de Derecho cuya condición de canon de constitucionalidad, reconocido en sentencias del más variado contenido (...) tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones, procedan éstas de normas o resoluciones singulares (STC 37/1989)... , doctrina que nos conduce a negar legitimidad constitucional a las limitaciones o sanciones que incidan en el ejercicio de los derechos fundamentales de forma poco comprensible, de acuerdo con una ponderación razonada y proporcionada de los mismos y a exigir que toda acción deslegitimadora del ejercicio de un derecho fundamental adoptada en protección de otro derecho fundamental que se enfrente a él, sea equilibradora de ambos derechos y proporcionada con el contenido y finalidad de cada uno de ellos».

En definitiva, podemos establecer como conclusión, respecto a la libertad de expresión, que ésta constituye elemento fundamental de un sistema democrático lo cual le otorga indudablemente relevancia para ser considerada con tratamiento preferencial en el conflicto con otros derechos que, siendo también fundamento del orden público, obligarán a una ponderación de los derechos y bienes en conflicto según los valores vigentes en nuestra sociedad.

Una segunda consideración consiste en entender que el Tribunal Constitucional, llevado por un especial celo «democrático», establece en sus primeros años de existencia una prevalencia cuasiabsoluta de la libertad de expresión para posteriormente elaborar una doctrina más matizada en la cual, a través de sucesivas distinciones, va ampliando los límites a esa prevalencia, para terminar aceptando que todos los derechos son fundamentos del orden democrático (aunque no se diga expresamente<sup>40</sup>) y que, por tanto, cualquier conflicto entre ellos exige una ponderación del caso concreto según los valores vigentes<sup>41</sup>, donde indudablemente parte con ventaja la libertad de expresión al poseer una característica relevante que le relaciona directamente — desde un punto de vista funcional— con la idea misma de democracia.

40 SÁNCHEZ FERRIZ, de la misma forma, distingue «dos momentos: el de defensa (que en algún momento puede parecer a ultranza) de las libertades de información, iniciado en 1986 y que parece culminar en 1988-90; y el de un cierto reequilibrio que parece querer restablecerse a partir de 1990 (fundamentalmente con las sentencias 105, 171 y 172/90) con el fin de que la legítima relevancia adquirida por tales libertades no redunde en la excesiva reducción de los derechos de la personalidad con que suelen entrar en conflicto (principalmente honor e intimidad)» («Un año de jurisprudencia constitucional sobre la información ¿Consolidación o cambio de la doctrina anterior?» en *Revista General de Derecho*, núm. 596, 1994, pág. 5.033).

41 Así lo expresa el Tribunal Constitucional en la sentencia 15/1993: «los órganos judiciales no deben estimar preponderante en todo caso uno de los derechos sino que deben, habida cuenta de las circunstancias del caso, ponderar si la información se ha llevado a cabo dentro del ámbito protegido constitucionalmente». Por otro lado, además, al referirse a la tensión entre libertad de expresión y honor, el Tribunal en Sentencia 170/1994, de 7 de junio, dirá: «El análisis comparativo ha de hacerse atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, con tres criterios convergentes, el tipo de libertad ejercitada, el interés general de la información y la condición pública o privada del ofendido».

## 7 LIBERTAD DE INFORMACIÓN

Hemos visto que, dejando a un lado precisiones terminológicas, la doctrina considera fundamental para una sociedad democrática la configuración de esta libertad. Frente a la mera libertad de expresión es claro que la libertad de información requiere de unos medios materiales en algún caso sumamente costosos que la ponen fueran del alcance de los que, sin mayores precisiones, podríamos llamar el «ciudadano normal». Esta circunstancia permite a la doctrina distinguir entre *información activa*, consistente en el derecho a comunicar información con la característica, *sui generis* frente a otras libertades, de que el *sujeto activo es un sujeto minoritario y privilegiado* en función de la carestía de las infraestructuras informativas y — en algunos casos— de las limitaciones de orden técnico, e *información pasiva* que sería el derecho a recibir información donde *el sujeto pasivo adquiere una especial relevancia* hasta el punto de que es la principal razón de esta libertad. Esta situación, «el carácter privilegiado del sujeto activo de la libertad de información y la especial relevancia del sujeto pasivo sobre el que recae toda la presión de los medios de comunicación social, vician de entrada la pureza de la libertad de información al convertirse ésta en el instrumento de exposición de intereses de parte. La solución correctora residiría en la universalización de la libertad activa de información o en la distribución sectorial de las zonas de influencia de los medios de información; ambas soluciones, hoy por hoy, parecen inviables; y más aún en un medio como la televisión, que une a la carestía su extraordinaria y fácil incidencia en la opinión pública. Hay una solución intermedia y alternativa: la defensa desde el Estado democrático de un eficaz pluralismo externo o interno al medio de información, de manera que, aunque los medios de comunicación social pertenezcan a unos pocos, todos puedan, en cierta medida, llegar a él y hacerse oír»<sup>42</sup>. Pues bien, partiendo de estas reflexiones analicemos la respuesta de la jurisprudencia constitucional a los problemas suscitados por la libertad de información.

