

Joaquín Urías



PRINCIPIOS
DE DERECHO
DE LA
INFORMACIÓN

TERCERA EDICIÓN

Joaquín Urías

PRINCIPIOS DE DERECHO DE LA INFORMACIÓN

TERCERA EDICIÓN



Índice

Presentación

Lección uno. El derecho constitucional de la información

1. Derecho de la información y derecho a la información
2. Las consecuencias de la constitucionalización del derecho a la información
 - A) La Constitución racional-normativa
 - B) Los derechos fundamentales
 - a) Qué son los derechos fundamentales
 - b) Los derechos fundamentales en la Constitución española
 - C) Las garantías de los derechos fundamentales
3. Los principios rectores de la política

Bibliografía

Lección dos. La evolución histórica del derecho a la información

1. La libertad de prensa en el nacimiento del estado constitucional
 - A) El Estatuto de Bayona
 - B) La Constitución de 1812
2. La opinión pública liberal y la segunda fase de constitucionalismo
 - A) La Constitución de 1837
 - B) La Constitución de 1845
 - C) La Constitución y el acta adicional de 1856
3. La constitución de 1869: el derecho a la información
 - A) El sentido de la constitución de 1869
 - B) La reacción en la Constitución de 1876
4. El antecedente histórico de la segunda república
 - A) La Constitución de 1931
 - B) La época franquista

Bibliografía

Lección tres. La libertad de información en la constitución española

1. Libertad de expresión y derecho a la información
 - A) Teorías sobre la distinción
 - B) La construcción tradicional y su crítica
 - C) Criterios de distinción
2. Breve referencia al derecho a la libertad de expresión
3. El valor jurídico-constitucional del derecho a la información
4. El contenido prestacional del derecho a la información. Medios públicos y privados
5. Los titulares del derecho a la información

6. Breve excurso sobre las peculiaridades de la libertad de información en las «redes sociales» y a través de internet

Bibliografía

Lección cuatro. La obtención legítima de la información

1. Una visión dinámica del derecho a transmitir información
2. El ejercicio legítimo del derecho a obtener información
 - A) Frente a los ciudadanos
 - B) Frente a los poderes públicos
3. Los límites a la obtención de la información
 - A) Los secretos
 - B) Los secretos oficiales
 - C) El secreto de las comunicaciones
 - D) El secreto de sumario
 - a) Los juicios paralelos en prensa

Bibliografía

Lección cinco. Los requisitos constitucionales de la información

1. Las características del ejercicio legítimo del derecho a la información
2. La veracidad
 - A) La diligencia profesional
 - B) La fiabilidad de las fuentes
 - a) La teoría del reportaje neutral
3. La relevancia pública
 - A) Criterios de determinación
 - B) Relevancia pública *ratione personae*
4. La prohibición de insultos

Bibliografía

Lección seis. El derecho a recibir libremente información veraz

1. La problemática configuración como derecho fundamental
2. Posibilidades de ejercicio frente a los medios y periodistas
 - A) El supuesto derecho a la veracidad
 - B) Otras posibilidades de derecho frente a medios y periodistas
3. Las posibilidades de ejercer el derecho frente al estado
 - A) El derecho a recibir como principio rector del ordenamiento
 - B) Los cauces de ejercicio como derecho de libertad
4. El posible derecho a no recibir mensajes

Bibliografía

Lección siete. El derecho a crear medios de comunicación

1. Efectividad y límites del derecho
2. Los límites específicos del derecho a crear medios de comunicación

3. Derecho a crear medios de comunicación y libertad de configuración del legislador

- A) La ausencia de regulación
- B) Posibilidades de la regulación legal

Bibliografía

Lección ocho. Derechos al honor, la intimidad y a la propia imagen

1. Tres derechos fundamentales y distintos

- A) El derecho al honor
 - a) Concepto subjetivo, objetivo y social de honor
- B) El derecho a la intimidad
 - a) El ámbito protegido por la intimidad
 - b) Las renunciaciones a la intimidad
 - c) El pasado y el derecho al olvido
- C) El derecho a la propia imagen
 - a) Las facultades de control de la propia imagen

2. La distinción entre los tres derechos y su relevancia

- A) La titularidad de personas jurídicas
- B) El fallecimiento del titular
 - a) Otros efectos de la distinción

3. La protección a la infancia

- A) El valor constitucional de la protección a los niños y jóvenes
- B) Los niños como objeto y sujeto de la información

Bibliografía

Lección nueve. Límites de la libertad de información y conflicto de derechos

1. los derechos y sus límites: el caso de la libertad de información

- A) Restricciones verticales de derechos fundamentales
- B) Los conflictos entre derechos

2. La ponderación de derechos

- A) El caso «Soria Semanal»
- B) El supuesto valor preferente del derecho a la información
- C) La práctica de la ponderación

3. La relaciones honor-veracidad e intimidad-relevancia pública

Bibliografía

Lección diez. Los procedimientos de protección de los derechos (I)

1. Distinción entre la tutela civil y penal de los derechos

- A) Diferencias esquemáticas entre ambas vías

2. El derecho de rectificación

- A) Procedimiento de rectificación
- B) Requisitos del escrito de rectificación

3. La tutela civil ordinaria

- A) El valor del consentimiento
- B) Los procedimientos judiciales

Bibliografía

Lección once. Los procedimientos de protección de los derechos (II)

1. La tutela penal

- A) Los delitos contra el honor
 - a) La calumnia
 - b) La injuria
 - c) Disposiciones comunes: instancia de parte y exceptio veritatis
 - d) Otros delitos similares
- B) Delitos contra la intimidad y la infancia

2. Tutela civil y penal ante el tribunal constitucional

- A) La responsabilidad civil y penal

Bibliografía

Lección doce. El estatuto jurídico del informador

1. El concepto de periodista

2. La organización interna de los medios de comunicación: el director

3. Las asociaciones de periodistas

4. Los órganos de control y autocontrol

- A) El ejemplo británico

Lección trece. La protección constitucional de la información

1. Derechos específicos de los periodistas

- A) El secreto profesional
 - a) Un derecho, no un deber
 - b) El objeto y el sujeto del secreto profesional
 - c) Ámbito de funcionamiento
- B) La cláusula de conciencia
 - a) El ámbito protegido por la cláusula de conciencia
 - b) El ejercicio del derecho según la Ley Orgánica 2/1997 (los requisitos para recurrir a la cláusula de conciencia)

2. Interdicciones constitucionales

- A) La censura previa
 - a) El concepto de censura previa en la jurisprudencia constitucional
 - b) El ámbito de acción de la prohibición de censura
- B) El secuestro administrativo
 - a) Requisitos de legitimidad del secuestro judicial

Bibliografía

Créditos

A mis estudiantes de periodismo en Sevilla, compañeros de trabajo (y a menudo amigos) de quienes tanto he ido y voy aprendiendo

PRESENTACIÓN

Estas lecciones pretenden servir de introducción al conocimiento de la regulación jurídica de la actividad informativa en España. Sólo recogen lo esencial para saber qué cosas pueden publicarse y cuáles no en los medios de comunicación, y cómo se articula la protección jurídica tanto de los informadores como de las personas afectadas por lo que se cuenta en los medios. Así que resulta bastante básico. En este libro se van a encontrar teorías claras, contadas de manera sencilla y con el mínimo de parafernalia jurídica. Eso, a mi entender, no le quita utilidad; más bien al contrario.

La difusión de informaciones (llamémoslo periodismo, para simplificar) tiene la extraña característica de constituir a la vez una profesión y el ejercicio de un derecho fundamental. O sea, que los periodistas se encuentran con que lo que para ellos es un trabajo, aparece en nuestra Constitución como el ejercicio de un derecho esencial para el desarrollo democrático de la sociedad. Eso tiene su lado bueno, porque es agradable para el profesional saber que ejerce una actividad especialmente protegida por las leyes, y su lado malo, porque al amparo de su importancia democrática las empresas de prensa intentan a veces escaparse de las normas que protegen al consumidor frente a cualquier actividad económica. El resultado práctico, sin embargo, es que la regulación jurídica de la actividad informativa resulta en su mayoría confusa y fragmentaria. No hay, las más de las veces, normas claras y conocidas por todos. Su lugar lo ocupan un sinnúmero de decisiones judiciales, adoptadas por tribunales de muy diverso rango que no siempre pueden armonizarse racionalmente.

El principal objetivo de estas lecciones ha sido plantear unas bases coherentes, armónicas y extensas para el derecho español de la información. Eso exigiría exponer de manera clara unos principios y unas normas que por su propia naturaleza ontológica son complejos y confusos. En aras de esa claridad, he intentado simplificar el lenguaje tradicionalmente opaco de la ciencia jurídica: a menudo sirve más para defender el monopolio profesional del derecho frente a las incursiones de los legos, que para dotar de coherencia científica a sus propios conceptos. La mayoría de las veces resulta perfectamente prescindible y no es raro que complicadísimas teorías jurídicas, desprovistas de esos ropajes excesivos, se muestren como simple manifestación del sentido común. En este libro se ha querido poner mucho de eso.

Las lecciones se han ido elaborando al hilo de un programa que confeccionamos hace ya unos años Fernando Álvarez-Ossorio y yo mismo y que se basaba en un esquema inicial ideado por Manuel Medina Guerrero. Desde 1994 es el programa de la asignatura «Derecho de la Información» que se imparte en la licenciatura de Periodismo en la Universidad de Sevilla. Francis Gutiérrez y Abraham Barrero se incorporaron luego al grupo de los que lo explicamos y trabajamos. En esa media hay una base de trabajo colectivo de la que este libro es deudor.

Durante su elaboración fue un acicate el apoyo en distintos momentos e

intensidades de quienes fueron alumnas; buenas amigas, y a veces más aún: María José Molina, Loreto Pizarro, Cristina Larrauri, Rosalía García Moreno, María de Mar González Zamora y, sobre todo, Nuria Sánchez-Gey.

LECCIÓN UNO

EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA INFORMACIÓN

SUMARIO: 1. DERECHO DE LA INFORMACIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN.—2. LAS CONSECUENCIAS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN.— A) *La Constitución racional-normativa.*—B) *Los derechos fundamentales.*—a) Qué son los derechos fundamentales.— b) Los derechos fundamentales en la Constitución española.— C) *Las garantías de los derechos fundamentales.*— 3. LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA.— BIBLIOGRAFÍA.

1. DERECHO DE LA INFORMACIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN

Esta obra habla en su título de *Derecho de la información*. Aunque no lo parezca, se trata de una denominación excesivamente vaga a la hora de definir sus contenidos. Sirve, exclusivamente, para poner en evidencia que vamos a estudiar la conexión de dos realidades: Derecho e información. En cuanto a la segunda, no es éste el lugar más adecuado para hurgar en el concepto científicamente correcto de información. Bastará recordar —a expensas de todos los matices que se quieran añadir desde la Teoría de la Información— que la idea de información implica, en todo caso, la construcción de mensajes comunicativos para narrar hechos. En cambio sí que pueden ser necesarias algunas aclaraciones a propósito de qué hablamos cuando hablamos de Derecho. Derecho son todas las reglas sociales sancionadas jurídicamente. Al organizarse la sociedad surgen constantemente normas y reglas, en todos los ámbitos, lo mismo en el interior de una familia que en la práctica de juegos y deportes o al organizar la burocracia administrativa. Algunas de estas normas son más generales o más indispensables que las demás y cuentan con el respaldo del Poder Público representativo de la sociedad; sólo éstas constituyen el Derecho en sentido estricto. El conjunto de todas las normas que emanan de, o cuyo cumplimiento garantiza el Estado, es el Derecho. Éste, omnipresente, ordena tanto las relaciones de los individuos entre sí como las de los individuos con el Estado y, por supuesto, la totalidad del funcionamiento interno estatal: toda la vida social queda enmarcada dentro de una inmensidad de normas coordinadas y garantizadas por el poder. Así, «derecho de la información» serían las normas, de cualquier entidad, que regulasen de alguna forma todo lo relacionado con la información en cualquier Estado. Y «el» derecho de la información sería la sistematización de todas ellas. La información es una realidad amplia, el derecho más y el Derecho de la información, así dicho, inabarcable. Las normas reguladoras de los contratos laborales aplicables en los medios de comunicación, el pago de impuestos por parte de medios y periodistas o los convenios colectivos que fijan los salarios correspondientes a las

distintas categorías profesionales de informadores son, en cierto modo, derecho de la información.

El análisis de esta cantidad ingente de normas exigiría una dedicación muy superior a la que permite una primera aproximación al tema pero lo que se pretende en este momento es realizar tan sólo un estudio introductorio al Derecho de la información. Es decir, facilitar unos conocimientos jurídicos primarios, sin intención de exhaustividad, que permitan entender las categorías jurídicas básicas del Derecho de la información. Con ellas como aptitudes curriculares, el interesado dispondrá de los conocimientos suficientes para poder ulteriormente investigar en profundidad y de manera coherente sobre cualquier aspecto concreto de la materia. Además, vamos a limitarnos al derecho de la información en España. La limitación estatal reduce mucho el problema de la amplitud, pero también la eficacia de lo que se estudia; aceptémoslo así y vamos adelante.

Para dar coherencia teórica a la delimitación del contenido de nuestro estudio vamos a refugiarnos en una preposición que permite reducir el título de estas lecciones a otro menos ambicioso pero más fundamental: no se va a hablar tanto del derecho de la información como del derecho a la información. Y no es un juego de palabras. Para que la introducción al derecho español de la información tenga verdadero carácter formativo debe centrarse en lo que constituye la esencia de la materia: los principios constitucionales. La Constitución como norma generalmente suprema del ordenamiento establece los principios básicos de todo el derecho español. Además, en materia de información lo hace de manera muy detallada y con una forma muy particular: el derecho a la información. Parece que solo cambia una preposición y en realidad se trata de un concepto distinto. La palabra «derecho» es polisémica: el Derecho *de* algo son las normas que regulan la materia en cuestión, pero un derecho *a* algo es la facultad de hacerlo u obtenerlo. Cuando se usa la expresión: «tengo derecho a pensar lo que quiera», lo que se pretende decir es que el que habla dispone de una facultad que no puede ser injustamente limitada consistente en la libertad de pensamiento. El Derecho de la comida son todas las normas que regulan los productos gastronómicos, los establecimientos de alimentación, etc.; en cambio, el derecho a la comida es la facultad universalmente reconocida que tiene toda persona a alimentarse. Es en ese sentido en el que se habla de derecho a la información, aludiendo a la libertad de transmitir o recibir libremente información.

Cuando en nuestro ordenamiento jurídico se asume y se garantiza esta libertad, se están sentando las bases teóricas esenciales de todo el Derecho de la información: cualquier norma sobre medios de comunicación que se dicte en España tiene que partir de ese principio, la libertad de información. Y ello es así gracias a que viene recogido en la norma de más alto nivel de nuestro Estado. El artículo 20.1 de la Constitución española (en adelante, CE) dice:

Se reconocen y protegen los derechos:

- a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

- b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
- c) A la libertad de cátedra.
- d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

No hace falta ser un experto jurista para encontrar ahí el derecho a la información. Sí que puede avanzarse que se trata de un derecho autónomo, independiente incluso de los otros derechos del artículo. Dentro del apartado 1, el epígrafe *a)* recoge la libertad de expresión, que permite la libre difusión de opiniones; el *b)* asegura la libertad de creación, es decir el proceso mental por el que se elaboran las obras de la razón o el arte; el *c)* recoge un privilegio a favor de los profesores a la hora de definir científicamente su materia; el *d)*, finalmente, es el que asegura la libertad que va a ocuparnos aquí. También salta a la vista que no se habla de un derecho ambiguo a la información, sino de que está garantizado el hecho de transmitir y el de recibir información con ciertas condiciones: debe ser información veraz y se va a transmitir por cualquier medio de difusión. O sea, que la Constitución tampoco se queda en formas huecas y excesivamente ambiguas. De hecho, como se verá, incluso es todo lo contrario. En fin, que la base del derecho de la información es la libertad de informar y de informarse. Eso es el derecho fundamental (o sea, recogido y garantizado frente a todos en la Constitución) que constituye la piedra angular del régimen jurídico de la información. Por eso éste va a ser un curso acerca del derecho fundamental a la información, con más propiedad, llamado libertad de información. Y lo que interesa destacar es que estudiando detalladamente esta libertad se puede conocer todo lo esencial del derecho de la información. El programa de la asignatura es en realidad una reiteración un poco más detallada del artículo 20 CE.

Pero además, en la Constitución aparecen otras referencias al mundo de la información. Algunas tienen trascendencia para nuestro estudio, otras no. Así, el artículo 17.3 CE dice que «toda persona tiene derecho a ser informado de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención». Se trata del derecho a una información en concreto, no del derecho a estar informado en general, dentro de un marco de comunicación social libre. Igual sucede con el artículo 24 cuando indica que todos tienen derecho a ser informados de la acusación formulada contra ellos. Más adelante veremos que el artículo 20 no se refiere tanto de un derecho a *ser* informado de algo determinado, como —si acaso— a *estar* informado, en general. Tampoco cuando el artículo 9.3 habla de que la Constitución garantiza la publicidad de las normas se está definiendo el régimen de la información. Se trata de derechos, todos, que se realizan a través de la comunicación, pero no integran el derecho a la información del que vamos a tratar aquí.

En cambio, otros apartados constitucionales sí que lo van a afectar directamente. A ellos se irá aludiendo en su momento adecuado, aunque no es difícil adelantar algunos ejemplos: la libertad ideológica, del artículo 16 CE, como proceso previo a la expresión de opiniones; los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, del

artículo 18 que ayudan a delimitar la expresión y la información constitucionalmente protegida; la libertad de empresa, del artículo 38, que influirá sobre el derecho a crear medios de comunicación; por último, el artículo 149.1.27.^a CE establece la competencia exclusiva del Estado central para las «normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión».

Al limitarnos al estudio de las bases constitucionales, excluimos de nuestras lecciones algunos otros temas del derecho de la información. Así, esencialmente, se va a hablar de *qué se puede y qué no se puede publicar*, y de las consecuencias de ello. Nos referiremos en detalle a qué se entiende por vulneración del derecho al honor, la intimidad o la propia imagen de otra persona. Se va a hablar también de qué informaciones se pueden conseguir lícitamente y cuáles no. Entraremos en los delitos que castigan la publicación de informaciones que atentan contra derechos de otras personas. Más allá, analizaremos el secreto profesional y la cláusula de conciencia. Incluso abordaremos las bases que han de guiar la política estatal en materia de creación de medios de comunicación.

Pero hay temas de los que no se va a hablar en *estas* lecciones, porque entran en el ámbito de la regulación legal subconstitucional. No se va a hablar de los derechos de autor sobre el material informativo o artístico. Tampoco se tratará el régimen particular de concesión de emisoras de FM, ni televisiones por cable o locales, ni similar. Apenas se aludirá a la normativa que regula la gestión económica de un medio de comunicación. Ni a la normativa laboral relativa a los contratos laborales y el régimen de trabajo y seguridad social de los periodistas. No se abordará de ningún modo el régimen fiscal y de impuestos de las empresas periodísticas. En definitiva, este curso introductorio sólo entra en las bases que inspiran toda la normativa aplicable a un periodista en su vida profesional, sin extenderse en cada una de las regulaciones concretas. La mayoría de estas materias que hemos señalado pueden estudiarse acudiendo a obras jurídicas mucho más específicos. Además, en principio no plantean tantos problemas como la cuestión de qué se puede publicar y qué no se puede publicar.