42 SORIANO, R.: Op. cit., pág. 148.

Ya hemos hecho referencia a la sentencia 6/1981, de 16 de marzo, que se pronuncia sobre el recurso de amparo interpuesto por los trabajadores de los diarios *La Voz de España* y *Unidad* como consecuencia del acuerdo del Consejo de Dirección del Organismo Autónomo «Medios de Comunicación Social del Estado»<sup>43</sup>. Veíamos que para nosotros la importancia de una comunicación pública libre en una sociedad democrática exige entender que estos derechos no son sólo derechos frente al poder, sino que irremediamente exigen la prestación por parte de los servicios públicos de medidas positivas, siempre claro esté que ésta resulte de la ponderación del caso concreto, según los valores vigentes en nuestra sociedad y aplicando los criterios que se derivan del principio de igualdad. De la aplicación de estas ideas podría haber resultado igualmente la denegación del amparo, pero a nosotros lo que nos interesa resaltar es que el Tribunal se apoya en una doctrina que a la postre puede tener consecuencias negativas. En ese sentido parece interesante recoger el voto particular a la sentencia de Fernández Viagas que, entre otras cosas, dice

«En efecto, es cierto que el artículo 20 no asegura la disponibilidad de cada uno de los medios de difusión existentes en un momento determinado, a cada uno de los ciudadanos interesados en recibir información, ni garantiza a los profesionales de los medios la disponibilidad de aquél, específico y concreto, en que cada uno de ellos desarrolla su labor informativa; no hay inconveniente en aceptar que, como afirma el Abogado del Estado en sus alegaciones, «no existe vinculación entre libertad de expresión y uso de un determinado medio para su ejercicio». Sin embargo, esta convicción no puede conducirnos a aceptar que la libertad de expresión no es obstaculizada mientras subsista al menos un medio para su ejercicio y sólo resulte afectada por la supresión de un periódico cuando éste fuera el «único medio de expresión para ellos en tanto que ciudadanos». Y no sólo por exigencias del pluralismo y de la obligación que corresponde a los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas y de facilitar la participación de todos en la vida política, económica, cultural y social, ... ».

43 El Tribunal denegará el amparo en base a los siguientes fundamentos: «son estos derechos (los derechos del artículo 20), 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 derivan 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».

La doctrina del Tribunal aparece claramente explicitada en la sentencia 12/1982, de 31 de marzo, en materia de televisión privada. En esta sentencia, después de afirmar que la libertad de comunicación en cuanto derecho de los ciudadanos se concreta en la realización de las posibilidades que literalmente el artículo 20 reconoce, es decir, expresar y difundir pensamientos, ideas y opiniones por cualquier medio de reproducción y, por ello, no hay inconveniente en entender que el derecho de difundir las ideas y opiniones comprende en principio el derecho de crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible, no obstante se afirma que

«este derecho, lo mismo considerado en general que considerado como derecho referido a cada uno de los posibles instrumentos o soportes, presenta indudables límites. Se encuentra entre ellos la necesidad de no impedir un igual ejercicio de los mismos derechos por los demás ciudadanos, de manera que la creación de un medio o soporte de difusión no debe impedir la creación de otros iguales o similares. Así, la fundación de un periódico no impide obviamente la existencia de todos los demás periódicos posibles, pero no ocurre lo mismo cuando el medio de comunicación que se crea, tiene que servirse de bienes que ofrecen posibilidades limitadas de utilización. Cuando los bienes que se utilizan en un medio de reproducción, pertenecen a esta última categoría, su grado de escasez natural o tecnológica, determina una tendencia oligopolística, que condiciona el carácter de los servicios que se pueden prestar, el *statu quo* jurídico y político del medio y en definitiva el derecho mismo a una difusión e información libres».