2. LAS CONSECUENCIAS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN

El planteamiento que hemos hecho nos obliga a comenzar por la Constitución. La característica definitoria esencial de la libertad de información es que aparece en la Constitución. Para entender qué significa esto hay que detenerse primero en qué es esta norma y luego en la eficacia jurídica de los derechos fundamentales que contiene. Ambos son temas de teoría general del derecho constitucional; quien domine medianamente esta materia, puede saltarse directamente el resto de la lección.

¿Qué es una Constitución? A esa pregunta caben, en idioma español, diversas respuestas válidas. La Constitución de una sociedad puede ser su naturaleza: el modo en que está organizada. Precisamente así, de forma puramente descriptiva, se utiliza

la expresión en la antigüedad clásica y en la teoría política hasta, prácticamente, el siglo XVII. A partir de la polisemia de la expresión «Constitución», un sector teórico de pensamiento entendía entonces que la Constitución de un país no es sino la correlación de fuerzas reales que determinan el ejercicio del poder dentro de ese país. No se trataría tanto de normas jurídicas dictadas en un momento único como, sobre todo, de un producto de la historia y la sociología. Para estos autores, la constitución real son los factores que determinan el poder mientras que la Constitución escrita y aprobada cobra un sentido estrictamente formal; sin efectos en la práctica. Con ello se le quitaba eficacia normativa a los textos constitucionales, que quedaban reducidos al papel de meras declaraciones de intenciones, o deseos de buen gobierno; sin ninguna sanción efectiva en caso de incumplimiento.

Frente a esta tendencia, las constituciones escritas que proliferan tras la caída del antiguo régimen, cobran trascendencia especial tanto por el hecho de formularse en un documento y un momento constituyentes únicos, como por la pretensión de modificar la realidad y de tener efectos prácticos con que se aprueban. La primera sorpresa es que parten del convencimiento de que resulta posible establecer o modificar, mediante actos de la voluntad humana, la constitución política de una sociedad. Esta idea triunfó de tal manera que hoy día nos parece algo obvio, de tan indiscutible; sin embargo, se trata de una construcción mental que sólo se extiende tras un largo proceso hacia el apogeo de las normas jurídicas escritas. Históricamente, el hecho de que en un papel se recojan una serie de ideas acerca de cómo se debe organizar algo y desde ese mismo momento lo escrito tenga efectos sobre la realidad, transformando de acuerdo a lo previsto, es un fenómeno muy reciente. En principio, la mayoría de las normas han sido siempre fruto del poder, resultado de decisiones arbitrarias tomadas en cada caso por quien tiene la fuerza bruta. La organización de la sociedad no se hace alrededor de la razón como mecanismo de articulación, ni en pro del bien común, sino que inicialmente son relaciones de poder e intereses personales de quienes tienen la fuerza los motores del modelo de organización social. A pesar de que las comunidades se van haciendo más numerosas y las relaciones en su interior mucho más complejas, durante mucho tiempo no existen normas preestablecidas que ordenen su funcionamiento: es la fuerza la que de manera arbitraria e imprevisible impone prohibiciones, castigos, órganos de decisión, etc. Aunque hoy día tengamos la tendencia a interpretar el pasado con nuestras propias claves de vida, el Derecho es verdaderamente un invento muy reciente. Es cierto que desde la antigüedad se conocen listados de disposiciones que parecen normas encargadas de prever el funcionamiento de la sociedad incluyendo incluso lo que tienen la apariencia de relación de delitos y sus penas; en realidad no eran Derecho en sentido actual. Ni el código de Hammurabi, ni la mayoría de leyes romanas, ni las recopilaciones de la edad media son normas generales con apariencia de objetividad y aplicables universalmente capaces de dar estabilidad a la sociedad; son simplemente recopilaciones de las soluciones dadas arbitrariamente en casos concretos a problemas concretos. Constituyen el germen del Derecho porque el peso de la tradición va a traer la idea de que hay que hacer las cosas como siempre se han hecho,

pero siguen siendo actos puntuales de fuerza, desprovistos de ninguna garantía de previsibilidad. Sin embargo, a medida que se complica la sociedad surge un fenómeno que va a traer el nacimiento del Derecho: la concentración del poder. Los grupos sociales tienden históricamente a agruparse. Los condados se unen, los reinos de ensanchan y el poder va dejando de ser tan disperso. El control de estos grupos tan grandes ya no puede realizarse en su totalidad físicamente, a través de la fuerza bruta, por parte de quien manda. Así que poco a poco no queda más remedio que crear una estructura burocrática y, ¡dictar normas aplicables a todo el territorio!

A partir de que el Estado se complica administrativamente y se va centralizando el poder —en un principio en la persona de un monarca único— se hace necesario dejar por escrito cuáles son las normas que se aplican, por el mero hecho de que sólo así puede un único órgano controlar todo el poder del Estado. Se comienza por poner por escrito lo que es la constitución tradicional del Estado, es decir las costumbres —fruto, ya se dijo, de la reiteración de decisiones arbitrarias de quien poseía la fuerza física— por las que hasta el momento se ha ido rigiendo. Sin embargo parece claro que, iniciado este proceso, se abre la posibilidad de escribir normas nuevas inspiradas por la razón en vez de por la tradición. Ésa es la pretensión de la burguesía a finales del siglo XVIII. A partir de entonces se comienza a pensar que también es posible cambiar la estructura del poder a través de normas jurídicas dictadas con esa intención. Se aprueban textos que dicen: «Nosotros el pueblo, establecemos esta Constitución para nuestro país». De ahí, empieza a utilizarse el término «Constitución» también para aludir a la norma fundacional del Estado. Deja de ser una descripción de la organización del poder y se convierte en un mandato para organizar el poder. En la norma que explica cómo se adquiere, se ejerce y se pierde el poder dentro del Estado. Entonces es cuando surgen las primeras Constituciones escritas, que traen consigo, en un importante paso histórico, el final del llamado antiguo régimen.

Pero tampoco se va a tratar de cualquier mandato para la organización del poder. Por razones históricas sólo se va a denominar Constitución a las normas que organizan el poder en un Estado basándose en tres premisas: separación de poderes, imperio de la ley y garantía de los derechos. La *separación de poderes* consiste básicamente en que el poder estatal, aunque único, no debe quedar concentrado en una misma persona u órgano. A partir de ahí el mandato puede organizarse de distintos modos, que van desde la separación real hasta el equilibrio entre poderes, con alguno que contrapesa al resto, de modo que se asegure su sujeción a la Constitución. Y precisamente en esto último consiste el *imperio de la ley*: en que el Estado constitucional tiene que organizarse a partir de normas jurídicas que emanen del pueblo, en quien descansa la soberanía. Toda la actuación del aparato del Estado necesita de una norma jurídica habilitante, de origen democrático. En cuanto a los *derechos*, la idea es que una Constitución que lo sea realmente debe organizar el poder a partir del reconocimiento de unos derechos fundamentales básicos de los ciudadanos y de su respeto. Los principios con los que se organiza el Estado emanan de los derechos y quedan supeditados a ellos. Las tres premisas han ido

evolucionando a lo largo del tiempo, pero —de un modo u otro y con diversos niveles de cumplimiento— han sido y son aún las bases del Estado constitucional.

A) LA CONSTITUCIÓN RACIONAL-NORMATIVA

Uno de los problemas con los que siempre se ha enfrentado la teoría constitucionalista es el de la fuerza jurídica de la Constitución. Como la Constitución intenta regular todo el ejercicio del poder, necesariamente tiene que ser muy genérica en sus disposiciones. Así, en principio puede dar la idea de que unas normas formuladas en términos tan genéricos pertenece más al ámbito del deseo, de la ética, que al de la realidad o del derecho. Esta impresión de que lo que establece la Constitución debe tener tan sólo un carácter orientativo, pero no obligatorio, podría reforzarse por el hecho de que se aprueba en un momento histórico muy determinado pero se mantiene en vigor durante mucho más tiempo: en el año 2050 quedarán vivas muy pocas personas de los que votaron a favor de nuestra Constitución. Frente a estas objeciones hay que señalar que la Constitución es un acto dictado con la voluntad de modificar la estructura de poderes de un país. La generalidad del texto no es problema si existen mecanismos jurídicos que permitan solucionar las dudas de interpretación, dando la que se denomina interpretación auténtica de la Constitución: tanto de sus lagunas, como de sus contradicciones, como de sus ambigüedades. La figura de este intérprete supremo de la Constitución, capaz de solucionar las discusiones sobre el carácter normativo de la misma, también soluciona, a través de su adaptación al tiempo, las dudas que plantean sus pretensiones de vigencia temporal indeterminada. Al resultado de esta manera de entender las posibilidades de organización del Estado se le llama «Constitución racional-normativa». Parte de la creencia de que es posible establecer de una vez para siempre y de manera general un esquema de organización en el que se encierre la vida toda del Estado y en el que se subsuman todos los casos particulares. Este concepto concibe la Constitución como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos¹. Se trata de un conjunto de normas, con eficacia jurídica directa, armonizadas e interpretadas de manera racional.

Las constituciones que surgen con estas características van a plantear una serie de problemas teóricos que no se daban antes: por ejemplo, el problema del *poder constituyente*, es decir, el de cómo se determina quién tiene autoridad para establecer la misma Constitución estatal; también surge el problema de cómo puede *reformarse o revisarse* la Constitución. Es necesario que el orden estatal tenga pretensiones de durabilidad en el tiempo, sobre todo porque se trata del modo de organización que se considera racionalmente justo. Pero a la vez hace falta prever la posibilidad de adaptarlo a los cambios sociales, estableciéndose un equilibrio entre continuidad y renovación; está, por último, el problema de la *garantía de la Constitución*. Para que todo lo dispuesto en el texto constitucional se convierta en derecho vigente son

necesarios mecanismos que aseguren su supremacía sobre todos los poderes y órganos del estado. Ésta es la cuestión más importante. La Constitución, como norma que regula la manera en que se adquiere, ejerce y pierde el poder dentro del Estado, debe situarse por encima de todas las demás normas, y por encima de la voluntad del Parlamento, de los jueces, del Poder ejecutivo y hasta del pueblo mismo. Y esa superioridad no puede ser meramente ética o moral, sino que necesita de una sanción jurídica para los casos en que se incumpla. Así, la importancia de los derechos fundamentales, como la libertad de información, radica en que aparecen recogidos en la Constitución y en que, por ello mismo, son superiores al resto de intereses o voluntades del Estado. Los derechos recogidos en la Constitución sólo pueden limitarse por otros derechos o valores constitucionales de su mismo rango, y ello exige procedimientos que aseguren la primacía constitucional.

En España el garante «natural» de los derechos fundamentales y de la Constitución entera es, esencialmente, el poder judicial; es decir, los jueces y tribunales ordinarios. Como sea que a veces la Constitución necesita de un poder que asegure su eficacia incluso sobre el legislador, el ejecutivo o esos mismos jueces, existe un órgano dedicado en exclusiva a la defensa de la Constitución. Se trata del Tribunal Constitucional. Este Tribunal no forma parte ni del poder judicial ni de ningún otro; orgánicamente se sitúa al mismo nivel que el propio texto constitucional y su función es la interpretación supremo de la Constitución. A través de procedimientos jurisdiccionales específicos se encarga de la salvaguarda de los derechos fundamentales frente a los ataques del poder público, de resolver los conflictos entre los entes territoriales del Estado y entre órganos constitucionales y de controlar que las leyes sean conformes con lo dispuesto en la Constitución.

Este curso se va a centrar en las consecuencias que trae el hecho de que la libertad de información aparezca recogida en la Constitución. En especial en lo que hace a sus efectos jurídicos. Por tanto, procede echar ahora un vistazo a cuáles son las garantías que disfrutaban los derechos fundamentales en España.

B) LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La expresión «derechos fundamentales» es relativamente moderna en la ciencia constitucional. Funda una categoría jurídica que goza de la mayor protección posible dentro del Estado. Conviene abordar primero qué son los derechos fundamentales, para pasar inmediatamente a ver en qué consisten las garantías específicas que los protegen en el ordenamiento español.

a) Qué son los derechos fundamentales

i) Concepto de derecho

El concepto de derecho ya se insinuó al principio de esta lección. Un derecho es la facultad de hacer o de recibir algo. En el lenguaje común se dice que uno tiene

derecho a algo cuando puede hacer algo sin ser molestado («tengo derecho a decir lo que quiera») o cuando alguien tiene el deber de proporcionarle algo a uno («tengo derecho a mi plato de comida»). Del mismo modo, cuando se habla de derecho de manifestación, se quiere decir que uno puede manifestarse sin encontrar obstáculos para ello. Ahí el derecho es una facultad del ciudadano frente a la que el Estado esencialmente tiene que abstenerse, que dejar hacer. En cambio, si se habla de «derecho a la atención sanitaria», la facultad consiste en que el Estado proporcione algo, en este caso un servicio médico. A veces, sin embargo, el derecho consiste en no hacer algo. Por ejemplo, la libertad religiosa también es el derecho a no practicar ninguna religión. O a no recibir algo por parte del Estado: el derecho a decidir la educación de los hijos, por ejemplo. De ese modo, puede decirse que todos los derechos consisten en la facultad de hacer o no hacer algo, o en la de recibir o no recibir algo.

En principio venimos usando ejemplo de derechos que se articulan *frente al Estado*, aunque indirectamente implican también una obligación de respeto por parte de los demás ciudadanos. No obstante hay otros derechos, de menor rango, que se dirigen contra *otros ciudadanos*. Así, quien paga el alquiler de un piso tiene derecho a cambiar la cerradura, o tiene derecho a que el dueño repare una grieta en el techo. Quien paga un billete de autobús tiene derecho a ser transportado en las condiciones previstas. Lo que sucede es que hay derechos de diversos tipos y rangos. Lo que unifica jurídicamente la categoría «derechos» es que son facultades que se pueden hacer valer efectivamente. Es decir que si no son respetados por alguien, el afectado puede acudir ante los tribunales de justicia y exigir que se aplique el derecho. Lo que caracteriza a un derecho cualquiera es la *tutela judicial*: los derechos, todos ellos, están protegidos por los jueces.

En un Estado democrático la esfera jurídica de cualquier persona la conforman esencialmente derechos. Hay también algunas obligaciones, pero son, en el nivel teórico, la excepción. Sin embargo, no todos estos derechos son derechos fundamentales. Hay derechos que nacen de contratos privados, otros que derivan de normativa administrativa de rango inferior, algunos creados por leyes del Parlamento..., incluso hay derechos sin contenido jurídico, como expresión de declaraciones universales de intenciones. Ninguno de éstos son derechos fundamentales.

ii) Definición de derechos fundamentales

La característica esencial de la categoría «derechos fundamentales» es que aparecen recogidos y garantizados en la Constitución. Su propiedad básica es la *resistencia frente al legislador*. Es decir, que además de poder acudir a los tribunales cuando alguien no los respeta (tutela judicial), los derechos se imponen incluso al Parlamento. En la teoría democrática formal, la esencia de la democracia estaba en la elección de un Parlamento; hoy día, la esencia del concepto de democracia radica en el respeto a unos derechos mínimos, que se impone incluso a la voluntad de la mayoría o a la del Parlamento elegido democráticamente. La

democracia exige derechos de la persona jurídicamente resistentes a las leyes. Nótese que, así, sólo son derechos fundamentales los que disponen de una garantía constitucional, porque sólo la Constitución se sitúa por encima del legislador parlamentario. Es decir, aquellos de los que las constituciones dicen que todo el mundo y todos los poderes del Estado deben respetar, con mecanismos jurídicos que aseguren este respeto. Los derechos se plasman en las constituciones como el fruto de una evolución histórico y reflejan en sí unos valores consensuados por la tradición jurídica de los países de su entorno. Pero no se limitan a ser declaraciones o enumeraciones, sino que son derecho vigente. Si no hay mecanismos de garantía suficiente, incluso frente a la ley, los derechos no son fundamentales². El legislador, en los sistemas constitucionales democráticos, tiene el poder básico de configuración de la sociedad. En la teoría clásica formalista ese poder le viene por el hecho de representar al pueblo, en el que reside la soberanía del Estado. Bueno, pues incluso así, el legislador —y el mismísimo Pueblo— encuentran en la Constitución y, especialmente, en los derechos fundamentales un límite a su libertad de configuración. Los derechos no podrían alterarse ni siquiera por una norma aprobada mayoritariamente en referéndum por el pueblo. De ese modo, al hablar de derechos fundamentales, hablamos de sociedades que no se organizan a partir del respeto a la mayoría, sino del respeto a unos derechos esenciales de la persona.

Pero sólo son fundamentales los derechos de la persona en la medida en que están en la Constitución y se protegen jurídicamente frente a todos los poderes del Estado. Se impone distinguir entre derechos fundamentales (constitucionalizados y garantizados) y otras categorías aparentemente similares, como las de derechos naturales o derechos humanos.

Los *derechos naturales* son mandatos éticos, que existen más allá del mundo del derecho. Los derechos naturales son aquellos que se reivindican, desde el mundo de la ética o la filosofía, como valores humanos que deben disfrutar todas las personas por el hecho de serlo. No aparecen garantizados jurídicamente y su único valor se mueve en el mundo del deber ser. No responden a una decisión del constituyente que quiere organizar sobre ellos la sociedad, como sucede con los derechos fundamentales.

Por su parte, los *derechos humanos* son los mandatos recogidos en declaraciones internacionales que pretenden ser la plasmación de las tradiciones humanistas del mundo entero. Se trata de listados de aspiraciones que la mayoría de países considera que deben fundar el orden jurídico de cualquier Estado. Sirven para evaluar externamente el grado de democracia que hay en cualquier Estado. El respeto a los derechos humanos es un valor internacional, que dentro del derecho vigente en un lugar puede plasmarse en la existencia de unos derechos fundamentales, pero también en un respeto *de facto*, por mera arbitrariedad y sin normas constitucionales que los garanticen. El concepto de derechos humanos se mueve ya sea en el plano de las relaciones internacionales ya, como mucho, en el del derecho internacional. Normalmente, desde un punto de vista de juicio ético de la legitimidad de un régimen político. En algunos organismos supraestatales regionales se han creado sistemas de

protección de los derechos humanos de los ciudadanos de los Estados miembro. Ello los acerca en la práctica a los derechos fundamentales; la diferencia sigue estando en que la vinculación de un Estado por esos tratados internacionales es voluntaria, revisable y, sobre todo, posterior al momento constituyente. Frente a ello, los *derechos fundamentales* son decisiones constitutivas de una sociedad, que se decide sobreponer, como norma jurídica, a todas las decisiones posteriores del Estado, incluso del legislador.

Esta supremacía de los derechos sobre el legislador conlleva lo que se denomina «doble carácter de los derechos fundamentales». Porque al limitar la libertad de configuración de la sociedad, están diseñando un modelo de sociedad. Por eso se dice que los derechos tienen un sentido como facultades de los ciudadanos y otro como configuradores del Estado. Así el derecho al voto es una facultad de la que no se puede privar a las personas pero también implica que el Estado se organiza a partir de un proceso electoral en el que participan los ciudadanos. O la libertad de información, igual que protege a los titulares de la actividad informativa, también implica un Estado en que hay una circulación de informaciones que permite el control por los ciudadanos del funcionamiento de los poderes. En fin, que en todos los derechos fundamentales hay un sentido subjetivo, de reivindicación individual y un sentido político, de organización del Estado.

iii) Clasificación (o no) de los derechos

A partir de ahí ha habido muy diversos intentos de clasificar los derechos fundamentales. Las clasificaciones científicas merecen la pena, sobre todo en el mundo del derecho, tan sólo si de ellas pueden sacarse consecuencias prácticas. Sin embargo la doctrina, en un esfuerzo baldío de autocomplacencia, ha recurrido a distintos criterios: por el momento histórico en que se incorporaron a las constituciones, por la «esencialidad» dentro de la Constitución del Estado, por el papel del Estado frente a su reivindicación. En general, casi todos coinciden en diferenciar tres tipos básicos de derechos fundamentales: los *derechos de la personalidad* (el derecho a la vida, a la seguridad personal, a la integridad física...), las *libertades públicas* (el derecho de sufragio, de reunión y manifestación, de asociación...) y los *derechos sociales* (derecho a la educación, al trabajo, a la sanidad...). Cada uno de estos tipos coincidiría también con un momento histórico concreto: en el primer momento revolucionario, se lucha por afianzar los derechos de la personalidad frente al antiguo régimen (el valor de la vida, de la libertad física, de la propiedad privada); luego, en la etapa de la democracia formal, la burguesía más avanzada lucha por libertades públicas orientadas especialmente a la configuración electoral de la sociedad (voto, asociación, manifestación, expresión); con el advenimiento del Estado social, lo trascendente es asegurar prestaciones estatales que adoptan forma de derechos sociales (educación, sanidad, trabajo). Toda esta clasificación sirve para entender cómo han ido evolucionando los derechos y su relación con los poderes públicos, pero oculta la verdadera manera en la que funcionan hoy en día. Aunque incluso el Tribunal Constitucional acuda en ocasiones

a ella, ya no es realista distinguir entre *derechos de libertad* y *derechos de prestación*, por ejemplo, puesto que hoy en día todo derecho tiene una parte de ambos.

En efecto, cada derecho exige un grado distinto de actuación de los poderes públicos. En el derecho a la vida, por ejemplo, se espera que el Estado no atente contra la vida de las personas, pero también que ponga los medios a su alcance para que otros particulares no atenten contra la vida de un ciudadano e incluso que intervenga activamente para salvar la vida de los ciudadanos en peligro inminente. Del mismo modo, el derecho a la educación no es sólo la obligación del Estado de proporcionar una educación, también la libertad de los padres de elegir una educación para sus hijos. Hay otros derechos, incluso fuera de la Constitución, en los que la actitud del Estado es simplemente la de garantizarlos frente a otros particulares: el derecho de los consumidores a estar informados sobre los productos, o el del arrendatario a un contrato de alquiler de cinco años de duración, o el derecho a que nadie tape una ventana con otra casa, por ejemplo.

Se ve, entonces, que los derechos fundamentales no tienen una naturaleza única ni frente al Estado ni frente a otros particulares. Porque también es cierto que igual que el derecho de asociación o manifestación necesariamente han de ejercerse en grupo, el derecho a la integridad física, a la propia imagen o a la libertad individual tienen siempre titulares unipersonales. En realidad, la diversificación de tantos derechos se debe, en especial en las declaraciones de los que se consideran esenciales para el hombre, precisamente a su variedad. Las normas jurídicas tienen que reconocer un elevado número de derechos porque, además de un contenido distinto (pero relacionado casi siempre con la libertad o la igualdad), cada derecho implica un grado distinto de intervención estatal y se ejerce con un grado distinto de autonomía personal. De ahí que sea necesario diferenciar jurídicamente el derecho de asociación del derecho de reunión, o la libertad de información de la de expresión. Al descubrir qué derecho está en juego en cada caso se descubrirá también cómo se ejerce (si es un derecho de todos o sólo de los españoles, si tiene requisitos o no, por ejemplo) y cuáles son sus límites.

Mientras más criterios se utilicen, mejor se descubre esta autonomía propia de cada derecho. Si se dibuja un eje de coordenadas, con la intención de situar en él los derechos, puede advertirse que difícilmente habrá dos derechos que se sitúen en el mismo lugar (puede hacerse llamando a un eje «necesidad de acción legislativa» y al otro «ámbito personal o social»). Si se aumenta la dimensión (introduciendo, por ejemplo, un nuevo eje denominado «titularidad de nacionales o general») los derechos se disgregarán definitivamente. La conclusión: el ámbito en el que cada derecho afecta a la esfera jurídica de los ciudadanos es propio e independiente. Aunque los derechos puedan agruparse según criterios diversos y con intención simplificadora, en principio la Constitución los organiza de modo coordinado y sin colisiones en cuanto a su contenido esencial.

b) Los derechos fundamentales en la Constitución española

EXTRACTO DEL ÍNDICE DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Preámbulo

Título Preliminar

Título I. *De los derechos y deberes fundamentales*

Capítulo I. *De los españoles y los extranjeros*

Capítulo II. *Derechos y libertades*

Sección 1.^a *De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*

Sección 2.^a *De los derechos y deberes de los ciudadanos*

Capítulo III. *De los principios rectores de la política social y económica*

Capítulo IV. *De las garantías de las libertades y derechos fundamentales*

Capítulo V. *De la suspensión de los derechos y libertades*

Título II. *De la Corona*

Partiendo de lo que hemos visto, ¿cuáles son, en este índice los derechos fundamentales recogidos en la Constitución española? La expresión «derechos fundamentales» aparece en el encabezado del Título I, en el de la Sección primera del Capítulo II de ese mismo Título y en el del Capítulo cuarto. ¿Con cuáles nos quedamos? Con ninguno. El concepto de derechos fundamentales no es exclusivamente nominal. No basta con que una Constitución diga que un derecho es fundamental para que automáticamente lo sea. Ya se ha visto que la marca de los derechos fundamentales está en sus mecanismos de garantía. Y una garantía que debe ser, además, válida frente al legislador. Así que de ese índice lo que hay que deducir es que los derechos fundamentales están en el Capítulo cuarto. Es decir, que el Capítulo cuarto, al establecer las garantías es el que nos ha de decir qué derechos, de entre los diversos apartados de la Constitución, son fundamentales y cuáles no. Hay que ir, pues, al artículo 53 de la Constitución, que es el fundamental dentro de ese Capítulo cuarto.

Artículo 53. 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 3.º

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Cada uno de los tres apartados de este artículo establece un nivel de garantías. Del apartado segundo se deduce que el mayor nivel de garantías es el que protege a la Sección primera del Capítulo II del Título I (art. 15 a 29). Los derechos que aparezcan en esos artículos disfrutaban de un procedimiento judicial especial de

protección (que es preferente y sumario, o sea privilegiado sobre los otros asuntos judiciales y más breve en su tramitación) y de la posibilidad de acudir ante el Tribunal Constitucional directamente para exigir su protección. ¿Quiere esto decir que tan sólo los derechos de esta Sección son fundamentales? No. Absolutamente no. Lo único que eso significa es que se trata de los derechos más protegidos del ordenamiento español. Pero puede haber otros que, sin ese mismo nivel de protección adicional, también sean fundamentales. ¿Cómo se sabe? Pues, evidentemente, por la vinculación del legislador. Lo que identifica a los derechos fundamentales no es que estén ultra protegidos jurídicamente sino que vinculen al legislador. Que sean indisponibles para el Parlamento, que éste tenga que respetarlos absolutamente.

Así que donde se habla de los derechos fundamentales es en el apartado 1 del artículo 53. Y la vinculación del legislador se establece ahí de manera soslayada. Se dice que los derechos del Capítulo segundo entero (arts. 14 a 38) vinculan a *todos* los poderes públicos. Entonces se matiza que la ley podrá regular el ejercicio de tales derechos. Eso quiere decir que el legislador está sometido al contenido (esencial, en palabras del texto constitucional) de los derechos. No puede anularlos ni restringirlos, sólo fijar las condiciones en las que se usan. Los derechos fundamentales son intrínsecos a la persona y quedan garantizados desde el mismo momento en que se incluyen en la Constitución, sin necesidad de normas de aplicación. Desde que aparecen en un artículo del Capítulo segundo, pueden invocarse ante los tribunales y nadie —ni siquiera el Parlamento— puede saltárselos. Ahora bien, a través de una norma parlamentaria sí que se puede concretar la manera en que se hacen efectivos. Así, por ejemplo, una ley no puede eliminar el derecho de manifestación, pero sí que puede establecer cómo se informa a las autoridades de que se va a celebrar una manifestación, con que anterioridad debe hacerse y ante que organismo. Está claro que en la regulación del ejercicio pueden incluirse limitaciones del derecho. Por ejemplo, si la ley establece que debe informarse a las autoridades de la celebración de cualquier manifestación con un año de antelación se le estará quitando al derecho su sentido constitucional como vía de expresión de la postura de los ciudadanos participantes ante cualquier asunto de actualidad. En tal caso, el Tribunal Constitucional podrá anular la ley, porque en vez de regular el ejercicio está intentando ponerse por encima del derecho y regular el derecho mismo. Un ejemplo de esto fue la ley de seguridad ciudadana; el Tribunal Constitucional anuló un precepto de la misma porque decía que la expresión «flagrante delito» que autoriza, según el artículo 18 CE, a la entrada en el domicilio de una persona debía interpretarse de manera que los delitos de narcotráfico o terrorismo siempre se considerasen flagrantes. Ello, más que regular el ejercicio era eliminar parte del contenido de un derecho; afectar a su contenido esencial.

En cuanto a los derechos del Capítulo tercero sólo cabe decir que en realidad no son derechos fundamentales. Más adelante se vuelve sobre ello.

C) LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Acabamos de ver que en la Constitución española no todos los derechos tienen las mismas garantías. Todos los derechos fundamentales, de acuerdo con el artículo 53.2 CE disfrutan de tres garantías esenciales: eficacia directa, reserva de ley y control de constitucionalidad. La *eficacia directa* significa que son derecho vigente desde la entrada en vigor de la Constitución. Los derechos fundamentales obligan a todos los poderes del Estado sin necesidad de ningún desarrollo legislativo ulterior.

La *reserva de ley* es lo que se denomina una garantía institucional: implica que el ejercicio de los derechos sólo puede regularse en una ley, en una norma elaborada por el órgano que, en la estructura clásica del Estado, representa al pueblo —porque es elegido directamente por él— y que se sitúa en la cúspide del sistema normativo. No significa que las leyes no puedan incluir en este tema remisiones a la regulación del poder ejecutivo, sino que el régimen general de los derechos debe decidirse en un órgano plural y supremo como es el Parlamento. En esta tarea, ya se vio, el legislativo se encuentra siempre el límite del contenido esencial de los derechos: aquello que hace al derecho reconocible y que si se altera, altera al derecho mismo.

En cuanto al *control de constitucionalidad*, es simplemente la posibilidad que tiene el Tribunal Constitucional de examinar la adecuación de las leyes a la Constitución y anular las que se opongan a ella. En España, estos procedimientos no pueden ser iniciados a iniciativa de los ciudadanos titulares de los derechos, sino que la facultad de poner en marcha el control de constitucionalidad se deja exclusivamente en manos de órganos cualificados del Estado o del poder judicial.

Además de ello, todos los derechos fundamentales disfrutan de una garantía «natural» que es la *protección de los jueces y tribunales*. Frente a cualquier violación de sus derechos procedente del poder ejecutivo, o de otros particulares pueden instar la protección de los órganos judiciales. Sin embargo, esto no es ninguna garantía específica de los derechos fundamentales, sino de los derechos de cualquier tipo que sean. Sí es cierto que en algunos derechos la intervención del poder judicial constituye una reserva jurídica que integra el propio derecho. Así, la intervención de las comunicaciones o la autorización para entrar en el domicilio, del artículo 18 CE. Del mismo modo, el artículo 20.5 CE establece que sólo mediante resolución judicial puede acordarse el secuestro de medios de información.

Los derechos de la Sección primera del Capítulo segundo del Título primero gozan de más garantías jurídicas; aquí interesan porque son aplicables también a la libertad de información. Dejando de lado la protección reforzada frente a la reforma constitucional de estos derechos (art. 168 CE), la primera garantía específica es un *procedimiento especial ante los tribunales ordinarios*. La idea es que, frente a violaciones de estos derechos, los ciudadanos deben disponer de un procedimiento rápido y eficaz ante los tribunales: preferente, es decir con prelación sobre el resto de asuntos que trate el órgano judicial, incluso de los ingresados antes; sumario, es decir con todos los plazos reducidos para acelerar la solución judicial. Sin embargo, pese al terminante tenor del texto constitucional aún no se ha creado un procedimiento judicial específico para la protección de los derechos fundamentales de la Sección primera. Se dictó, un día antes de la Constitución la Ley 62/1978 que establecía

provisionalmente un régimen procesal preferente y sumario para la tutela de los derechos fundamentales. Ésa continúa siendo la única norma general al respecto. De manera más específica se han dictado otras leyes sectoriales similares, la que más nos interesará aquí será la de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: un intento fallido que se abordará en otro lugar.

Pero junto a ello, lo más destacable del régimen de los derechos fundamentales de la Sección primera (más los de los arts. 14 y 30), es el *recurso de amparo*. Se trata de un procedimiento excepcional, ante un órgano, el Tribunal Constitucional, que no forma parte del poder judicial. Ante él se acude cuando se han agotado todas las posibles vías de recurso ante los jueces ordinarios sin obtener una satisfacción frente a la lesión de derechos fundamentales que se alega. Someramente, el proceso de amparo se desenvuelve de la manera siguiente: el particular afectado presenta un recurso ante el TC. Éste decide en primer lugar acerca de la admisión o no del mismo. Es un trámite destinado a evitar que el recurso extraordinario se convierta en ordinario; en la práctica, la inmensa mayoría de recursos de amparo se inadmiten en esta fase. Admitido el recurso, se fija fecha para su deliberación y el Tribunal Constitucional (normalmente en una Sala de seis miembros) decide sobre el mismo, dictando una Sentencia. La Sentencia consiste básicamente en la denegación o el otorgamiento del amparo. En este último caso se anula el acto o decisión que haya impedido el pleno ejercicio de los derechos protegidos y se restablece al recurrente en la integridad del mismo. Lo verdaderamente interesante del recurso de amparo es que el Tribunal Constitucional sólo se haya vinculado por la Constitución y la Ley Orgánica que regula su funcionamiento. Por eso, la decisión acerca de las alegaciones del recurrente se toma sin tener que tomar en consideración más que el contenido constitucional de cada derecho, independientemente de las leyes que los regulen.

Hay todavía una garantía más, en virtud del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de la Libertades Fundamentales (CEDH), elaborado en el marco del Consejo de Europa en Roma, en 1950, y firmado por España en 1977. Este convenio establece *un procedimiento de protección ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (TEDH). No es una garantía de los derechos fundamentales, sino de los derechos del convenio, derechos humanos. Interesa aquí sin embargo porque es aplicable a una mayoría de derechos fundamentales de la Constitución que coinciden en lo básico con los enumerados en el CEDH. Además, el artículo 10.2 CE impone un mandato de interpretación de los derechos fundamentales «de conformidad a los tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Ante el Tribunal de Estrasburgo, en virtud de una reciente reforma, pueden acudir directamente todos los ciudadanos españoles que consideren vulnerados sus derechos recogidos en el CEDH. Es necesario haber agotado antes todos los recursos disponibles para la protección de esos derechos dentro de España. Es decir, que sólo cabe acudir a Estrasburgo cuando se haya intentado, sin éxito, obtener la protección de todos los tribunales nacionales accesibles (incluido, en caso de que se trate de un derecho susceptible de recurso de amparo, el Tribunal Constitucional). Las

Sentencias que dicta el TEDH no son, excepto en su aspecto monetario, directamente aplicables en España, sino que necesitan de un acto jurídico español para darles eficacia. El Estado español dispone, en ese sentido, de margen para apreciar libremente en qué manera se da satisfacción a los mandatos del Tribunal europeo.

3. LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA

Parece que hemos dejado de lado el apartado tercero del artículo 53 CE. Allí se alude a los principios del Capítulo tercero del Título I de la Constitución. Está claro que no se trata de derechos fundamentales, puesto que sólo pueden invocarse ante los tribunales, para que los protejan, si existen leyes que los desarrollen y en el sentido que estas leyes indiquen. Por tanto, a primera vista parece que se trata de principios que sólo tangencialmente vinculan al legislador. Sin embargo, también se dice en el mismo lugar que su reconocimiento, respeto y protección informarán la legislación práctica judicial y actuación de los poderes públicos. El «truco» está en ese «informarán». No se trata de un mandato de sometimiento a tales principios, sino de una interdicción de acciones restrictivas de ellos. El legislador no está obligado a desarrollar estos principios en ningún plazo, ni se prevé sanción alguna para el caso de que no los desarrolle. No obstante, lo que queda prohibido es que se dicte una legislación contraria a las directrices contenidas en esos principios.

Esto se entiende mucho mejor si se acude al Capítulo tercero directamente. Hay allí dos tipos de mandatos. Algunos hablan de derechos: «se reconoce el derecho a la protección de la salud» (art. 43); derecho a la cultura (art. 44); «todos tienen derecho a disfrutar un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona» (art. 45); «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada» (art. 47). Otros, en cambio, constituyen directrices políticas dirigidas a los poderes públicos: «los poderes públicos mantendrán un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos» (art. 41); «los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico» (art. 46); «los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios» (art. 51). Por tanto, aparentemente conviven en el Capítulo tercero directrices con derechos. En verdad no es así, porque el artículo 53.3 CE establece que el régimen de todo el Capítulo es el de las directrices. Así que no hay derechos. Incluso los mandatos que aparecen formulados como derechos son sólo eso, directrices políticas.

Y una directriz es algo que orienta la actuación del poder, pero sometida a la autonomía de éste. No se trata de facultades personales que puedan reclamarse de las autoridades, los jueces o el legislador (como los derechos fundamentales) sino de principios que deben seguir las autoridades en caso de que intervengan en la regulación de esas materias. Los ciudadanos no pueden exigir una vivienda, sobre todo no pueden exigirla judicialmente. En cambio, los poderes públicos tampoco pueden seguir una política encaminada a evitar la generalización de viviendas dignas

y adecuadas. Del mismo modo que, en virtud del artículo 39 CE son contrarias a la Constitución (y pueden ser anuladas por el Tribunal Constitucional) las leyes que perjudiquen a la familia, sin que ello implique que las familias puedan exigir jurídicamente una protección determinada.

BIBLIOGRAFÍA

Sobre el concepto de Constitución, hay un librito clásico, escrito con intenciones divulgativas: Ferdinand LASALLE, *Qué es una Constitución*, Barcelona, 1989. También son clásicos en el pensamiento constitucional español, Konrad HESSE, *Escritos de derechos constitucional*, Madrid, 1992; Manuel GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1991; y del mismo autor *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1991.

El mismo tema también aparece muy claro en el manual de Paolo BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho Constitucional*. Por otro lado, el manual más completo de derecho constitucional español que hay ahora en el mercado es el de Javier PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, 1998 (undécima edición, 2007). Muy consultado también (básicamente por ser el primero publicado en nuestra etapa constitucional), está el libro de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como Norma Jurídica*, Madrid, 1981.

En cuanto al concepto de derechos fundamentales, la aportación más clara e interesante en nuestro país es, sin duda, el artículo de Pedro CRUZ VILLALÓN, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 35 (1989), pp. 35 ss. Quien realmente quiera profundizar en el tema puede acudir a manuales mucho más complejos, por ejemplo el de Luis María Díez-PICAZO, *Sistema de derechos Fundamentales*, Navarra, 2005; o el colectivo de profesores de la Universidad de Oviedo, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

¹ Cfr. Manuel GARCÍA PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, 1991.