Ahora bien, dejan de estar claras las consecuencias que el Tribunal extrae de ello, porque una cosa es que la escasez determine la necesidad de una regulación mediante la que se seleccione democráticamente quienes dispondrán de los medios escasos y otra es negar el derecho a todos por la escasez del medio.

Por otro lado, el Tribunal se extiende sobre la consideración del medio televisivo como un servicio público esencial, consideraciones que parecen valiosas en cuanto entroncan la televisión directamente con la «comunicación pública libre» y con la participación de los ciudadanos en una sociedad democrática:

«La consideración de la televisión como un servicio público esencial, la fundamenta el legislador en la concepción que al respecto mantiene y que manifiesta paladinamente en el preámbulo de dicha Ley. Se dice allí que tanto la televisión como la radiodifusión

son un vehículo esencial de información y de participación política de los ciudadanos, de formación de la opinión pública, de cooperación con el sistema educativo, de difusión de la cultura española y de sus nacionalidades y regiones y de medio de contribución para que la libertad y la igualdad sean efectivas. Todo ello permite afirmar que la configuración de la televisión como servicio público, aunque no sea una afirmación necesaria en nuestro orden jurídico-político, se encuentra dentro de los poderes del legislador».

En cualquier caso, hay que diferenciar su calificación como servicio público del problema de su gestión:

«la llamada «televisión privada»... no está necesariamente impuesta por el artículo 20 de la Constitución. No es una derivación necesaria del artículo 20, aunque, como es obvio, no está tampoco constitucionalmente impedida. Su implantación no es una exigencia jurídico-constitucional, sino una decisión política, que puede adoptarse, dentro del marco de la Constitución, por la vía de una Ley Orgánica en la medida en que afecte al desarrollo de alguno de los derechos constitucionalizados en el artículo 20 (art. 81 C.E.) y siempre que, al organizarla, se respeten los principios de libertad, igualdad y pluralismo, como valores fundamentales del Estado,... »

Tal conclusión no parece enteramente correcta desde un punto de vista jurídico-constitucional en la medida que supone negar de plano el derecho, cuando lo que se debiera haber hecho, según nuestras tesis, es ponderar los derechos en conflicto que pueden permitir un trato diferenciado — con lo que entraría dentro de lo posible que la decisión final siguiera en manos del legislador al hacer esta ponderación— , pero no negar el derecho. En este sentido, compartimos la opinión de RUBIO LLORENTE cuando, en voto particular, afirma:

«El legislador no es, seguramente, como tantas veces se ha repetido, mero ejecutor de la Constitución. Puede regular de distinta manera — sin infringir el límite que marca el artículo 53.1 de la Constitución— el contenido concreto de los derechos garantizados e, incluso, dentro de ciertos márgenes de difícil precisión *a priori*, resolver acerca de cuál sea el momento oportuno para establecer las normas organizativas necesarias para el

ejercicio de algunos derechos fundamentales que, sin ser derechos de prestación, no son tampoco simplemente derechos reaccionales y no puede ser ejercidos en ausencia de organización. Lo que no puede hacer el legislador es negarlos, porque no depende de él su existencia, aunque se le haya dejado su configuración o, lo que equivale a lo mismo, ignorarlos, dictando normas reguladoras de una actividad que implica el ejercicio de un derecho como si tal derecho no existiera, y anular, en consecuencia, su contenido esencial».

La misma doctrina se reitera en la sentencia 74/1982, de 7 de diciembre, pero aquí muestra sus defectos dado que el Tribunal la reitera siendo que las circunstancias del caso difieren en la medida que se trata de una solicitud de transmisión por cable, cuando en este caso es ilimitado el número de frecuencias disponibles y no estamos, pues, ante un medio escaso <sup>44</sup>. También se reitera doctrina en la sentencia 79/1982, de 20 de diciembre, sobre radiodifusión en la que partiendo de la consideración de que la radiodifusión es un servicio público esencial, cuya titularidad corresponde al Estado, y admitiendo las modalidades de gestión mediante la técnica concesional, el Tribunal sostiene que no se vulnera el artículo 20.1 a) de la Constitución por el sometimiento de toda concesión en este campo a las condiciones propias del procedimiento concesional (Se reitera también en las sentencias 13/1985, de 31 de enero; 104/1986, de 17 de julio; y 106/1986, de 24 de julio).