² Cfr. Pedro CRUZ VILLALÓN, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *REDC*, n.º 25, pp. 35 ss.

LECCIÓN DOS

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN

SUMARIO: 1. LA LIBERTAD DE PRENSA EN EL NACIMIENTO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL.—A) *El Estatuto de Bayona*.—B) *La Constitución de 1812*.—2. LA OPINIÓN PÚBLICA LIBERAL Y LA SEGUNDA FASE DE CONSTITUCIONALISMO.—A) LA CONSTITUCIÓN DE 1837.—B) *La Constitución de 1845*.—C) *La Constitución y el acta adicional de 1856*.—3. LA CONSTITUCIÓN DE 1869: EL DERECHO A LA INFORMACIÓN.—A) *El sentido de la Constitución de 1869*.—B) *La reacción en la Constitución de 1876*.—4. EL ANTECEDENTE HISTÓRICO DE LA SEGUNDA REPÚBLICA.—A) *La Constitución de 1931*.—B) *La época franquista*.—BIBLIOGRAFÍA.

1. LA LIBERTAD DE PRENSA EN EL NACIMIENTO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Aproximarse a la historia constitucional española al hilo exclusivamente de un derecho fundamental concreto implica, sin duda, una reducción excesiva. La idea misma de que existan derechos y de que exista una Constitución supone una trascendente evolución conceptual en la organización social que no podríamos obviar aquí. Sin embargo, tratándose de la libertad de prensa —que es como históricamente se conoce a la de información— la tarea resulta más fácil: precisamente este derecho ha tenido siempre un papel destacado en la configuración de los diversos conceptos de Estado y de Constitución. Por ello, el estudio de la libertad de información en nuestra historia constitucional supone, en realidad, descubrir cómo se va formando el Estado, y con qué premisas, en cada momento del pasado.

Desde su nacimiento, prácticamente, el Estado es Estado constitucional. Así, resulta lógico que la Constitución, como norma, recoja ya desde un principio el listado de los derechos de los ciudadanos. De hecho, se ha visto que ése es uno de los requisitos de cualquier Constitución. Sin embargo, tanto la idea de Constitución como la de derechos no son, en un principio, idénticas a las actuales. Ambas instituciones han ido evolucionando. Y esta evolución resulta didácticamente interesante porque con frecuencia las distintas concepciones que aún hoy día se plantean acerca de qué son los derechos y qué es la Constitución, se corresponden con alguna de las que históricamente ya se han dado. En fin, la historia de la libertad de prensa es también la historia de los derechos y las Constituciones. A eso vamos. Lo haremos de manera sincrónica, Constitución por Constitución.

A) EL ESTATUTO DE BAYONA

Artículo CXLV. Dos años después de haberse executado enteramente esta constitucion se establecerá la libertad de imprenta. Para organizarla se publicará una lei hecha en cortes.

Se ha señalado, con mucha razón, que en España puede resultar forzado hablar de tradición constitucional, pero no de historia constitucional. Y nuestra historia constitucional se inicia, tempranamente, con algo que sólo relativamente fue una Constitución¹: en 1808 Napoleón presenta ante una asamblea de representantes estamentales, corporativos y territoriales, pomposamente denominada «Junta Nacional», una norma más o menos constitucional. La asamblea era en principio legitimadora. Se convoca para informar a sus miembros acerca de la cesión de derechos dinásticos por parte de Carlos IV y Fernando VII, pero acaba convertida en asamblea constituyente. La Junta se pronuncia y, con unas leves modificaciones, la norma se promulga y publica a modo de Constitución en julio del mismo año. Se trata de un texto articulado e inteligible, con pretensiones de vigencia general; por primera vez en la historia española se intenta fijar un marco normativo escrito para la monarquía. Ésta queda —aunque sea de manera voluntaria— sometida por primera vez a una norma, y presta juramento a la misma. El texto también define las instituciones básicas del Estado, incluyendo un orden judicial independiente, y algunas libertades individuales básicas.

Como puede apreciarse, a la vista del artículo 145, la libertad de imprenta no entra en juego por el mero reconocimiento constitucional. El tenor del artículo arriba recogido sitúa al lector en la que era la situación hasta 1808: cualquiera no podía poseer una imprenta y publicar libremente en ella lo que quisiera. Bien al contrario, además de las distintas censuras previas, entre las que destaca la del Santo Oficio, regía un sistema de licencias, de manera que la información era un ámbito controlado por el Estado. La creación de un periódico no era libre, sino que dependía de la autorización expresa del Estado. A partir de la aprobación de la Constitución se suponía que iba a pasar un período mínimo de siete años tras los cuales se regularía la liberalización de la prensa. Por otro lado, el texto constitucional establece también una Junta Nacional de Imprenta, compuesta por parlamentarios y supervisada por el ejecutivo, para controlar el ejercicio de tal libertad cuando sea posible. Coherentemente con este temor que suscita la libertad de información, se establece también la posibilidad de censura previa de publicaciones, si bien limitada por la posibilidad de los afectados de recurrir ante la junta de libertad de imprenta contra las decisiones de censura.

La idea de que todas las imprentas estuvieran en manos estatales, o sometidas a la autorización del Estado para su creación puede parecer muy chocante hoy en día. Lo es menos si se toma conciencia de cómo históricamente se plantean esquemas que luego con el paso del tiempo no hacen sino permanecer. Así, el régimen jurídico actual de la televisión en España presenta un extraordinario parecido con el que tenían las imprentas a fines del antiguo régimen. En nuestro derecho aún se afirma que todas las televisiones son un servicio público, de modo que teóricamente pertenecen al Estado o están sometidas a su control. Por eso el ejemplo del Estatuto de Bayona y su aplicación puede tener una utilidad actual. Tal vez, del mismo modo que con la difusión de las ideas de la revolución francesa y el consiguiente desarrollo de la sociedad, intentar someter las imprentas a licencia era ya como ponerle puertas

al campo, hoy día se hace cada vez más difícil mantener la ficción de que todas las televisiones sean un servicio público y la tendencia —igual que pasó entonces con la prensa— sea la de la libertad más o menos absoluta, sometida al poder económico.

Del texto se deduce, eso sí, una concepción de los derechos bastante coherente con la idea actual de derechos fundamentales, aunque originariamente distinta. Nótese que se habla de «establecer» una libertad, lo que da fe de que no ha de ser entendida como un derecho innato del ciudadano, sino como una concesión del poder. A pesar de ello, se dice que el legislador «organizará» el derecho. La noción de organizar evoca fácilmente nuestro actual artículo 53.1 CE cuando faculta a la ley para «regular el ejercicio de los derechos». En ambos casos la idea es clara: una cosa es que exista el derecho, y otra muy diferente el modo en el que se va a organizar su ejercicio. Como se verá, esta claridad desaparecerá a lo largo del siglo XIX y sólo muy recientemente podrá recuperarse la distinción.

El Estatuto de Bayona tendrá una vigencia muy parcial y extremadamente accidentada hasta el momento de la definitiva derrota napoleónica en España. Sirvió, eso sí, para abrir camino a la posibilidad misma de que existan derechos y libertades que —recogidos en una Constitución que sirve de límite al ejercicio del poder— progresivamente conviertan en ámbito propio del ciudadano terrenos hasta entonces controlados por la autoridad.

B) LA CONSTITUCIÓN DE 1812

Artículo 371. Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión ó aprobación alguna anterior á la publicación, baxo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes.

A partir de septiembre de 1808 se crea una Junta Central Suprema, constituida como coordinadora general de la resistencia y en defensa del orden monárquico tradicional que se considera alterado. La prolongación del movimiento de resistencia va suscitando una necesidad de rellenar el vacío institucional que cristalizará en la convocatoria de las Cortes cerca de Cádiz. Se trata de una convocatoria basada en una tradición histórica que, como no existe, se inventa para el momento. La finalidad es, formalmente, rechazar la renuncia de la Corona hecha por Fernando VII, o sea revocar la decisión para la que se convocaron las Cortes en Bayona. En realidad se van a renovar las instituciones nacionales del Reino. Los miembros de la asamblea constituyente se eligen a través de sucesivos procesos electorales ascendentes a partir de un sufragio general masculino. Desde el primer momento ellos se consideran los representantes de la nación española en los que reside la soberanía. Y actúan como poder constituyente soberano. Se imponen sólo el deber de mantener la monarquía. No obstante, sin la presencia efectiva del monarca durante el período constituyente, el texto definitivo va a tener características revolucionarias: separación de poderes y soberanía nacional. Como Constitución, es en sí misma una limitación de los poderes del rey y una racionalización del funcionamiento del Estado, al servicio del bien común.

Algunos de los derechos que se reconocen aparecen también como valores previos a la propia Constitución. Básicamente, la libertad individual, la libertad política de la nación y la propiedad. Hay otros derechos desperdigados por el texto. No aparecen, como en Francia, en una declaración solemne a modo de listado, pero sí como valores que se imponen al constituyente, a la misma nación y, por consecuente, al monarca. No se establecen garantías genéricas para los derechos, pero sí se ponen las bases de un poder judicial independiente y sometido a la Ley. Para algunos derechos se establecen mecanismos especiales de garantía, pero normalmente están destinados más a asegurar su desarrollo legislativo posterior que su eficacia sustantiva. En esta época se tiene ya plena conciencia de que los derechos sólo pueden ser garantizados por el legislador: la democracia viene asegurada por la ficción representativa parlamentaria, así que no puede pensarse siquiera en la posibilidad de aprobar unos derechos resistentes al propio legislador, sería absurdo. De este modo, se habla por primera vez de que la libertad de imprenta queda sometida a «las restricciones que establezcan las leyes». El Parlamento deja de limitarse a «organizar» los derechos y ahora está facultado ya para limitarlos o restringirlos. Se trata, por tanto, de derechos legales sin la fuerza vinculante que tiene hoy día la noción de «derechos fundamentales». Tampoco hay previsto ningún órgano capaz de imponerse al Parlamento; exclusivamente se espera que, a través del derecho de petición las Cortes mismas lleguen a desempeñar un papel similar al de la jurisdicción constitucional.

La libertad de prensa, ya se ha visto, aparece unida a la de expresión. Interesa destacar el lugar en que se inserta este artículo 371 dentro de la Constitución: aparece en el título rubricado como «de la instrucción pública». En el mismo se fijan las bases para la generalización de la educación. Se establecen escuelas en todos los pueblos y la enseñanza en todos los niveles de los principios constitucionales junto con los de la religión católica. E inmediatamente después se reconoce la libertad de imprenta.

No resulta difícil entender la razón: se está tratando de inventar la historia, de introducir principios radicalmente nuevos haciéndolos pasar por recuperación de los más seculares de la nación. Se quiere asentar la idea de España como nación que, habiendo dispuesto en otros tiempos de instituciones libres y representativas, las ha perdido luego. Para que el espíritu constitucional se extienda y la Constitución misma sea aceptada, la libertad de imprenta y el debate político a través de los medios de comunicación de la época son un arma trascendental. Y en esa misma razón de ser de la situación topográfica de las libertades de prensa y expresión está la declaración de sus límites: el 29 de abril de 1812, las Cortes aprueban un decreto que prohíbe la reimpresión del texto constitucional sin permiso previo del gobierno, que sirve de ejemplo para comprender cuál debe ser el criterio a la hora de interpretar la Constitución.

La idea de que la información ha de servir a un determinado espíritu constitucional, aunque para ello se haga necesario orientarla desde el poder puede parecer que está muy lejos del espíritu constitucional actual. Hoy día se diría que el ideal constitucional es fomentar la libre circulación de informaciones en el seno de la sociedad, con el mínimo de influencia estatal y con el objetivo de la máxima

pluralidad ideológica. No obstante, la utilización que se hace en la Constitución de 1812 de la libertad de información tiene cierto parangón en la actualidad, hasta el punto de que podría decirse que está ocasionalmente vigente. No son raros, en especial en los momentos de crisis, los llamamientos dirigidos a los medios de comunicación por parte de la administración pública para, en nombre de la ética democrática, orientar sus informaciones de la manera más favorable a una interpretación purista de la Constitución. Baste recordar las declaraciones de los políticos y las empresas de prensa estadounidenses tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, en el sentido de ignorar determinados hechos (notablemente las declaraciones en vídeo de algún líder terrorista) para fortalecer la confianza del ciudadano en la Constitución americana. En nuestro país también podría buscarse algún ejemplo que se entiende mucho mejor al analizar las circunstancias de 1812, cuando el triunfo de una idea constitucional hizo necesario renunciar en cierta manera al pluralismo que se deriva de usar tan sólo la veracidad y el contraste como parámetro de lo que se debe publicar.

En realidad, el tenor del artículo 371 de la norma constitucional de 1812 habla como si el derecho a la libertad de imprenta existiera antes de la propia Constitución. Y en efecto, así es. La libertad de imprenta se introduce en España por el decreto de 10 de noviembre de 1810. Su artículo primero es similar al constitucional, los demás introducen una reglamentación bastante exhaustiva acerca del ejercicio de la nueva libertad: se fija la responsabilidad individual de editores e impresores y se sustituye la censura previa por un sistema complicado de control, distinto según se trate de obras civiles o religiosas. Está basado en unas juntas de censura y un procedimiento en el que el autor puede acudir a distintos órganos para la revisión de una eventual decisión restrictiva. Cuando se dicta la Constitución, el decreto es modificado y se hace más igualitario. De cualquier manera, conviene destacar que no se trata de una libertad ilimitada. En la práctica la contestación a la liberalización de la prensa fue grande y con frecuencia la discusión acerca de los casos concretos acabará ante las propias Cortes². Como se sabe, la Constitución de 1812 sólo tendrá vigencia unos seis años, durante períodos intermitentes hasta 1837 pero, a partir de ella, la libertad de prensa, como parte del contenido de la Constitución, va a irse convirtiendo en un elemento indispensable del sistema político español.

2. LA OPINIÓN PÚBLICA LIBERAL Y LA SEGUNDA FASE DE CONSTITUCIONALISMO

A partir de los años treinta del siglo XIX España entra en una nueva fase política y constitucional. Los cambios de régimen político se plasman ahora en cambios de la Constitución, que se ha convertido en un elemento inseparable del poder. Al mismo tiempo, el concepto de Constitución pierde la fuerza revolucionaria de los primeros tiempos. Hay una etapa de más de treinta años en los que la Constitución se convierte en una norma esencialmente formal, en un nombre que va perdiendo capacidad de

alterar la práctica diaria del ejercicio del poder. Guarda siempre, eso sí, un valor teórico importante como fundamento de legitimidad y a modo de objetivo ideal.

A) LA CONSTITUCIÓN DE 1837

Artículo 2.º Todos los españoles pueden imprimir y publicar libremente sus ideas sin prévia censura, con sujeción á las leyes.

La calificación de los delitos de imprenta corresponde exclusivamente á los jurados.

En 1836 se convocan elecciones con arreglo a lo dispuesto en la Constitución de 1812 (que sólo nominalmente se aplicaba entonces) con la finalidad inicial de reformar este texto. En realidad lo que se hace es elaborar una nueva Constitución, que se pretende mucho más reducida y limitada a lo más sustantivo de la organización del Estado. Se cree que la Constitución ha de ser una norma esencialmente procedimental, que fije el modo en que se ejerce el poder, pero sin regular contenidos específicos. Pese a ello, se introduce un listado de derechos. Obviamente, la eficacia de estos derechos quedaba prejuzgada.

Siguiendo con el criterio que se utilizó para la Constitución de Cádiz, lo primero que llama la atención es la colocación de la libertad dentro del articulado constitucional. Aparece en el artículo segundo. Una posición predominante que la Comisión constitucional explica en su dictamen indicando que «se ha puesto al principio, como el primero y más interesante de todos los derechos, y el más eficaz y seguro para la conservación y defensa de los restantes». En efecto, el sistema ideado descansa sobre la opinión pública como sustituto de lo que en 1812 eran las libertades civiles y políticas. Prácticamente todas las modificaciones del sistema se explican a partir de la idea de opinión pública, de manera que la libertad de imprenta, su garante, se convierte en requisito básico para la apariencia lógica del sistema.

En 1837 el Rey deja de estar limitado material y temporalmente a la hora de vetar las decisiones del Parlamento. Es decir, que el monarca, como poder ejecutivo se sitúa en una posición similar a la del legislativo. Se acabó la ilusión de 1812 del sometimiento real a los representantes populares, que tan inaceptable había resultado. El voto es ahora censitario. Suprimido el mandato de instrucción pública generalizada, tan sólo participan en las elecciones las clases más altas, instruidas y educadas. Eso se justifica en que también ellas son las únicas que crean la opinión pública. El sistema de democracia representativa sólo tiene valor en cuanto mecanismo para hacer llegar a la cúspide del Estado la opinión pública. Así, si el monarca estima que en determinado asunto las Cortes se equivocan y contradicen a la opinión pública debe impedir que las decisiones parlamentarias se conviertan en normas jurídicas. El rey, pues, debe poder acceder a la opinión pública y ello sólo puede hacerlo si se garantiza la libertad de imprenta. La publicación de ideas, realizada de la manera más libre posible por todos aquellos que están en condiciones de expresarse y acceder a la imprenta es el sustituto, más que el complemento, ideal del sistema electoral. La idea no es tan antigua. Piénsese por un momento en cómo en la actualidad se sigue defendiendo a veces desde los medios de comunicación: no es

extraño que la opinión pública expresada a través de los medios se presente como correctora de las deficiencias de la democracia electoral. Hay en nuestra historia recientes ejemplos suficientes de medios de comunicación que han llegado a exigir la dimisión de alguna autoridad recién elegida por sufragio universal directo con el argumento de que eran los ciudadanos los que la reclamaban. Estaban convencidos de que un periodista puede conocer la voluntad popular mejor de cómo se expresa a través de las elecciones. En la etapa que estudiamos esa misma idea es el fundamento del régimen político. Nótese, en ese sentido, el intenso paralelismo entre quienes pueden ejercer el derecho de voto censitario y quienes se expresan a través de la prensa: en ambos casos se exigen nivel de renta y conocimientos culturales —en una Constitución en la que ha desaparecido el derecho a la educación— como requisito legitimador.

Por ello, la libertad de imprenta aparece en el texto constitucional de 1837 con una garantía específica: los jurados para la calificación de los delitos de imprenta. Se trata de que, dada la importante función política de la libre expresión y publicación de ideas, sean los propios ciudadanos los que decidan acerca del abuso o no del derecho en cada caso concreto. El jurado es la expresión judicial de la nación, que se impone incluso frente a los poderes creados por la Constitución. Ésa es casi la única protección que le queda en este sistema constitucional a la libertad de prensa. El resto de derechos de la Constitución, como la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio o la propiedad, carecen de esta garantía; son en sí límites al legislador pero éste puede suspenderlos en circunstancias extraordinarias. Y si la libertad de prensa se garantiza especialmente no es en cuanto derecho de la nación, sino como fundamento de la organización política. Puede pensarse que hoy día, la función democrática de la información sigue siendo la razón de su especial protección constitucional. Lo que varía, sin embargo, es la pretensión de sustituir con ello el principio de igualdad y la participación democrática en la formación de la voluntad del Estado.