Pues bien, esta doctrina se verá matizada en la sentencia 206/1990, de 13 de diciembre, situándose el Tribunal en las tesis que venimos manteniendo. Dice el Tribunal:

44 Precisamente, y en sentido contrario al «espíritu» de esta doctrina en un supuesto de hecho completamente diferente, pero que presenta rasgos que permiten una comparación sugestiva, encontramos la sentencia 30/1982, de 1 de junio, en la que el Tribunal, precisamente después de recordar la sentencia 6/1981, de 16 de marzo, continúa afirmando: «cabe añadir que el principio de publicidad de los juicios garantizado por la Constitución (art. 20.1) implica que éstos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general. Esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información en su misma fuente y transmitirla a cuantos, por una serie de imperativos de espacio, de tiempo, de distancia, de quehacer, etc., están en la imposibilidad de hacerlo. Este papel de intermediario natural desempeñado por los medios de comunicación social entre la noticia y cuantos no están, así, en condiciones de conocerla directamente, se acrecienta con respecto a acontecimientos que por su entidad pueden afectar a todos y por ello alcanzan una especial resonancia en el cuerpo social, como ocurre indiscutiblemente con el desarrollo de la causa que nos ocupa. Consecuencia de ello es que, dadas las limitaciones de cabida del recinto, hubo de establecerse una selección en orden a la asistencia a la vista, concediéndose acreditaciones sobre la base de criterios objetivos. En este sentido, no resulta adecuado entender que los representantes de los medios de comunicación social, al asistir a las sesiones de un juicio público, gozan de un privilegio gracioso y discrecional, sino que lo que se ha calificado como tal es un derecho preferente atribuido en virtud de la función que cumplen, en aras del deber de información constitucionalmente garantizado. En conclusión cabe decir que el derecho de información no depende de la acreditación, y que ésta no es sino un medio de organizar el acceso a la Sala».

«La calificación de servicio público es constitucionalmente legítima desde el momento en que el legislador la considera necesaria para garantizar — en términos de igualdad y efectividad— determinados derechos fundamentales de la colectividad, pero no es, en absoluto una etiqueta que una vez colocada sobre el medio, permita cualquier regulación de la misma, ya que hay en juego derechos subjetivos — los de comunicar libremente el pensamiento y la información— que la *publicatio* limita y sacrifica en favor de otros derechos, pero que no puede en modo alguno eliminar.

El Tribunal, en más de una ocasión, ha señalado alguna de las condiciones que hacen constitucionalmente legítima la regulación de esta actividad como servicio público...

Los cambios en los condicionamientos técnicos (que no se limitan sólo al ámbito de frecuencias, sino también a las necesidades y costes de infraestructuras para este tipo de medios) y también en los valores sociales, pueden suponer una revisión de la justificación de los límites que supone la *publicatio*, tanto en lo que se refiere a la constitucionalidad de un monopolio público en la gestión televisiva, como a los límites que establezcan la regulación de una gestión privada del servicio que el legislador está obligado a realizar respetando los principios de libertad, igualdad y pluralismo. Tanto la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, como la de otros Tribunales constitucionales europeos han evolucionado en los últimos años estableciendo límites más flexibles y ampliando las posibilidades de gestión de una televisión privada, tendencias a las que no puede dejar de ser sensible este Tribunal.

Sin embargo, en cualquier caso, la ampliación del ámbito de la televisión privada no significa el reconocimiento de un derecho directo a emitir. Y desde luego del artículo 20 CE no nace directamente un derecho a exigir sin más el otorgamiento de frecuencias para emitir, aunque sólo sea a nivel local. Ni tampoco es constitucionalmente exigible que la regulación legal o la actuación administrativa en la materia sólo tenga como único límite el número máximo de frecuencias que las posibilidades técnicas permitan otorgar.»

Obsérvese que lo que se dice es que no existe un derecho «directo» a emitir, no que no exista tal derecho. Por lo demás, creemos que el problema de la televisión, tal y como se indica al inicio de esta exposición, consiste no tanto en la existencia de regulaciones, como en hasta dónde llegan esas regulaciones para proteger al sujeto pasivo de la comunicación de la manipulación del medio televisivo, y esto no es tarea tanto del Tribunal Constitucional, como del propio legislador «democrático».

Pese a ello, el Tribunal volverá a incidir en una interpretación restrictiva de la libertad de información en la sentencia 189/1991, de 3 de octubre, en la que salva el artículo 25.3 de la Ley Orgánica de la Televisión, al entender que la limitación que nace del artículo 25.3 de la LOT no encuentra su fundamento en la escasez del medio utilizado, sino en la consideración de que la emisión de imágenes que rebasa los límites establecidos en dicho precepto no es ya vídeo comunitario, sino televisión calificada como servicio público de difusión y, como tal, sometida a un régimen de intervención administrativa previa.

Serán, de nuevo, los votos particulares los que entiendan de forma más amplia la libertad de información. RUBIO LLORENTE, RODRÍGUEZ-PIÑERO, BRAVO FERRER y LÓPEZ GUERRA se pronunciarán de forma discrepante poniendo de manifiesto que el artículo 25.3 de la LOT supone una prohibición tajante de la televisión por cable que utilice el dominio público sin ninguna justificación para ello, lo que en definitiva supone un quebranto de la libertad de información amparada por el artículo 20 de la Constitución <sup>45</sup>.

Podemos considerar tal voto particular el antecedente inmediato de la sentencia 31/1994, de 31 de enero <sup>46</sup>, en la cual el Tribunal se pronuncia en los siguientes términos

45 Es particularmente incisivo el Voto particular de Rubio Llorente: «Sucede, sin embargo, que la distinción establecida comporta la prohibición pura y simple de la "actividad diferenciada"... con admirable claridad y, supongo, sin ironía alguna, se comunica a los destinatarios que la televisión por cable necesita una concesión administrativa de otorgamiento imposible. 2. La diferenciación entre la plena licitud de los vídeos comunitarios que no utilicen el dominio público y la absoluta prohibición de los que hagan uso de él, la más absoluta de las definiciones deónticas, es una palmaria violación del artículo 14 de la Constitución por la muy simple razón de que el criterio de diferenciación es absolutamente irrazonable. ... 3. ... No se puede ni siquiera imaginar que con esa prohibición se intente preservar el honor, o la intimidad o la imagen de nadie, pues nadie, que se sepa, se ha quejado de ello, ni puede justificar esa preservación la prohibición *a priori*, de una actividad de comunicación que podría ser utilizada para lesionar el derecho de otros. La prohibición constitucional de la censura previa (art 20.2) impide, *a fortiori*, declarar fuera de la Ley un género de medios de comunicación en cuanto tal... 4. Por último, la prohibición infringe también, en mi opinión, el derecho a la libertad de empresa que como derecho fundamental, esto es, como derecho cuyo ejercicio ha de ser regulado por la Ley "que en todo caso deberá respetar su contenido esencial" consagra el artículo 38 de la Constitución.»

46 Esta doctrina se reiterará posteriormente en las sentencias 47/1994, de 16 de febrero; 98/1994, de 11 de abril; y 240/1994, de 20 de julio, cuyos antecedentes coinciden sustancialmente.

«en virtud de la configuración, constitucionalmente legítima, de la televisión como servicio público, cualquiera que sea la técnica empleada y el alcance de la emisión, los derechos a comunicar libremente el pensamiento y la información pueden resultar limitados en favor de otros derechos. Pero lo que no puede el legislador es diferir *sine die* más allá de todo tiempo razonable y sin que existan razones que justifiquen la demora, la regulación de una actividad, como es en este caso la gestión indirecta de la televisión local por cable, que afecta directamente al ejercicio de un derecho fundamental como son los reconocidos en el artículo 20.1 a) y d) C.E... Ni la *publicatio* de la actividad de difusión televisiva permite en modo alguno eliminar los derechos de comunicar libremente el pensamiento y la información (...) ni, en lo que atañe a derechos fundamentales de libertad, puede el legislador negarlos por la vía de no regular el ejercicio de la actividad en que consisten, pues no es de su disponibilidad la existencia misma de los derechos garantizados ex Constitutione, aunque pueda modular de distinta manera las condiciones de su ejercicio, respetando en todo caso el límite que señala el artículo 53.1 C.E.».