En el terreno más práctico, en octubre de 1837 se dicta la ley de prensa llamada a desarrollar la disposición constitucional. A la par que la organización y publicidad de los jurados, se establece el depósito previo de periódicos, se otorga a los gobernadores civiles la facultad de suspender las publicaciones que atentaran contra el orden jurídico y, sobre todo, se aumenta la fianza exigida para editar periódicos. A todas luces, de lo que se trata es de orientar el derecho de la información a su función política elitista, evitando que se use como derecho de la personalidad por todos los ciudadanos o, peor aún, como instrumentos de agitación social.

B) LA CONSTITUCIÓN DE 1845

Artículo 2.º Todos los españoles pueden imprimir y publicar libremente sus ideas sin previa censura, con sujeción a las leyes.

En 1844 se decide cambiar la Constitución vigente. Esta vez se trata formalmente de elaborar una nueva constitución y sin embargo muchos artículos y el propio índice

quedan prácticamente inalterados. Aun así, se presenta como una nueva norma fundamental; básicamente porque se cambia la persona del constituyente: ya no es la nación soberana quien se otorga a sí misma una Constitución, sino que ésta surge de la voluntad conjunta del rey y las Cortes. Son el monarca y el Parlamento los que crean la Constitución, y no al contrario; así que difícilmente podrán quedar estos poderes vinculados por la norma elaborada. De hecho, tampoco queda clara la posición de la propia Constitución dentro del ordenamiento jurídico. No se incluye ningún procedimiento para la reforma constitucional, y no es tanto porque cualquier ley pudiera modificarla como porque dada su escasa fuerza jurídica parecía poco necesario incluir ningún cambio.

La nueva concepción se aprecia inmediatamente en la formulación del reconocimiento de la libertad de prensa. Se mantienen la misma posición y el mismo tenor del artículo con la única supresión de la alusión a los jurados. Pero con ello se está terminando con la garantía del derecho. La libertad de prensa se podía imponer a los poderes constituidos del Estado a través de los jurados ciudadanos. Sin ellos, el resultado es que el reconocimiento del derecho no conlleva ningún mecanismo para que lo haga realmente eficaz frente a las limitaciones que quiera introducir el poder. Así que el derecho se reconoce pero no se asegura que pueda ejercerse efectivamente, ni se establecen garantías que eviten su violación por el Estado.

Y efectivamente, al amparo de esta falta de normatividad, la libertad de prensa se va restringir muy pronto. En 1851 el Estado firmará un concordato con la Santa Sede por el que se introduce un efectivo sistema de censura para los escritos que traten «sobre el dogma».

C) LA CONSTITUCIÓN Y EL ACTA ADICIONAL DE 1856

Artículo 1.º La calificación de los delitos de imprenta corresponde á los jurados, salvas las excepciones que determinen las leyes.

A partir de 1854 se produce en España un movimiento de vuelta hacia los principios de la Constitución de 1837. En un primer momento se elabora un nuevo texto constitucional, al que se van a añadir unas «bases de leyes orgánicas». La idea general es similar a la de 1837. En cuanto a la libertad de imprenta, se reintroduce parcialmente el jurado y se prohíbe la censura previa: «no se podrá secuestrar un impreso hasta después de haber empezado a circular». Las *Bases Orgánicas de la Ley de Imprenta* regulan las garantías de esta libertad, en qué casos intervienen los jurados, cuáles son las expresiones prohibidas por atentar contra el honor o la honra de instituciones. Establecen la censura de publicaciones religiosas y la responsabilidad en cascada de editores e impresores. Sin embargo, ni la Constitución ni las bases llegan nunca a entrar en vigor efectivamente, disolviéndose las Cortes constituyentes al poco de su elaboración.

Lo que se saca entonces es un acta adicional a la Constitución de 1845 —que se ha vuelto a declarar en vigor— con la que se pretende devolverle el espíritu de 1837. La reintroducción del jurado par los delitos de imprenta, a la que se dedica el primer

artículo del acta, tiene, como se ha visto, un sentido que trasciende a esta libertad. Sin embargo, la vigencia de este documento es de apenas un mes. Lo que interesa destacar es la dualidad del concepto de Constitución y del de derechos a lo largo de todo el período, en función del vaivén político de la sociedad. La lucha por cada una de las dos opciones en juego se plasma siempre en la configuración de la libertad de información y expresión impresa, de modo que ambas perspectivas comparten una idea similar acerca de la centralidad de la opinión pública liberal en todo el sistema político. Como ejemplo baste señalar que, a lo largo de toda esta etapa, la pertenencia a los jurados de prensa va a estar siempre restringida a ciertos ciudadanos, en razón de su renta personal; aunque varíe a qué ciudadanos en concreto se les permite integrarse en ellos, siempre está reservado para los máximos contribuyentes de cada provincia.

La otra modificación que se intenta en 1856 evidencia un creciente poder del Parlamento: los jurados no pueden intervenir en todos los casos, sino que de nuevo se entrega el ejercicio del derecho a la voluntad del legislador. Se permitirán excepciones a la jurisdicción del jurado cuando lo establezca la ley. Es un ejemplo perfecto de la identificación «natural» entre democracia y Parlamento que impregna todo el derecho constitucional durante el siglo XIX y parte del XX.

3. LA CONSTITUCIÓN DE 1869: EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

En 1868 se produce una revolución social y constitucional. Queda abolida la dinastía reinante y se promulga una Constitución que, en cuanto a su concepto, resultará trascendental en nuestra historia. Se trata de la primera Constitución verdaderamente contemporánea de que se dota España. Toda ella descansa sobre los derechos, que así cobran una importancia superior a la que nunca antes habían tenido como configuradores del orden social.

Inmediatamente tras la revolución de 1868, surgen juntas locales y provinciales que asumen provisionalmente el poder. Lo primero que hacen muchas de ellas es aprobar sus propias declaraciones de derechos; prefiguran ya un planteamiento que a las Cortes constituyentes convocadas no les quedará más remedio que asumir. De hecho, junto a la convocatoria de Cortes, el Gobierno provisional, antes de la propia Constitución, dictará distintos decretos reconociendo y garantizando ciertas libertades —como el sufragio universal— que se consideran dogmas fundamentales del nuevo sistema político. Uno de los primeros es, precisamente, el decreto sobre libertad de expresión de 23 de octubre de 1868. Le siguen otros sobre derecho de asociación y manifestación, libertad individual, inviolabilidad del domicilio.

A) EL SENTIDO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1869

Artículo 17. Tampoco podrá ser privado ningún español:

Del derecho de emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta ó de otro procedimiento semejante.

Del derecho de reunirse pacíficamente.

Del derecho de asociarse para todos los fines de la vida humana que no sean contrarios á la moral pública; y por último

Del derecho de dirigir peticiones individual o colectivamente á las Córtes, al Rey y á las autoridades.

Artículo 22. No se establecerá ni por las leyes ni por las Autoridades disposicion alguna preventiva que se refiera al ejercicio de los derechos definidos en este título. Tampoco podrán establecerse la censura, el depósito ni el editor responsable para los periódicos.

La Constitución aparece basada en la soberanía popular. Su primer título regula las normas «de los españoles y sus derechos». La Comisión constitucional explicará sin ambages que ya no resulta satisfactoria la idea de que todos los derechos se resumen en la libertad general de imprenta y el derecho de sufragio restringido. En vez de ello, la nueva norma prefiere desarrollar toda una serie detallada de derechos de los ciudadanos. Más importante que la descripción de los nuevos derechos es la filosofía que se esconde tras ellos y que implica importantes efectos jurídicos.

El artículo 17 es un buen ejemplo de todo lo que se acaba de decir. El numeral demuestra que la libertad de imprenta ha dejado de ser el eje sobre el que se quiere hacer girar la democracia. La reunión de otros derechos en el mismo artículo recalca esta idea de que la libre información y expresión escrita es uno más entre otros derechos igualmente importantes. Ha cambiado su significado político por otro más personal. Pero lo que más interesa es el encabezado: «tampoco podrá ser privado ningún español». Sólo puede privarse a las personas de aquello que previamente se posee; o sea, ahora los derechos se consideran anteriores a la Constitución. La idea es que las personas, por el hecho de serlo, tienen unos derechos innatos dentro de la comunidad política. La Constitución tienen que encargarse de asegurar estos derechos para que no resulten vulnerados, pero ella no los crea. Por eso ya no se habla de libertades, sino de derechos exigibles y garantizados. Y estos derechos, no son una concesión que el poder graciosamente otorga a sus ciudadanos; son la base del sistema político que permite al poder constituirse en sí mismo. En fin, se deja claro que además de los derechos reconocidos constitucionalmente pueden existir otros, igualmente protegibles. Ésta concepción es profundamente moderna. De hecho, hasta hace muy poco tiempo no puede decirse que se haya recuperado finalmente la misma y por fin se esté haciendo realidad.

Una consideración especial merece ese delicioso artículo 22 de la Constitución. No solamente es una de las primeras llamadas de atención que históricamente se hacen frente a los posibles excesos del Parlamento, sino que inaugura el concepto contemporáneo de libertad de información. Impone todos los poderes —incluido el legislativo— una limitación muy específica: no caben disposiciones preventivas. ¿Qué significa eso? Pues que cualquier limitación a la libertad de expresión o información debe hacerse *tras* la publicación o difusión del texto en cuestión. La diferencia entre un derecho fundamental innato y un derecho cualquiera otorgado por la ley está en que los derechos fundamentales sólo pueden sancionarse una vez exteriorizado el modo concreto en que se ejercerán en cada ocasión. Hay que esperar a ver qué se dice o qué se publica exactamente para decidir si implica un daño para otros derechos (la reputación, por ejemplo) o bienes (el orden público, por ejemplo).

Evidentemente, dentro de la misma construcción ideológica, a cada derecho la Constitución le añade garantías específicas y generales. Así, se establece la necesidad de mandato judicial para intervenir ciertos derechos; se fija un plazo máximo de detención; o un procedimiento para el registro domiciliario; o la reserva de ley para fijar los tributos. Para la libertad de imprenta, la garantía es la interdicción de censura previa. Tanto de la censura en sí, como del depósito previo de obras en dependencias oficiales y de la responsabilidad de los editores de periódicos, que son formas encubiertas de provocar la autocensura. Esta última alusión a los periódicos acerca la libertad de imprenta al actual derecho a la información. En 1869 se unen ya libertad de imprenta y libertad de expresión en un mismo artículo constitucional, al modo actual, pero hay evidencia de que dentro de la primera se quiere proteger específicamente la libertad de los medios de comunicación, sin limitarse, siquiera, a la imprenta.

De la eficacia práctica de todo esto, poco puede decirse. Sí conviene matizar que la generalización de los derechos tiene en sí grandes límites, el principal es la dudosa aplicabilidad a la mujer de todos los derechos constitucionales. Sobre este tema, la Constitución calla, pero en la práctica nunca se considera contrario al orden constitucional la limitación de derechos, incluida la libertad de expresión, a las personas de sexo femenino. En realidad, las mujeres quedan sometidas civilmente a la tutela de sus padres o maridos. Por otro lado, el período de vigencia de la propia Constitución es demasiado breve como para que fuera desarrollada en su totalidad; no supera los cinco años.

B) LA REACCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1876

Artículo 13. Todo español tiene derecho:

De emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta ó de otro procedimiento semejante, sin sujeción a la censura previa.

De reunirse pacíficamente.

De asociarse para los fines de la vida humana.

De dirigir peticiones individual o colectivamente al Rey, á las Cortes y á las Autoridades.

El derecho de peticion no podrá ejercerse por ninguna clase de fuerza armada.

Tampoco podrán ejercerlo individualmente los que formen parte de una fuerza armada, sino con arreglo á las leyes de su instituto, en cuanto tenga relacion con éste.

En el tránsito de 1874 a 1875 se reinstaura la dinastía borbónica en España. La Constitución de 1869 ha quedado militarmente suspendida un año antes y el ambiente político es de vuelta a la tradición anterior; sin embargo, gran parte de camino andado no tiene retorno. La nueva Constitución va a ser mucho más parecida a la revolucionaria que a la del 1837. De hecho, materialmente, parece con frecuencia más una reforma constitucional que un nuevo texto. Sí es nuevo el concepto general: al iniciarse el proceso constituyente, en 1875, se autoriza expresamente a la prensa para discutir las cuestiones constitucionales. Si hace falta autorización, queda claro que la libertad de imprenta ha dejado de considerarse ya como un derecho vigente de los ciudadanos.

Como se ve en el artículo 13, los derechos se van a regular ahora con un texto

parecido pero una concepción diferente. La Constitución otorga el derecho, lo crea. Se suprime la frase introductoria de 1869. En esta larga época (la nueva Constitución va a estar cuarenta y siete años en vigor) los derechos nacen de la ley, de manera que la ley puede alterarlos y limitarlos. Ya no son un freno al poder, sino una concesión del poder. En definitiva, la Constitución no se hace tanto para limitar al poder como para limitar a la sociedad. Respecto a la propia libertad de información, desaparece la regulación minuciosa de garantías, aunque se mantiene la interdicción de censura previa, salvaguarda que desaparece para el resto de libertades. De cualquier manera, si los derechos pierden su carácter originario, y quedan a disposición del legislador, el reconocimiento constitucional pierde interés a la hora de analizar el funcionamiento de la libertad de información. Habrá que acudir a la ley de imprenta, de julio de 1883, para descubrir el grado de libertad informativa durante este período.

Y esta ley establece, entre otras cosas, el depósito previo de impresos ante alcaldías y gobiernos civiles y un sistema de responsabilidad múltiple de autores, directores, editores e impresores aplicable a los periódicos. Se trata de la mismas instituciones prohibidas en 1869. Así, la declaración constitucional de derechos pierde mucha de su virtualidad. Ya se ve que los derechos, cuando no están garantizados, no son realmente derechos. Por otro lado, si es cierto que la Ley de 1883 al menos termina con la jurisdicción específica para delitos de imprenta e introduce instituciones como el derecho de rectificación, también lo es que, en especial a través de la regulación de los requisitos exigidos para fundar un periódico, la tendencia es asegurar el control de la prensa por las élites sociales. En un panorama político caciquil y clientelista, es fácil deducir que con la regulación de la imprenta no se quiere proteger realmente un derecho del ciudadano sino, sobre todo, un instrumento de poder de las clases dominantes.

4. EL ANTECEDENTE HISTÓRICO DE LA SEGUNDA REPÚBLICA

En lo relativo al concepto de Constitución y de derechos, el antecedente inmediato del sistema actual es el diseñado por la Constitución republicana de 1931. En estos terrenos, la experiencia de la Segunda República española ha marcado también decisivamente la evolución jurídica de muchos de los países de nuestro entorno. Se trata de una Constitución que rompe radicalmente con el modelo anterior. Se quiere que la Constitución en sí sea norma jurídica, aplicable y cuya vulneración no quede sin sanción. Los derechos, y entre ellos el sufragio realmente universal, le dan al texto la legitimidad necesaria para imponerse sobre los poderes constituidos. Sobre este modelo, con la experiencia europea de la posguerra, se elaborará luego la Constitución vigente en la actualidad.

A) LA CONSTITUCIÓN DE 1931

Artículo 34. Toda persona tiene derecho a emitir libremente sus ideas y opiniones, valiéndose de cualquier medio de difusión, sin sujetarse a la previa censura.

En ningún caso podrá recogerse la edición de libros y periódicos sino en virtud de mandamiento de juez competente.

No podrá decretarse la suspensión de ningún periódico, sino por sentencia firme.

Se trata esta vez de un texto radicalmente original que no se inspira en ninguno de los anteriores. El ordinal del artículo sobre las libertades de expresión e imprenta da idea de su situación topográfica; el de los derechos no es en este caso el primero de los títulos de la Constitución, sino que antes se resuelven cuestiones básicas respecto a la definición del Estado. De ese modo se quiere insertarlos en un marco jurídico garantizado. Y el primer derecho de todos es el de la igualdad, esta vez general y excluyendo la discriminación por razón de sexo. La Constitución incluye, igualmente, un sistema de jurisdicción constitucional que permite anular cualquier norma que se oponga a ella. El resultado es que los derechos vuelven a ser derechos fundamentales, con contenido jurídico y garantizados universalmente frente al poder del Estado.

Sin embargo, la Constitución va a estar en vigor durante una época socialmente muy tormentosa. Ello va a determinar la regulación específica de la libertad de información. Eso sí, los límites que se le imponen, aunque en ocasiones excesivos y más propios de una situación de excepción, se justifican siempre en la protección de otros derechos constitucionales. En octubre de 1931 se dicta una ley de defensa de la República que seguirá en vigor tras la promulgación de la Constitución. En ella se prohíben la difusión de noticias que quebranten el orden público y las que redunden en menosprecio de las instituciones del Estado. Se autoriza al Ministro de Gobernación para la suspensión de los medios de comunicación que no respeten dichas prohibiciones. En cinematografía se mantiene la obligación de someter todas las películas a previa censura, y en radiodifusión se establece el sistema de servicio público que regirá durante la mayor parte de este siglo. Pese a las deficiencias democráticas de toda esta regulación, no hay que olvidar que el derecho a la información aparece, hasta la actualidad, como el único para el que la Constitución y las declaraciones internacionales establecen apriorísticamente límites expresos. En este sentido la idea general de la Constitución de 1931 es suficientemente garantista aunque no se llegue a aplicar de manera excesivamente rigurosa ni coherente. La exclusión de la cinematografía, por ejemplo, del ámbito protegido de la libertad de información demuestra cierta dificultad para encarar la evolución social con el nuevo ordenamiento republicano.

B) LA ÉPOCA FRANQUISTA

El período de dictadura franquista suele excluirse de los estudios de historia constitucional. En verdad, no hubo entre 1939 y 1978 ningún texto que pudiera merecer tal título. El Estado se organiza sin Constitución escrita. Se organiza basándose en relaciones de mera fuerza, poder alegal, pero también, progresivamente, a través de leyes. Que por encima de estas leyes va a haber siempre un poder desvinculado y autónomo es indudable, pero también es cierto que la mayor parte del funcionamiento estatal se atuvo siempre a estas normas de que se iba dotando

autónomamente. Merece por ello la pena, al menos, trazar una perspectiva de la manera en que configuraban la libertad de información.

La primera ley franquista de prensa se dicta cuando aún la guerra civil no ha terminado, en abril de 1938. Se hace con la intención expresa de poner la información al servicio del Estado, entendiéndola como una institución nacional. Así, el concepto de libertad de prensa pierde en sí mismo todo sentido. La información es ahora algo que organiza y controla el Estado, aunque siga financiada con capital privado. La concepción que subyace tras una regulación basada en estos presupuestos no deja lugar a dudas; se trata de la abolición de los derechos de los ciudadanos. Ni siquiera se convierten en facultades otorgadas libremente por el poder, sino que se niega su existencia misma. La libertad individual, en el Estado fascista, se sustituye por la obediencia a los dictados de un líder supremo. No hace falta insistir más en el que va a ser el contenido de la ley: designación estatal de los directores de medios de comunicación, censura institucionalizada, regulación estatal del número y extensión de medios de comunicación.

Este sistema va a estar en vigor durante la mayor parte del franquismo. En 1945 se promulga el «Fuero de los españoles», un remedo de Constitución cuyo artículo 12 reconocía la libertad de expresión. Sin embargo, con ello —se trata de una mera declaración retórica sin efecto jurídico ninguno— no se interrumpe la vigencia de la Ley del 1938. En realidad, tan sólo en la última etapa del régimen, a partir de 1966 cambian relativamente las cosas. En ese año se dicta una nueva ley de prensa. En el panorama represivo de la época, aparece como ley liberalizadora, pero sólo puede serlo muy relativamente, en ausencia de verdaderos derechos de los ciudadanos.