## 8 SOBRE LOS AMOS DE LA «COMUNICACIÓN PÚBLICA LIBRE»

Si suscribimos la afirmación de RAMÓN SORIANO según la cual «la libertad de expresión es todavía una libertad a medias, no definitivamente construida y satisfactoria, porque mediaciones de todo tipo – desde los intereses políticos a las exigencias del libre mercado– impiden la celebración de un discurso verdaderamente libre en el seno de la comunicación intersubjetiva o pública»<sup>47</sup>, interesa analizar separadamente la sentencia 165/1987, de 27 de octubre, por dos razones: la primera es que se demuestra claramente que el Tribunal no saca todas las consecuencias posibles del carácter institucional de los derechos del artículo 20 como fundamento de la democracia, y la segunda porque en el voto particular de la sentencia se establecen las bases de la nueva interpretación de estos derechos por el Tribunal.

<sup>47</sup> SORIANO, R.: Op. cit., pág. 110.

La sentencia empieza recordando que la libertad de información es, en términos constitucionales, un medio de formación de opinión pública en asuntos de interés general, cuyo valor de libertad preferente sobre otros derechos fundamentales — entre ellos el derecho al honor— viene determinado por su condición de garantía de la opinión pública, que es una institución constitucional del Estado democrático que los poderes públicos tienen especial obligación de proteger. Pues bien, para el Tribunal este valor preferente alcanza su máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública (como, por ejemplo y especialmente, la prensa), sin desmerecer a quienes no ostentan igual cualidad profesional, pues, como también recuerda el Tribunal, los derechos de la personalidad pertenecen a todos sin estar subordinados a las características personales del que los ejerce, sino al contenido del propio ejercicio.

Hasta aquí el Tribunal se limitaba a seguir su doctrina anterior, sin embargo va a introducir un elemento que puede ser perturbador para un correcto entendimiento de la libertad de expresión, de la «comunicación pública libre», como fundamento de una sociedad democrática. Dice el Tribunal a continuación:

«pero sí significa que el valor preferente de la libertad declina, cuando su ejercicio no se realiza por los cauces normales de formación de la opinión pública, sino a través de medios, tan anormales o irregulares como es la difusión de hojas clandestinas, en cuyo caso debe entenderse, como mínimo, que la relación de preferencia que tiene la libertad de información respecto al derecho al honor se invierte a favor de este último, debilitando la eficacia justificadora de aquella frente a lesiones inferidas a éste». <sup>48</sup>

Indudablemente, según nuestras tesis esta inversión no puede ser absoluta, como la preferencia anterior tampoco es absoluta. Pero lo que nos interesa resaltar es que de esta forma, sin atender a la ponderación de las circunstancias del caso, se está privilegiando todavía más al núcleo reducido de sujetos activos de la comunicación frente al común de los ciudadanos que «de entrada» ven recortadas sus posibilidades de participar en la creación de una opinión pública libre por medios a su alcance. Como señala AGUILERA FERNÁNDEZ, «es claro que ni la letra ni el espíritu de la Constitución española de 1978, permiten discriminaciones en el ejercicio de la libertad de expresión», pero «no es menos cierto que la realidad sociopolítica de un Estado,

<sup>48</sup> Para BASTIDA FREJEIDO «este privilegio de los “vehículos institucionales” sólo es explicable si se parte del prejuicio de que la opinión pública libre sólo se forma de manera adecuada a través de estos medios. Sin embargo, este prejuicio no tiene acomodo en la Constitución, que no restringe los cauces de formación de la opinión pública y que en la literalidad de su artículo 20.1 es claramente favorable a una concepción procedimental» (*El régimen jurídico de la comunicación social*, op. cit., págs. 13-14).

aunque sea social y democrático de Derecho, no es todo lo justa e igualitaria que sería de dese - ar»<sup>49</sup>. En este sentido parece oportuno recoger el voto particular de RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. El magistrado justifica su opinión discrepante con base en dos argumen - tos. El primero es de carácter formal:

«se ha desconocido la necesaria conexión que ha de establecerse entre el derecho a la li - bertad de expresión y el derecho al honor, por lo que, como dijera la STC 104/1986, de 17 de julio, el Tribunal sentenciador debe tratar de ponderar el conflicto de derechos fundamentales cuando del ejercicio de la libertad de expresión resulta afectado el honor de alguna persona, examinando si, pese a haberse lesionado el derecho al honor de una persona, la acción encuentra justificación en el ejercicio de las libertades reconocidas en el artículo 20 de la Constitución.»