El principal cambio de 1966 es que se admiten los medios de comunicación privados. Se mantiene un férreo control estatal, pero pasa a ser una actividad organizada por los ciudadanos en vez de directamente por el Estado. Se permite la creación de periódicos y publicaciones aunque sometidos a amplias limitaciones estatales en cuanto a los contenidos transmitidos. Se fijan condiciones restrictivas para poder ser director de un medio y se establece un sistema complicado de sanciones administrativas. En fin, se suprime la censura previa pero se establece la posibilidad de secuestro administrativo. Todo ello, además, no queda nunca garantizado plenamente. En un régimen dictatorial la prevalencia del derecho sobre la política o la mera arbitrariedad es siempre muy relativa. Más aún, sin una Constitución garantizada jurídicamente en la que se incluyan los derechos fundamentales de los ciudadanos; sólo cabe hablar de leyes que limitan a las personas, pero no hay límites para las propias leyes.

El sistema franquista de información empieza a caer en 1977, junto con la apertura del proceso constituyente. Hasta su finalización, con la promulgación en 1978 de la Constitución no puede hablarse realmente en España de libertad de información. El elemento que marca definitivamente la diferencia entre el régimen franquista y el actual es el control apriorístico de las informaciones. El triunfo del sistema democrático no se plasma en la libertad de informar sobre cualquier cosa y de cualquier manera: bien al contrario, el reconocimiento constitucional de la libertad de

información se hace insistiendo en sus límites. Una diferencia indudable es que antes de 1978 el parámetro para la corrección de una información eran los intereses del régimen mientras que actualmente sólo los bienes constitucionalmente protegidos pueden llevar a limitar la libertad de informar. No obstante, la gran diferencia es que hasta 1978 el poder público podía controlar los contenidos de la información antes de su publicación. Es decir, que el Estado se inmiscuía a través de mecanismos represivos y de censura, en el momento mismo de la elaboración de las informaciones y en la conciencia de los periodistas. La censura o el cierre de medios de comunicación aseguraban, precisamente, en los últimos tiempos el control sobre los que se estaba aún elaborando. En cambio, en la actualidad, el principio esencial es que sólo después de la publicación, cuando ya ha terminado el proceso creativo como plasmación de la conciencia individual, pueden castigarse los daños producidos por las informaciones. De esa manera se respeta tanto al individuo informador como a los posibles perjudicados por sus expresiones.

BIBLIOGRAFÍA

Ante todo, el libro de Bartolomé CLAVERO, *Manual de historia constitucional de España*, Alianza Editorial, Madrid, 1989, es una obra básica para acercarse al constitucionalismo histórico. Del mismo modo, más tradicional, Luis SÁNCHEZ AGESTA, *Historia del constitucionalismo español*, IEP, Madrid, 1964; Joaquín TOMÁ VILLAROYA, *Breve historia del constitucionalismo español*, Planeta, Barcelona 1974.

También pueden consultarse el librito, muy completo y específico, de Emilio LA PARRA LÓPEZ, *La libertad de prensa en las cortes de Cádiz*, NAU llibres, Valencia, 1984. Más actual, *El Nacimiento de la Libertad de Imprenta*, ELISABEL LARRIBA y FERNANDO DURÁN LÓPEZ (ed.), Silex Ediciones, 2013. De manera más tradicional, pero centrados en el régimen jurídico de la prensa, Pedro FARIAS GARCÍA, *Libertades públicas e información (Esbozo histórico)*, Eudema, Madrid, 1988; Enrique GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, *Aproximación histórica al derecho de la imprenta y de la prensa en España (1480-1966)*, Madrid, 1977.

En el ámbito más genérico de la historia del periodismo, pueden verse María CRUZ SEOANE, *Historia del periodismo en España*, Alianza Editorial, Madrid, 1983; Pedro GÓMEZ APARICIO, *Historia del periodismo español*, Editora Nacional, Madrid, 1967.

En cuanto a los textos de las constituciones históricas españolas puede usarse la recopilación de Jorge DE ESTEBAN, *Las Constituciones de España*, Taurus, Madrid, 1990; o la de Raquel RICO LINAJE, *Constituciones históricas. Ediciones oficiales*, USE, Sevilla, 1994.

¹ Bartolomé CLAVERO, *Manual de historia constitucional de España*, Madrid, 1989, p. 15.

² Vid. Emilio LA PARRA, *La libertad de prensa en las Cortes de Cádiz*, Valencia, 1984, pp. 69 ss.

LECCIÓN TRES

LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

SUMARIO: 1. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN.—A) *Teorías sobre la distinción.*—B) *La construcción tradicional y su crítica.*—C) *Criterios de distinción.*—2. BREVE REFERENCIA AL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.—3. EL VALOR JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN.—4. EL CONTENIDO PRESTACIONAL DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN. MEDIOS PÚBLICOS Y PRIVADOS.—5. LOS TITULARES DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN.—6. BREVE EXCURSO SOBRE LAS PECULIARIDADES DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN EN LAS «REDES SOCIALES» Y A TRAVÉS DE INTERNET.—BIBLIOGRAFÍA.

1. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN

El artículo 20.1 de la Constitución española distingue entre libertad de expresión y libertad de información. La primera aparece en el apartado *a)* y la segunda en el *d)*. En principio, pues, se formulan como dos derechos distintos. Sin embargo, por una cuestión ontológica, expresión e información se concretan a través de una misma realidad práctica que es la comunicación. Esta confusión material ha llevado a parte de la doctrina científica a plantearse hasta qué punto la libertad de información es un derecho diferenciado de la de expresión. La discusión tiene trascendencia, porque de ella depende que tengan el mismo régimen jurídico o no. Es decir, que si son un mismo derecho compartirán unos mismos límites, estarán sometidos a idénticos requisitos y serán idénticas su finalidad constitucional y, en consecuencia, su eficacia jurídica frente a otros derechos.

A) TEORÍAS SOBRE LA DISTINCIÓN

Idealmente, son posibles tres posturas teóricas para definir la relación entre libertad de expresión y libertad de información: aceptar que ambas integran un mismo y único derecho, del que serían manifestaciones diferenciadas; entender que ambas parten de una misma base pero con el tiempo se han ido diferenciando en cuanto a régimen jurídico; o considerar, por último, que se trata de dos derechos absolutamente diferentes. Veamos, para aclarar las dudas, qué ha dicho sobre ello el Tribunal Constitucional.

La Sentencia 6/1981 fue la primera en la que nuestro Alto Tribunal tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza del derecho a la información, de ahí el interés en saber cómo lo define en esa ocasión:

FJ4: 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, e incluso frente a la propia 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 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 embargo, por el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social.

Resulta curioso este primer planteamiento del Constitucional. La libertad de expresión aparece como la base; un derecho fundamental a la manera «tradicional» que da cobertura a todos los demás. El derecho a comunicar información, en cierto sentido es «una simple aplicación concreta» de esta libertad. Por su parte, el derecho a recibir información es «en rigor una redundancia». De esta forma se vendría a destruir la autonomía conceptual de los tres derechos aludidos, unificándolos alrededor de la libertad de expresión. La imagen que se quiere construir es que la libertad de expresión supone un todo, un conjunto genérico en el que se incluye cualquier acto comunicativo posible. Dentro de éste habría un área más específica, más especializada, para el caso de que consista en la transmisión de información veraz, que sería lo que se denomina libertad de información. Una manifestación redundante y obvia de este tipo específico de libertad de expresión sería el derecho a recibir información. Decir que un derecho fundamental es obvio significa que, aunque no apareciera explícito en la Constitución, estaría en todo implícito en ella y podría ser aplicado por los tribunales.

La finalidad de esta construcción de la jurisprudencia constitucional no es sino justificar —como se verá— que puesto que se trata de una sagrada trinidad de derechos (son tres en uno) los tres tienen unos mismos titulares: todos los ciudadanos; cualquier ciudadano puede ejercer por igual la libertad de información sin que los periodistas tengan una legitimidad específica para reclamar mayor garantía de su derecho que el resto. Además, puesto que la libertad de expresión se entiende como «derecho de libertad» así han de ser también los otros dos, pues todos compartirían un mismo régimen constitucional. Sin embargo, desde el punto de vista teórico, esta construcción resulta muy discutible. Empezando por el final, el derecho a la información de los receptores no es una redundancia. Que se reconozca el derecho a informar no quiere decir que se reconozca a la vez el derecho a recibir, a no ser que se diga expresamente: o sea, que los receptores existen es obvio; que tengan un derecho no. En cuanto a la integración de derecho a transmitir información dentro de la libertad de expresión, basta echar un vistazo a cualquier Sentencia posterior del Tribunal Constitucional para desmentir la idea. Aunque en la STC 6/1981 parece apostar por la unificación dogmática de los tres derechos aludidos, muy pronto adoptará la postura de la independencia conceptual de cada uno de ellos.

Para entender cabalmente la que era la primera opinión del juez constitucional

conviene observar un comentario que incluye el texto reproducido, acerca de la evolución histórica de la diferenciación entre libertades de expresión e información. Interesa porque refleja la manera en que gran parte de la doctrina científica española entiende la distinción entre ambos derechos. En la Sentencia se hablaba de que sólo recientemente ha adquirido entidad propia el derecho a la información, y ésta es una idea muy extendida que sustenta todo un modo de entender su ámbito de actuación frente a la libertad de expresión.

B) LA CONSTRUCCIÓN TRADICIONAL Y SU CRÍTICA

En la concepción más ortodoxa, se suele decir que la libertad de expresión es un derecho «de primera generación». Es decir, que se trata de uno de los derechos fundamentales cuyo reconocimiento permitió el nacimiento mismo del Estado. Sin libertad de expresión, se dice, hubiera sido imposible terminar con el antiguo régimen y pasar a la primacía del Estado constitucional. En este sentido, históricamente fue un *prius* para el reconocimiento de muchos otros derechos. Actualmente sería algo tan obvio que casi ni haría falta explicitarlo en la Constitución: en cuanto base del Estado no cabe ninguna discusión sobre su vigencia. Desde esta perspectiva todas las características de la libertad de expresión se deducen de su sentido primigenio.

En el siglo pasado, la libertad de expresión parecía un logro del Estado democrático. Por ello se habría caracterizado como un derecho típico de aquella época: sería una manifestación directa de la libertad de *conciencia* individual que garantizaría la posibilidad de defender las *opiniones personales*. Su sentido primordial sería pues el de *garantía individual* frente a las injerencias estatales. A eso suele llamársele «derecho de libertad», en el sentido de que consiste básicamente en un *mandato de interdicción* al Estado y a los particulares, en una prohibición de que obstaculicen la libre expresión. El objetivo sería crear un ámbito de libertad en el que el individuo pueda ejercer por sí solo el derecho.

Frente a esto, si seguimos con la teoría histórico-dualista, el derecho a comunicar y recibir información sería algo así como la adaptación de la libertad de expresión al constitucionalismo contemporáneo. Un derecho, «de última generación» en la misma terminología que se usó antes. Sus características serían esencialmente las contrarias a las que se han dicho de la libertad de expresión. No sería tanto reflejo de la libertad de conciencia como de la necesidad de *concienciación* de la sociedad. Por tanto su ejercicio sería básicamente *colectivo*, como garantía de la *opinión pública*, más que de la opinión personal. No se trataría tampoco de un derecho de libertad, sino de un «derecho de prestación», por el que no se obliga al Estado a mantenerse al margen, sino a *intervenir activamente* para garantizar un flujo de información libre. En definitiva, se trataría de la adaptación a la idea de Estado Social de la libertad de expresión, que se quedaría en el terreno del Estado Democrático. Eso justificaría también una mayor protección del derecho a comunicar o recibir información, producto de su sentido expansivo frente a las amplias posibilidades de limitación de la libertad de expresión.

Este dualismo resulta sugerente y puede servir para entender la dinámica interna de la libertad de información. Sin embargo, implica una categorización inadecuada para explicar la complejidad del régimen jurídico de los derechos fundamentales en la Constitución actual. Independientemente de que lo que se dice en la Sentencia acerca de la historia constitucional resulta cuanto menos discutible y de la entidad propia de la libertad de prensa durante todo el siglo pasado, la teoría que subyace no explica adecuadamente la relación entre los dos derechos. Las etapas de la evolución de los derechos —que son también etapas en la evolución del concepto de Estado y del de Constitución— no han provocado que convivan derechos de generaciones distintas con ámbitos de eficacia distinta. Simplemente han llevado a que los derechos se vayan sumando a las declaraciones en aluvión, por grupos; pero afectan a cuáles son los derechos, no a cómo se aplican. Todos los derechos actuales tienen rasgos de cada etapa histórica. Así, puede decirse que tanto la libertad de expresión como el derecho a comunicar o recibir información tienen un aspecto de «derecho-libertad», es decir un ámbito en el que los demás ciudadanos y los poderes públicos han de abstenerse y dejar hacer, y otro aspecto de «derecho-prestación», es decir un ámbito en el que los poderes públicos han de intervenir activamente para optimizar la eficacia del derecho. En ciertas ocasiones la libertad de expresión podrá consistir en una actuación positiva del Estado, proporcionando medios para facilitar que los ciudadanos puedan ejercerla. En otras ocasiones, el derecho a transmitir información consistirá en que los poderes públicos no interfieran en la libre acción del periodista. Todos los derechos son parcialmente de abstención estatal, de libertad y de prestación.

Por tanto, la diferenciación entre libertad de expresión y libertad de información no puede encontrarse en su naturaleza como derechos fundamentales, que es la misma. En lo que son diferentes es en su objeto. Uno protege la emisión de *juicios de valor* y opiniones, el otro la transmisión de datos y *hechos ciertos*, y ésta es su esencia y la razón de que ambos tengan que aparecer en la Constitución. Tal distinción conceptual entre ambos queda muy clara, por ejemplo, en la STC 6/1988:

FJ5: el recurrente funda su petición de amparo tanto en la libertad de expresión, consagrada por el art. 20.1.a) de la Constitución, como en el derecho a la información reconocido en el apartado 1.d) del mismo artículo; cita conjunta que obliga a dilucidar cuál de los dos derechos o libertades se encuentra en juego en el presente caso, pues es lo cierto que, aunque algunos sectores doctrinales hayan defendido su unificación o globalización, en la Constitución se encuentran separados. Presentan un diferente contenido y es posible señalar también que sean diferentes sus límites y efectos, tanto *ad extra* como *ad intra*, en las relaciones jurídicas, especialmente las de carácter laboral, en que quien ejerce el derecho fundamental se puede encontrar unido con otras personas. En el artículo 20 de la Constitución la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor. El derecho a comunicar y recibir libremente información versa, en cambio, sobre hechos o, tal vez más restringidamente, sobre aquellos hechos que pueden considerarse noticiables.

Poco más puede decirse sobre esto. Es evidente que son derechos diferentes y que para existir, ambos tienen que aparecer expresamente recogidos en el texto constitucional. Sólo constatar que a partir de esta distinción no cabe defender que la libertad de expresión esté constitucionalmente menos protegida que la de información. Si se entiende por protección la capacidad de resistencia en caso de

conflicto con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, hay que señalar que estos conflictos se resuelvan amparando el derecho más trascendente para el ordenamiento constitucional y sacrificando el más irrelevante. Así, *a priori* ambas libertades gozarán de la misma protección, siempre que sirvan para cumplir objetivos constitucionales de primer rango. En la medida en que el ejercicio de la libertad de expresión resulte en un caso determinado esencial para el desarrollo del Estado democrático y social de derecho, resultará privilegiado frente a otros bienes en conflicto.

Conviene señalar, sin embargo, que recientemente vuelve a abrirse paso entre la doctrina la opinión de que se trata de manifestaciones de un mismo derecho, algo así como la «libertad global de comunicar». Esta tendencia está muy vinculada a una concepción de los derechos fundamentales como meros principios generales, desprovistos de un contenido normativo concreto, que sólo son eficaces de manera residual y mediante la intervención de un juez que decida en cada caso si merece la pena protegerlos o sacrificarlos. Afortunadamente, esta línea doctrinal no ha sido acogida por el Tribunal Constitucional, que de manera constante insiste en la necesidad de diferenciar claramente entre libertad de expresión y de información (así, SSTC 101/2003, 126/2003, 139/2007). Puede decirse que la doctrina actual del Tribunal Constitucional al respecto es la que sintetiza la STC 29/2009:

la necesidad de distinguir conceptualmente entre los derechos que garantizan la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (entendidas como concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor), y el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de hechos que merecen ser considerados noticiables. Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades: mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su misma naturaleza, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional que, en el texto del art. 20.1.d) CE, ha añadido al término «información» el adjetivo «veraz» (FJ 2).

C) CRITERIOS DE DISTINCIÓN

Una vez constatado que se trata de dos derechos diferentes, hace falta conocer el modo en que se distinguen. En especial debido a que ambos, como dijimos, se ejercen a través de un mismo fenómeno que es la comunicación. Puesto que el criterio diferenciador se basa en *el objeto* de cada derecho, las situaciones más problemáticas responderán a la posible confusión entre hechos y noticias. Es una cuestión que también trataba la STC 6/1988:

Es cierto que, en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión. Ello aconseja, en los supuestos en que pueden aparecer entremezclados elementos de una y otra significación, atender, para calificar tales supuestos y encajarlos en cada uno de los apartados del artículo 20, al elemento que en ellos aparece como preponderante.

A este razonamiento se lo conoce como «criterio de la preponderancia». La preponderancia no es un criterio cuantitativo o topográfico. No se descubre a partir de la extensión respectiva de opinión e información dentro del texto de una noticia. El aspecto valorativo puede ocupar muchas más líneas de una información y no ser, por ello, predominante frente al aspecto informativo. Lo preponderante no es lo mismo que lo externamente dominante. A lo que alude el concepto, en realidad, es a una relación de subordinación finalista: se trata de investigar si —desde un punto de vista lógico y con una perspectiva general de la noticia en sí y en su entorno— la información se transmite como excusa para una finalidad puramente valorativa o si, por el contrario, los elementos valorativos se incluyen para facilitar la transmisión y la comprensión de los hechos noticiables. Es una cuestión de intención del autor. Cuando se busque transmitir un juicio de valor apoyado en hechos lo preponderante será la opinión y podrá ser ejercicio, exclusivamente, de la libertad de expresión. Cuando se pretenda transmitir información acerca de unos hechos, pero se realice de manera valorativa, será ejercicio de la libertad de información.

Podría pensarse que el criterio de la preponderancia avanza poco en la búsqueda de un verdadero criterio distintivo entre las dos libertades en juego, pero es porque en realidad se trata de una separación que ha de hacerse caso por caso y en la que, por tanto, no cabe establecer *a priori* normas fijas y generales. De lo que se trata es de saber cómo deben operar los órganos judiciales a la hora de deslindar información y opinión. Aclarar que se ha de acudir predominantemente a la intención del autor —deducida del texto o la imagen transmitidos, en sí mismos— tiene la utilidad de que evita la tentación de aludir a criterios pretendidamente más objetivos en los que la opción judicial quede oculta y ajena a la crítica externa. El juez que se enfrente a un asunto en el que sea necesario deslindar el derecho en juego sólo puede fundar su decisión en la intención que, a su juicio, tuvo el autor. En este sentido el Tribunal Constitucional señala específicamente que resulta «determinante el que del texto se desprenda un “afán informativo” o que predomine intencionalmente la expresión de un juicio de valor» (STC 29/2009, FJ 2).

Junto a todo lo dicho hay que terminar recordando que cuando hablamos aquí de criterios de distinción nos referimos a la diferenciación conceptual primaria entre los dos derechos. No se trata, a pesar de todo, de una distinción definitiva que baste por sí sola para determinar el ámbito protegido por cada uno de los dos derechos en juego. La libertad de expresión tiene la facultad de que sirve como una especie de «coche escoba», recogiendo también todos los supuestos en los que la libertad de información no se ejerza con los requisitos que impone la Constitución. Cuando se transmitan hechos, pero no se trate de hechos veraces o noticiables como exige la Constitución, tendrán el mismo régimen de las opiniones. En este sentido sí que se puede afirmar que la libertad de expresión abarca un ámbito más amplio. Esto es así porque en la realidad cualquier hecho transmitido que resulte ser falso o inventado puede considerarse también como un juicio de valor o una opinión. De esa forma, en la práctica la libertad de expresión hace de cláusula residual, porque su contenido está sometido a menos requisitos constitucionales.

2. BREVE REFERENCIA AL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Aunque estos *Principios* están dedicados al análisis de la libertad de información, resulta evidente que muchas de las cuestiones que se abordan son en principio aplicables también a la libertad de expresión. Ambos derechos comparten un objetivo constitucional común: hacer posible una comunicación pública libre. Ello implica que tienen un similar valor constitucional. Se diferencian, no obstante, en los requisitos para considerar legítimo su ejercicio. Éste es, por tanto, el lugar idóneo para hacer un breve excursus sobre la libertad de expresión y su modo de funcionamiento en cuanto derecho fundamental.

Con motivo de la cuestión acerca de la constitucionalidad del artículo 607.1 del Código Penal, que castiga «la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados como genocidio», el Tribunal Constitucional afirmó que: «nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político (STC 235/2007, FJ 6)». Puede, de este modo, concluirse que hay algo parecido al «contenido esencial» de la libertad de expresión que vendría constituido por la emisión de opiniones que resulten constitucionalmente neutras, es decir, que no comprometan a ningún otro derecho. De ahí se desprende que la libertad de expresión sólo puede ser limitada cuando incluye algo más que la mera transmisión de ideas: cuando de algún modo afecta a otro derecho fundamental.

Esa idea ha llevado a menudo a entender que la libertad de expresión no es tanto una norma como un principio: o sea, que no tiene un contenido definido, sino que es esencialmente una tendencia. En esa teoría, la libertad de expresión sería —en concreto— la tendencia a que, dentro de lo posible, y si no se perjudica a otros derechos o intereses de valor constitucional, el espacio de libertad de opinión dentro de la sociedad sea lo más amplio posible. Frente a ello estaría la posibilidad de entenderlo como una norma, es decir, como un derecho delimitado de tal forma que si se cumple con los requisitos exigidos para su ejercicio, el ciudadano sabe que está amparado por la Constitución, con independencia de qué intereses constitucionales se le enfrenten.

El Tribunal Constitucional intenta mezclar ambas cosas. De hecho, la doctrina del Tribunal Constitucional es manifiestamente insuficiente para explicar este derecho. A los ojos del Tribunal, como dijimos, se trata de una especie de coche escoba: todo lo que no entra en el ámbito de otro de los derechos de la comunicación es libertad de expresión. Al ser tan amplia su definición (casi es una no-definición) la jurisprudencia constitucional ha preferido también tratarlo como un principio. En vez de establecer cuáles son los requisitos para el correcto ejercicio del derecho (como sí que ha hecho con la libertad de información) ha optado por esa idea difusa de que la libertad de expresión es algo muy amplio, pero con muchos límites. De hecho, a

menudo llega al absurdo de repetir que «la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información al no operar en el ejercicio de aquélla el límite interno de veracidad que es aplicable a ésta» (STC 107/1988, FJ 2). Es un absurdo porque se quiere dar la impresión de que es un derecho que protege ampliamente al ciudadano, obviando el hecho de que inmediatamente se dice también que el deslinde de la libertad de expresión no es nunca total y absoluto (STC 173/1995, FJ 3) y la delimitación de su ámbito protegido sólo puede hacerse a partir de la de otros derechos fundamentales. Dicho con otras palabras, es un derecho muy amplio, pero por eso mismo cualquier otro bien constitucional (la protección de la infancia, la dignidad, el orden público, la moral...) puede limitarlo. Para ese viaje no hacían falta alforjas. Esta forma de operar sólo sirve para favorecer la arbitrariedad. En un sistema serio de derechos fundamentales el ciudadano tiene que saber qué es lo que puede decir y qué es lo que no puede decir. En vez de eso, el Tribunal Constitucional prefiere dejar el ejercicio del derecho en un limbo: uno, que no puede saber hasta dónde alcanza la protección que ofrece la libertad de expresión, debe opinar libremente y arriesgarse a que en cada caso el Tribunal Constitucional, de manera arbitraria e imprevisible, decida si lo ha ejercido correctamente o no y si merece una sanción o no. Parece, pues, que en esta materia el Alto Tribunal prefiere ser un árbitro de equidad antes que un Tribunal de Justicia, con la consiguiente inseguridad para el ciudadano.

Aún en este panorama general de arbitrariedad cabe apreciar, pese a todo, algunas luces que, siquiera incipientemente, permiten apuntar hacia lo que podría ser la delimitación del derecho a la libertad de expresión y sus límites. La primera pista aparece en una Sentencia de 1990, dictada en un asunto muy conocido al que se vuelve a hacer referencia en la lección cinco: las descalificaciones contra el Presidente de la Federación Española de Fútbol emitidas desde la radio por el periodista don José María García. Al hilo de este caso concreto el Tribunal Constitucional incluyó en su Sentencia una frase que desde entonces se viene repitiendo en todas y cada una de las definiciones de libertad de expresión que da el TC: «al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas» (STC 105/1990, FJ 5). Se trata de algo razonable, la libertad de expresión no incluye insultos. Más complicado resulta interpretar ese «sólo» que sin duda era aplicable a aquél caso concreto, pero que evidentemente no puede significar que la libertad de expresión protege toda emisión de ideas salvo el insulto.

El caso es que a partir de ahí la expresión ha tenido un éxito espectacular en la jurisprudencia. En algunos casos, por rigor intelectual, se quitó la expresión «sólo» (así, en la STC 204/1997, FJ 2) sin embargo en la mayoría de decisiones se copió literalmente la expresión de 1990, aunque del modo de operar del Tribunal Constitucional se deduzca que la prohibición de insultos no es el único límite de la

libertad de expresión. Por ejemplo, la jurisprudencia es clara en que la libertad de expresión no ampara que deliberadamente se acuse a alguien, sabiendo que no es cierto, de haber cometido un delito. Por ello cabe entender que tiene un segundo límite absoluto: no están tampoco protegidas por la libertad de expresión las opiniones totalmente desconexas de la intención comunicativa. Es decir, uno puede utilizar su libertad de expresión para expresar una crítica, o una broma, o un estado de ánimo, o una hipótesis científica, o un sentimiento... da igual, y todo eso está protegido por el art. 20.1.a) CE. Sin embargo, si a esa expresión pública se le añaden manifestaciones destinadas a algo totalmente diferente y sin conexión con ello, como puede ser la intención de humillar, lastimar o desprestigiar, la transmisión de esas ideas dejará estar protegida por la Constitución.

Con esto no se quiere decir que sólo gocen de la protección de la Constitución las expresiones que resulten necesarias para la finalidad comunicativa. No es igual excluir del derecho fundamental cualquier manifestación que resulte por completo ajena a lo que se quiere comunicar, que incluir exclusivamente lo que sea necesario e imprescindible. Esto último llevaría a la conclusión de que sólo puede expresarse libremente aquello que resulte formalmente correcto. Puede verse la diferencia con un ejemplo real:

Un periodista, contratado también como profesor de la Facultad de Periodismo de la Universidad SEK de Segovia, publica en *El Norte de Castilla* un artículo criticando la gestión del equipo rectoral de la Universidad. Entre otras cosas el artículo incluye las siguientes expresiones «el origen del conflicto [...] han acabado convenciéndome de que éste se reduce a un problema de soberbia»; «me refiero a la paranoia colectiva que afecta a quienes quedan dentro y participan del sistema de delación que tan buenos resultados ha proporcionado de momento a los que se prestaron a tan terrible juego. Porque, conocido el procedimiento para librarse del vecino que amenaza honorarios, méritos y quereres, ya nadie está a salvo de nadie, ni del directivo del despacho de al lado, ni del más ¿leal? subordinado, ni del compañero de claustro con el que se tramó medrar»; «en este clima desconfiado e insano del que se ha querido hacer partícipes a los alumnos, ¿es posible educar a alguien?». A raíz de la publicación del artículo, la Universidad lo despide, y él alega que ese despido lesiona su libertad de expresión.

El Tribunal Constitucional va a darle finalmente la razón al profesor-periodista, y al hacerlo razona que «no cabe [...] limitar la cobertura que ofrece la libertad de expresión a aquello que sea necesario, entendido en el sentido de imprescindible, adecuado y absolutamente pertinente, ni reducir su ámbito de protección a las expresiones previsibles o al uso en situaciones de acuerdo o avenencia, pues esa lectura de los márgenes de actuación del derecho fundamental supondría reducir el ámbito de la libertad de expresión a las ideas de corrección formal abstracta y utilidad o conveniencia, lo que constituiría una restricción no justificada de esos derechos de libertad de los ciudadanos e implicaría desatender, en contra de las posiciones de nuestra jurisprudencia, la libertad del sujeto y el entorno físico o de situación en el cual se produce su ejercicio» (STC 151/2004, FJ 9).

Pese a todo, en la práctica, la libertad de expresión continúa siendo un derecho de límites poco perfilados, lo que provoca que a menudo entre en conflicto con otros derechos constitucionales, o incluso con valores protegidos por la constitución, de modo que su ejercicio en nuestro país siempre entraña un cierto riesgo. El momento actual es el de ir reduciendo ese riesgo, por la vía de, al menos, asumir algunos casos

claros en los que el ciudadano pueda sentirse seguro de ejercitar su libre expresión sin perturbaciones. Un buen ejemplo de esta situación es la idea de que el Tribunal Constitucional ha afirmado, de una parte, que la moral pública puede ser un límite para la libre expresión (STC 62/1982) y, de otra, que «el buen gusto o la calidad literaria no constituyen límites constitucionales a dicho derecho» (STC 51/2008, FJ 5).

3. EL VALOR JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN

Puestos a tratar de entender la configuración constitucional de un derecho fundamental, hay que partir de cuál sea su finalidad dentro del marco constitucional. En razón de cuáles sean los objetivos sociales que permite alcanzar un derecho podrá entenderse su trascendencia y aventurar sus posibilidades de resistencia en caso de conflicto. La pregunta básica es ¿para qué sirve garantizar el derecho a transmitir y recibir libremente información veraz?, ¿qué gana con ello la sociedad?

Una vez más, el punto de partida puede ser la primera Sentencia del Tribunal Constitucional sobre libertad de información, la ya conocida STC 6/1981:

FJ 3: 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.

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 del poder (*verbi gratia* las prohibidas en los apartados 2 y 5 del mismo art. 20), pero también una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social y, en razón de ello, a quienes profesionalmente los sirven.

Este sabroso párrafo ofrece varias vías de aproximación a lo que deba entenderse como valor constitucional de la libertad de información. El objeto central de la libertad sería el mantenimiento de una comunicación pública libre, y a este objeto central se le anudan diversos sentidos jurídico-políticos dentro de la sociedad organizada constitucionalmente. ¿Qué significa «comunicación pública libre»? Pues parece que el concepto alude al libre flujo de informaciones dentro de la sociedad. El objetivo de la libertad de información es que dentro de la sociedad existan mecanismos de intercambio de noticias —sin control estatal— que, además, estén en manos de los propios miembros de la sociedad, de manera que cada individuo tenga acceso al mayor conocimiento posible de lo que les sucede a los demás. El Estado debe garantizar la libertad a la hora de decidir sobre qué y cómo se informa y, al mismo tiempo, proporcionar el máximo de información a quienes interactúan en ese círculo de comunicación.

Eso es una *comunicación pública libre*, que es el bien jurídico garantizado por el artículo 20.1.d) de la CE. Pero ¿cuál es su finalidad última? Dice la Sentencia que este flujo informativo resulta imprescindible para que dentro de la sociedad existan

las condiciones de libertad que permiten hablar de soberanía popular. En ese sentido, es una garantía de la realidad del principio de legitimidad democrática y llena de contenido a las instituciones democráticas. Una conexión tan estrecha entre la información y las ideas básicas del sistema democrático representativo necesita de alguna explicación.

En primer lugar hay que señalar que el Tribunal Constitucional no pretende resucitar la construcción de la opinión pública liberal propia del siglo pasado y de la que ya hablamos en la lección anterior. No se trata de que la opinión pública — expresada a través de los medios de comunicación— sustituya al sistema electoral. Es casi lo contrario. La *opinión pública* es la plasmación de las ideas sobre un determinado tema dominantes en el conjunto social. La *comunicación pública*, en cambio, supone un paso previo. La idea de comunicación pública lo que busca es precisamente asegurar que los ciudadanos cuentan con datos suficientes para formarse su opinión. Los medios de comunicación, insistimos, no tienen la función política de hacer llegar a los poderes públicos la opinión de la sociedad, abrogándose en representantes del pueblo, sino la de transmitir a la sociedad hechos y datos que le permitan valorar las posibilidades y carencias de la dirección política general. No funcionan de abajo hacia arriba, sino de arriba abajo y circularmente. Y ésta es, precisamente, su importancia constitucional. La existencia de un flujo de informaciones veraces permite al ciudadano estar al tanto del funcionamiento de los poderes públicos: conocer los problemas sociales y las soluciones propuestas por la administración pública a los mismos, acceder a la gestión diaria de sus representantes, enterarse del grado de cumplimiento de los programas políticos... Sólo con esos datos puede decirse que la decisión electoral básica es una decisión consecuente y realista. La democracia no termina —ni empieza— en el momento electoral mismo. Mucho más allá, la esencia del concepto democrático está en que los ciudadanos *controlen* la gestión de la sociedad. La soberanía popular o es control o no es nada. Ese control puede ejercerse de muchas formas: puede consistir en la impugnación judicial de los actos ilegítimos del Estado, en el reproche público de conductas a través de las libertades de expresión o manifestación, etc. Sin embargo, en materia de dirección política de la sociedad el único verdadero mecanismo de control disponible es la sanción electoral. Las elecciones sólo pueden cumplir esta función cuando previamente el ciudadano tenga acceso al conocimiento de la gestión pública de la sociedad. Ésa es la misión fundamental de la libertad de información: la soberanía popular es veraz únicamente en la medida en que haya un movimiento e intercambio libre de información dentro de la sociedad. Así, indirectamente, es objetivo suyo el rellenar de sentido las instituciones participativas.

Esta necesidad de la democracia representativa produce efectos jurídicos sobre el grado de protección de que goza la libertad de información. En la medida en que una información determinada facilite el control democrático de la política gozará de la máxima protección constitucional. En caso de conflicto con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos se dará prioridad a aquel que tenga más trascendencia para la consecución de los objetivos constitucionales del Estado. Es por ello por lo

que el derecho a transmitir información, cuando se orienta a facilitar la participación política democrática, puede tener un valor preferente sobre otros intereses constitucionales de menor rango. Veamos un ejemplo.

En 1982 el diario *EGIN* publica dos comunicados de la organización ETA-militar a raíz de los cuales la Audiencia Nacional dicta Sentencia por la que condena al Director del diario a dos penas de un año de prisión menor, a las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de las condenas y al pago de las costas del proceso, como autor de los delitos de apología del terrorismo, previstos y penados en el artículo 1 del Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero. Dicha Sentencia condenatoria se basa en las siguientes consideraciones: a) la apología del terrorismo sólo es delictiva si concurre el requisito de publicidad; b) en el caso de autos esta publicidad ha tenido lugar por el medio difusorio de la imprenta y, al resultar probado que los autores de los comunicados no son conocidos, la responsabilidad penal por autoría, de conformidad con el artículo 15 del Código Penal, corresponde al procesado por su mera condición de Director del periódico y ello con abstracción de que asuma o no comparta la actividad delictiva de ETA-militar (STC 159/1986).

Con ello, el periodista alega ante el Tribunal Constitucional que se le ha vulnerado su derecho a transmitir libremente información veraz. ¿Qué debe resolverse este conflicto entre libertad de información y otros intereses públicos? Pues resuelve trayendo a colación la finalidad del derecho a la información y recordando que «el artículo 20 de la Norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas». A partir de esta idea sólo cabe una solución: no puede condenarse al periodista —que no es autor de los comunicados— porque con la difusión de estos textos de ETA se está contribuyendo a que los ciudadanos conozcan más opciones políticas posibles y estén informados del desarrollo de la sociedad. El valor constitucional de la libertad de información sirve, pues, para resolver los casos de conflictos con otros intereses, otorgándole a éste derecho lo que los norteamericanos llaman «*preferred position*», es decir, un valor especial frente a otros derechos.

El caso del comunicado de ETA, por otra parte, pone en evidencia una difícil opción del Tribunal Constitucional a la hora de interpretar cuál es la finalidad esencial de la comunicación pública libre. Igual que ha sucedido a lo largo de la historia (y como sucede en otros países) eran posible dos interpretaciones: la apologética y la pluralista. Inclinar por la finalidad apologética de la comunicación libre implicaría defender que el libre flujo de informaciones y opiniones ha de ir dirigido siempre a la difusión y salvaguarda de los principios constitucionales básicos; de ese modo, tan sólo realizarían la finalidad constitucional aquellas informaciones que colaboraran en realzar los valores que fundan nuestra carta magna; podría, de ese modo, limitarse la publicación de mensajes que incluyeran ideas

opuestas a la Constitución. En cambio, la interpretación pluralista entiende que dentro de la Constitución hay un valor especialmente trascendente que es la *diversidad de opciones*. Así, el propio texto constitucional deja de ser un sistema cerrado de cara al futuro y se convierte sobre todo en una garantía de que la sociedad va a ser libre para autodefinirse en cada momento histórico. Incluso aunque esta definición suponga la modificación de la Constitución actualmente vigente. Esta opción es peligrosa, pues puede llegar a abrir una puerta a opciones parcialmente anti-democráticas (que, no obstante, no podrían triunfar sino respetando los derechos fundamentales de todos los ciudadanos), pero en el terreno del libre flujo de informaciones y opiniones, lleva a que se considere como principal valor amparable el del pluralismo; y el pluralismo llevaría a permitir incluso la difusión de mensajes contrarios a la Constitución o que propongan su reforma. En 1986 el Tribunal Constitucional opta por esta última interpretación, aunque recientemente el repunte de la ideología más favorable al pensamiento único que al pluralismo no hace descabellado esperar un cambio jurisprudencial en los próximos años.