El segundo es de carácter material y, por ello, el que más nos importa en esta sede:

«el Tribunal debería haber tomado en consideración las circunstancias del caso, la inten - ción predominantemente de defensa y de crítica de unos actos, que aunque legalmente pudieran ser correctos, suponían una incidencia en los derechos de la persona afectada al uso y disfrute de una vivienda, adquirida con su esfuerzo, trabajo y sacrificio. Se trata - ba de denunciar unos hechos, que al margen de su valoración jurídica, pueden ser social - mente criticables, en la medida que para la vida ciudadana no se pueden definir como “ejemplares” y, por ello, generalizables. Resulta legítimo que un movimiento ciudadano trate de evitar estos hechos, y si en la expresión de la opinión y de la información se ha podido incurrir en excesos formales, que pudieran lesionar la honorabilidad de los afec - tados, una adecuada ponderación de los valores constitucionales en juego no podría lle - var a una sanción penal tan desproporcionada, que no ha tomado en consideración para nada las circunstancias en las que ha tenido lugar los hechos presuntamente delictivos, si es que pudieran imputarse al condenado».

49 «La libertad de expresión y prensa política», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 21, 1990, pág. 50.

Creemos que no son necesarias las comparaciones, más cuando, como señala JUSTINO SINNOVA, «es fácil concluir que la información sufre en España un fuerte control político, que hace innecesaria la preocupación del poder por la acción crítica de los medios de comunicación y que pone, por el contrario, una sombra de duda sobre el vigor de la libertad constitucional de expresión y del derecho a la información de los ciudadanos»<sup>50</sup>.

## 9 ENTRA EN JUEGO LA LIBERTAD IDEOLÓGICA

Otra sentencia importante en relación al carácter fundamental de la «comunicación pública libre» en un Estado democrático es la sentencia 20/1990, de 15 de febrero, en la que el Tribunal saca todas las consecuencias pertinentes de ese carácter al enfrentarse con unas posibles «injurias» al Rey, la más alta magistratura del Estado. Aquí, como inmediatamente veremos, el Tribunal reitera su primera doctrina sobre los derechos del artículo 20, pero sin embargo no la aplica (más bien aplica la segunda) porque se enfrenta, como el propio Tribunal argumenta, no con la tensión libertad de expresión-derecho al honor, sino con una triple tensión libertad de expresión-derecho al honor-libertad ideológica, lo que le obliga a una diferente ponderación a la que nos tenía habituados (y es que la libertad ideológica también es requisito ineludible para una «democracia»)<sup>51</sup>. Por tanto, si bien

«no hay derechos absolutos o ilimitados, también lo es que la libertad ideológica invocada por el recurrente, por ser esencial, como hemos visto, para la efectividad de los valores superiores y especialmente del pluralismo político, hace necesario que el ámbito de este derecho no se recorte ni tenga “más limitación (en singular utiliza esta palabra el art. 16.1 CE) en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden

50 «El Estado y la información en España», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 49, 1986, págs. 137-163.

51 Dice la sentencia que «hay que tener presente que son la libertad ideológica consagrada en el artículo 16.1 de la Constitución, no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el artículo 1.1 de la misma para constituir el Estado social y democrático de Derecho que en dicho precepto se instaura. Para que la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político sean una realidad efectiva y no la enunciación teórica de unos principios ideales, es preciso que a la hora de regular conductas y, por tanto, de enjuiciarlas, se respeten aquellos valores superiores sin los cuales no se puede desarrollar el régimen democrático que nos hemos dado en la Constitución de 1978».

público protegido por la ley”... cuando el hecho imputado a un ciudadano afecte principalmente a su derecho a la libertad ideológica, su enjuiciamiento ha de ponderar y analizar también principalmente de qué manera a través de su manifestación externa se ha vulnerado “el orden público protegido por la ley”.»

Ello le permite al Tribunal concluir que la limitación del mantenimiento del orden público protegido por la ley no puede hacerse coincidente en términos absolutos con los límites que a los derechos de libertad de expresión y de información reconocidos por el artículo 20 de la Constitución, apartados *a)* y *d)*, impone el número 4 de este mismo precepto, esto es, el respeto a los derechos reconocidos en el Título I, los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y la protección de la juventud y de la infancia.

El Tribunal, después de recordar su doctrina en materia de derecho a la información y libertad de expresión, termina concluyendo:

«... lo cierto es que el escrito enjuiciado examinado en su totalidad y no en la mínima parte que se recoge en los hechos declarados probados, se desprende que no rebasa los límites que los artículos 16.1 y 20.4 de la Constitución establecen para las libertades y derechos fundamentales que en ellos se garantizan... si las palabras despectivas para S.M. el Rey se han utilizado, contrariando sin duda el respeto debido a la más alta Magistratura del Estado, con la finalidad prevalente de robustecer la idea crítica que preside todo el artículo, tales palabras, rechazables moral y socialmente por innecesarias, injustas y contradictorias con una conducta que ha merecido la adhesión mayoritaria del pueblo español y que ha hecho posible la transición política y la consolidación democrática, según se reconoce incluso en el propio recurso de amparo, no pueden ser sancionadas con una condena penal sin vulnerar las libertades invocadas por el recurrente que, entendiéndose hacer uso de las mismas dada la relevancia que desempeñan para la efectividad del régimen democrático y la amplitud con que por tal razón han sido interpretadas por la doctrina de este Tribunal, se ve privado de su libertad y de su profesión por expresar de forma censurable en el ámbito político y social sus propias ideas, criterios y sentimientos acerca de un acontecimiento deportivo cuya crítica constituía la finalidad prevalente del artículo enjuiciado».

Sobre la importancia de la crítica política para la democracia coincidimos con las palabras de RAMÓN SORIANO según las cuales «la participación política de los ciudadanos se canaliza a través de la libertad de expresión bajo la forma de la crítica política a la actuación de los órganos de poder: con ello los ciudadanos hacen y profundizan en la democracia mediante la fiscalización y control directos de los actos llevados a cabo por quienes desempeñan una función pública y aplican las normas constitucionales»<sup>52</sup>. En el mismo sentido, continua la sentencia,

«La libertad ideológica indisolublemente unida al pluralismo político que, como valor esencial de nuestro ordenamiento jurídico, propugna la Constitución, exige la máxima amplitud en el ejercicio de aquella y, naturalmente, no sólo en lo coincidente con la Constitución y con el respeto del ordenamiento jurídico, sino también en lo que resulte contrapuesto a los valores y bienes que en ellos se consagran, excluida siempre la violencia para imponer los propios criterios, pero permitiendo la libre exposición de los mismos en los términos que impone una democracia avanzada. De ahí la indispensable interpretación restrictiva de las limitaciones a la libertad ideológica y del derecho a expresarla, sin la cual carecería aquella de toda efectividad.»

Y es que «una rígida interpretación de la crítica política y una excesiva incriminación de los delitos de desacato pueden conducir a la escoración de la Constitución y sus fines políticos, al adocenamiento de una sociedad temerosa y a una estabilidad duradera, en definitiva, que sólo repercute en beneficio de los usufructuarios del poder político»<sup>53</sup>.

## 10 CONCLUSIONES

En definitiva, después de todo lo visto se pueden adelantar ciertas conclusiones:

- Efectivamente, el Tribunal Constitucional considera la «comunicación pública libre» como uno de los requisitos (fundamentos) de la democracia.
- En la protección de esta «comunicación pública libre» el Tribunal toma una postura activa en su favor, llegando a declarar la libertad de expresión como una libertad preferente.

<sup>52</sup> Op. cit., pág. 135.

<sup>53</sup> SORIANO, R.: Op. cit., pág. 136.

- Ahora bien, esta preferencia la demuestra sobre todo en los conflictos de la misma con el derecho al honor, donde, además, se produce una evolución jurisprudencial que partiendo de una amplia consideración de tal preferencia, progresivamente va definiendo y, por tanto, ampliando los límites a la misma.
- El Tribunal no llega a sacar todas las consecuencias posibles del carácter institucional de la «comunicación pública libre», favoreciendo en algún caso al *pequeño núcleo privilegiado* de los sujetos activos de la comunicación frente al común de los ciudadanos que encuentran dificultado su acceso a la comunicación activa.
- Finalmente, cabe decir que el Tribunal Constitucional no se ha enfrentado (probablemente tampoco tiene necesidad) con el problema que en la actualidad presenta la televisión como principal vehículo de comunicación y, *también*, de «manipulación de masas». Podría ser interesante que en próximas sentencias el Tribunal tuviera ocasión de adentrarse en el – en otros terrenos– debatido tema de los límites de la comunicación a través de la televisión, tanto pública como privada, *en pos* de una *real y efectiva libertad e igualdad de todos los ciudadanos en una sociedad democrática*.