A partir de esta consideración puede entrarse ya en cuál es la concretización de la finalidad constitucional de la comunicación. El valor jurídico constitucional de la libertad de información al que se viene aludiendo, y que puede resumirse en «el sostenimiento de una opinión pública democrática», necesita de una serie de circunstancias adicionales para no quedar en el terreno de la utopía. Hemos hablado en este apartado de comunicación pública libre, pero voluntariamente hemos obviado definir qué significa, a estos efectos, «libre». La información libre, desde luego, no es la que queda protegida en todo caso por el Estado sin posibilidad de imponer otros requisitos adicionales. Al contrario, como veremos, sólo se garantiza la transmisión de informaciones veraces, que son las únicas aptas para la consecución de los fines constitucionales previstos. Aún así, la idea de comunicación libre no alude siempre a libertad frente a intervenciones estatales sino que, más allá, se refiere también a un tipo concreto de sistema informativo. Sus características esenciales son que haya *pluralidad* de medios de comunicación y de orientaciones informativas y que los ciudadanos tengan *acceso* tanto a la información como a los medios. El pluralismo es requisito previo necesario para el ejercicio de la democracia. La voluntad general tiene que formarse a partir de la concurrencia de perspectivas diversas, incluso encontradas. Además, si los ciudadanos no tienen acceso a la información no tendría sentido hablar de comunicación pública. Ése es el sentido del derecho a recibir la información.

Sólo queda una matización a propósito de la libertad de expresión, que en determinadas ocasiones puede compartir un valor similar al que hemos atribuido a la de información. Por ello, la libertad de expresión ha de protegerse adicionalmente cuando su ejercicio sea político. En ella, el hecho de ser ejercida por un periodista sólo implica que será mayor su difusión y trascendencia, pero la opinión mediática no es una opinión democráticamente más cualificada que el resto. Por tanto, en materia de opinión también ha de darse especial trascendencia constitucional a la expresada por los actores políticos del Estado, entendidos en sentido amplio. Todo el que

exprese una opinión relativa a la configuración política de la sociedad en representación de un colectivo o una corriente ideológica, goza en principio de un plus de protección constitucional, derivada del sentido institucional que cobra entonces el derecho.

Los periodistas son actores destacados de la libertad de información puesto que ésta necesita de medios de comunicación para su realización. Cuando expresen su opinión personal, en la medida en la que intenten hacer una legítima crítica política también pueden verse especialmente amparados, pero desde luego no son actores privilegiados de la formación ideológica pública. En caso contrario se les estaría reconociendo un estatuto político sin origen representativo. Sería una legitimidad impuesta de manera forzada por el poder de los hechos (por su facultad de acceder a la población) y no derivada de ninguna cualidad legítima relativa a su ejercicio. Los medios son constitucionalmente un canal: tanto para la transmisión de hechos, como para la de ideas; pero no tienen carácter constitutivo: no son los encargados de inventarse los hechos ni de crear las ideas, al menos no más que el común de los ciudadanos. De ese modo, jurídicamente la opinión política de los periodistas ha de gozar exactamente de la misma protección —y sufrir los mismos límites— que la opinión política del resto de ciudadanos.

Cosa distinta es que a veces los medios sirvan de correa de transmisión de ideas políticas vertidas por los actores políticos del Estado, institucionales o no. En esos casos se aplicará la teoría del reportaje neutral, de la que más tarde hablaremos, y en su virtud, el periodista que transmite opiniones ajenas no será responsable de ellas. Además, la opinión en sí misma podrá gozar de una protección especial añadida, en tanto que representa una opción política que ha de entrar en el legítimo debate social.

Por otro lado, volviendo al terreno estricto de la libertad informativa, la Constitución, en el artículo 20.3 incluye también un derecho colectivo, de los grupos sociales y políticos significativos, a acceder a los medios de información. Se trata, en definitiva, de garantías de que la libertad de información pueda cumplir sus objetivos constitucionales. Interesa ahora ver cómo interviene el Estado para garantizar todos estos objetivos.

4. EL CONTENIDO PRESTACIONAL DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN. MEDIOS PÚBLICOS Y PRIVADOS

Ya dijimos antes que la cláusula de Estado social contenida en el artículo 1.1 CE implica que cualquier derecho fundamental recogido en la Constitución española incluye un ámbito de libertad frente a las interferencias estatales y de otros ciudadanos, y un ámbito de acciones estatales de intervención positiva para garantizar las finalidades constitucionales del derecho. Es importante delimitar, dentro de lo posible, cuáles son las acciones exigibles del Estado y cuáles las que, en cambio, le están vedadas de cara a asegurar la vigencia de cada derecho en concreto.

En cuanto a la libertad de información, hay que señalar ahora que en el artículo

20.1.d) CE aparecen dos derechos distintos. El derecho a comunicar información veraz protege al autor de las informaciones, y al medio de comunicación, frente a injerencias externas en su actividad periodística y creativa. En cambio, el derecho a recibir información exige que el Estado garantice que se distribuye suficiente información, que es suficientemente plural y que llega a las suficientes personas. Ése es el principal fundamento de la actividad intervencionista estatal en materia de información.

Puede resultar ilustrativo de todo ello un caso que se planteó en 1982 acerca de los medios de comunicación de titularidad estatal:

Un grupo de senadores presenta un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 11/1982, de 13 de abril, relativa a «supresión del Organismo autónomo Medios de Comunicación Social del Estado (MCSE)». A su entender, la inconstitucionalidad se fundamenta en que el artículo 20, apartado 3, de la Constitución preceptúa que por Ley se regulará la organización y el control parlamentario en los términos que indica, con la finalidad de que el disfrute del derecho a la información tanto activa como pasiva quede garantizado a los distintos grupos sociales y políticos significativos, sin que autorice en modo alguno la disolución de ese conjunto de medios de comunicación social adscritos a entes públicos y el que puedan ponerse a disposición de personas privadas mediante subasta. En ese sentido el artículo 20.3 de la Constitución obligaría al Estado a mantener en funcionamiento los periódicos que sean de titularidad pública.

¿Es cierto que la Constitución impone ese tipo de acción positiva de los poderes públicos? Ésa es una pregunta que difícilmente tiene una respuesta general y única, válida de antemano para todos los casos. Ya hemos visto que la tarea primordial de los poderes públicos en el ámbito de la libertad de información es garantizar el libre flujo de informaciones dentro de la sociedad. En ocasiones esto sólo es posible a través de la existencia de medios de comunicación de titularidad pública; en esas ocasiones, exclusivamente, vendrán impuestos por mandato constitucional.

Así, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 86/1982, resuelve el caso expuesto rechazando el recurso. No comparte la interpretación del artículo 20.3 de la Constitución de los senadores recurrentes. Al contrario, entiende que este artículo no pretende congelar la situación existente en cuanto a los medios de prensa, sino garantizar que la organización, gestión y control de los medios de comunicación social que, en cada momento dependan del Estado o de cualquier ente público se ajuste a ciertos criterios objetivos. Por eso, no impide ni la supresión de Organismo autónomo «Medios de Comunicación Social del Estado», ni la enajenación de los medios de prensa actualmente integrados en el mismo. En definitiva, el Tribunal viene a señalar que una cosa es que en caso de existir medios de comunicación dependientes del Estado sea obligatorio darle acceso a los mismos a los grupos sociales y políticos significativos y otra muy distinta que resulte obligatorio que exista ese tipo de medios.

Sin embargo este razonamiento tan claro queda en entredicho en el voto particular que un magistrado, disidente de la mayoría, formula en la Sentencia que comentamos:

Hay que hacer notar que nuestra Constitución de 1978 define a España en su artículo 1.º como un «Estado social y democrático de derecho», connotación que supone, respecto al Estado liberal de derecho, que los derechos fundamentales dejan de tener por sí un alcance meramente negativo y delimitador para ser garantizado su ejercicio mediante prestaciones sociales o de otra índole a cargo del Estado. Por otro lado es conveniente poner de relieve la tendencia más reciente en materia periodística

de países de la Europa occidental en el sentido de legislar limitando las posiciones de monopolio u oligopolio que pueden influir en detrimento de la libertad de expresión y evitan de hecho la manifestación del pluralismo social. Es decir, que establecen limitaciones para evitar concentraciones periodísticas en manos privadas al no existir unos medios de comunicación de propiedad estatal a través de los cuales, como ocurre en España, pueda facilitarse la expresión libre a los grupos sociales y políticos. En el caso español hay que poner de manifiesto que la garantía de acceso a los medios de comunicación estatales de los referidos grupos está íntimamente ligada al derecho fundamental de libertad de expresión y su inclusión en el artículo 20 de la CE. por el legislador constituyente abona esta afirmación. En otras palabras que no es posible actuar la libertad de expresión globalmente entendida si no hay una garantía de acceso a medios de difusión del pensamiento, incluida la prensa. Puede mantenerse, y la Sentencia a la que adjuntamos este voto particular lo insinúa, que la existencia de emisoras de radio y televisión estatales es por sí suficiente para garantizar el acceso y el respeto al pluralismo a que se refiere el artículo 20.3 de la CE. No puedo compartir esta opinión pues la expresión del pensamiento no queda garantizada si se canaliza exclusivamente por los medios referidos, sino que éstos, a mi juicio, son medios complementarios pero no sustitutivos de la prensa. Esta última es un elemento estable de expresión del pensamiento de carácter más permanente que permite, por ser un medio más perenne, la formación de estados de opinión plural más reflexivos y su difusión. En resumen consideramos inconstitucional la supresión de todos los medios periodísticos de comunicación social dependientes del Estado, situación a la que conduce la Ley impugnada.

Aquí sí que queda de manifiesto la verdadera dimensión del problema. La finalidad constitucional de la libertad de información es permitir la participación popular en la gestión de la cosa pública; el Estado queda obligado a intervenir para asegurar que esta finalidad no resulte meramente ilusoria o ficticia. Eso abre dos nuevos interrogantes: *cuándo* debe intervenir el Estado y *cómo* ha de materializarse su intervención.

En materia de información la acción positiva estatal está siempre presente. Los poderes públicos tienen la obligación de facilitar información a los medios de comunicación acerca de su funcionamiento y sus decisiones, de ello se habla en la lección próxima. Tienen también la obligación de gestionar los bienes de titularidad común necesarios para la existencia y el funcionamiento de una prensa libre. Cuando los medios materiales que permiten la comunicación libre sean escasos, corresponde a la administración pública armonizar los distintos intereses y garantizar una distribución equitativa que asegure el pluralismo de las opciones comunicativas. Es el caso, por ejemplo, de espacio radiotelevisivo: no caben tantas emisoras por ondas hercianas como sería deseable, así que el Estado gestiona la totalidad de ese espacio y lo distribuye entre los medios con criterios de razonabilidad constitucional. Eventualmente también podría hablarse de una obligación genérica estatal de aseguramiento del funcionamiento diario de los medios que se concretó, por ejemplo, en las antiguas subvenciones al papel prensa para los medios escritos. En estos supuestos no existe una determinada y concreta obligación que se pueda reclamar del Estado, pero éste tampoco puede actuar de manera arbitraria o discriminatoria:

La Ley 29/1984 regulaba la concesión de ayudas a empresas periodísticas y agencias informativas para subvencionar el consumo de papel prensa y la reconversión tecnológica. La finalidad declarada de esta norma era corregir la creciente concentración de los medios informativos, protegiendo las distintas corrientes de opinión. En 1987 y 1988 la empresa editora del diario *EGIN* solicita estas ayudas. Sin embargo, aunque cumple para ello con todos los requisitos legales fijados (básicamente una determinada difusión) el Ministerio competente se las deniega. Cuando la empresa acude a los tribunales de justicia exigiendo la subvención que le corresponde, el ministerio argumenta que desde un Estado democrático no puede financiarse a publicaciones que desarrollan actividades antidemocráticas (STS de 8 de abril de 1998).

Al resolver el asunto el Tribunal Supremo, evidentemente, le da la razón a la empresa periodística. Recalcando que el Estado es libre de crear o no una subvención pero que una vez creada su reparto escapa del puro voluntarismo y ha de hacerse de manera igualitaria y sin discriminaciones a cuantos cumplan con los requisitos. «El establecimiento de las subvenciones puede ser discrecional para la administración, pero una vez anunciadas, termina la discrecionalidad y comienza la regla y el reparto concreto que escapa del puro voluntarismo de la administración». Máxime cuando la finalidad de la subvención es la de asegurar el pluralismo ideológico.

Este ejemplo enlaza con el siguiente aspecto de la intervención estatal que interesa destacar. Porque junto a la acción cotidiana, que podemos llamar «ordinaria», también hay supuestos de intervención «extraordinaria». El caso más significativo es el de los monopolios. Aunque la función constitucional de la libertad de información sea la de dar credibilidad a la participación política, no cabe duda de que también comparte, en cierta medida, su papel con el de la libertad de expresión: garantizar el pluralismo de las ideas. Eso es así, sobre todo, porque a pesar de la insistencia constitucional en que la información lo sea de hechos veraces y contrastados, no existe un criterio único para hallar la «verdad constitucionalmente protegida», de manera que —como se verá— la Constitución no sólo protege la transmisión objetiva de noticias, sino también la posibilidad de versiones e interpretaciones periodísticas siempre que recojan hechos contrastados suficientemente. Por eso el objetivo constitucional de una «comunicación pública libre» exige diversidad de perspectivas informativas y valorativas de la información. Sólo se alcanza en la medida en que se mantenga la pluralidad de medios de comunicación o se asegure el pluralismo interno de los medios.

Estas manifestaciones del pluralismo político no son categorías cerradas que se puedan controlar en absoluto, sino realidades graduables. No hay un pluralismo, sino grados de pluralismo. Ello dificulta la cuantificación de la diversidad de versiones informativas que se dan en un momento determinado. Sin embargo sí que existen dos extremos perfectamente identificables: de un lado, la sociedad plural ideal; de otro, el monopolio informativo, que es la absoluta ausencia de pluralismo. Ninguno de estos dos extremos son posibles en la realidad: nunca habrá una sociedad en la que fluyan libremente todas las posibles versiones informativas, ni tampoco podrá controlarse de tal modo la información que haya una versión única y uniforme. Por eso el mandato constitucional de pluralismo puede tener muy diversos grados de cumplimiento, siendo legítimos todos ellos: serán producto de la estructura y de la voluntad social y política en cada momento histórico. En el polo opuesto, sin embargo, sí que hay un límite intolerable, que es lo que genéricamente llamamos monopolio. Técnicamente incluye también regímenes de oligopolio informativo en los que pueda decirse —de acuerdo con las exigencias sociales del momento— que el pluralismo reflejado en el sistema de comunicación pública libre resulta insuficiente.

En términos socio-políticos, la entidad de este problema viene deducida del hecho de que los monopolios ideológicos son inevitables en la sociedad democrática. El profesor J. J. Linz ha demostrado que ontológicamente cualquier sistema democrático

plural está abocado al monopolio ideológico. Es lo que él denomina «suicidio de la democracia». La idea es bastante simple: el pluralismo político se presenta siempre como diversidad de ofertas. En democracia resulta tan importante la idea de «diversidad» como la de «oferta». Se trata de ofertas porque es el pueblo el que decide entre ellas. Lo que él señala es que esa diversidad sólo puede ser teóricamente igualitaria en un momento inicial y ficticio porque desde que se produce la primera elección hay opciones que resultan más favorecidas que las demás. Ese favor popular implica unos beneficios de la elegida que se reinvierten en la próxima elección, de manera que los favoritos tienden siempre a serlo cada vez más, camino del monopolio. La idea se entiende mucho mejor en términos económicos: la libertad de mercado lleva a que las empresas que más beneficios obtienen son las que están en mejores condiciones de volver a obtener más beneficios. Aplicado al «mercado informativo» el mecanismo funciona del mismo modo. Pues bien, el Estado tiene que intervenir —porque así lo exige la Constitución cuando configura el papel de la libertad de información— para corregir constantemente esa tendencia al monopolio informativo.

¿Cómo puede intervenir? Básicamente caben dos tipos de acciones, el fomento de la diversidad informativa y la represión de la concentración de medios. En cuanto a las acciones represivas no se plantea ningún problema teórico. Las normas «antitrust» son un clásico del derecho mercantil que han pasado fácilmente al derecho de la información. Las legislaciones española y comunitaria imponen severas restricciones a la concentración de medios de comunicación en un mismo propietario. Las acciones de fomento, en cambio resultan más conflictivas. El desarrollo de la pluralidad puede hacerse de dos modos: a través de incentivos para que los medios de comunicación estén más abiertos a las distintas versiones informativas de la sociedad y para la creación y el mantenimiento de medios diferentes de comunicación, o a través de la asunción por el Estado de la titularidad de medios de comunicación. Esta última es la posibilidad que más nos interesa aquí.

En caso de oligopolio informativo el Estado tiene que conseguir ampliar la pluralidad de versiones que reciben los ciudadanos. El problema principal es que difícilmente se podrá imponer a los medios de comunicación de titularidad privada una apertura contraria a la ideología de sus propietarios, porque la idea de libertad en el intercambio de informaciones excluye que el Estado pueda determinar los contenidos de un medio de comunicación. Mucho menos, prohibir la difusión de ésta en el tratamiento de las noticias. En este sentido, la libertad de información es en cierto modo un límite al derecho de los ciudadanos a recibir una información determinada, que no puede ejercitarse frente a los agentes de la comunicación. Por ello, la asunción por el sector público de la gestión directa de medios de comunicación puede resultar la mejor garantía de que se alcancen sin distorsiones los objetivos constitucionales que inspiran la especial protección de la libertad de información. Los medios de titularidad pública pueden dar acceso directo a grupos sociales y políticos significativos, pueden seleccionar los temas informativos en razón de la pluralidad de la sociedad y, en definitiva, pueden dar cabida a las versiones y

perspectivas más variadas. De hecho, el artículo 20.3 de la CE impone claramente que los medios de comunicación estatales queden sometidos a control parlamentario y den cabida al máximo de grupos y perspectivas significativas dentro de la sociedad. Sin embargo, la cuestión más importante es saber si la Constitución impone esos medios de comunicación de titularidad pública como un derecho de los ciudadanos o es una mera posibilidad al arbitrio de la dirección política que en cada momento tenga la sociedad.

En principio, no parece que la Constitución imponga la necesidad de medios de comunicación pertenecientes al Estado, en sus distintas manifestaciones (Estado central y Comunidades Autónomas). Sólo en la medida en que la situación general de los medios de comunicación resulte insuficiente como para que el flujo de información en la sociedad española sea considerado «libre» y sea válido para facilitar la participación política, la titularidad pública de algunos medios de comunicación se volverá obligatoria. Ésa es una valoración que debe realizar el Tribunal Constitucional. De hecho, en el voto particular que vimos antes, lo que se refleja es la opinión de un magistrado que entendía que la situación actual obliga a mantener medios estatales escritos en la medida en que resultan necesarios para el pluralismo informativo que en este momento exige la sociedad española. Es el ejemplo más claro de contenido prestacional de la libertad de información, que no depende de quién lo reclame sino del momento histórico, según lo aprecie el Tribunal Constitucional.

5. LOS TITULARES DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN

La cuestión de la titularidad del derecho viene apareciéndose a lo largo de todo este tema. Suele ser un apartado presente en la definición tradicional de cualquier derecho fundamental. Porque, en contra de lo que suele pensarse, no todas las personas son titulares de todos los derechos fundamentales. Esto resulta obvio con algunos derechos; por ejemplo está claro que el derecho a participar en las elecciones (art. 23 CE, art. 13.2 CE) no está siempre abierto a todos los extranjeros, mientras que el derecho a la vida (art. 15 CE) es común de cualquier persona. Por otro lado, en cuanto al ejercicio real de los derechos, resulta que el derecho a la huelga, por ejemplo, pueden ejercerlo sólo los trabajadores; la libertad de cátedra tan sólo los docentes; el derecho a decidir sobre la enseñanza religiosa de sus hijos, únicamente quienes sean padres o tutores de menores.

Esta obviedad acerca del ejercicio de los derechos ha provocado, sin embargo, algún que otro problema teórico en materia de libertad de información. Erróneamente se discutió quiénes eran los titulares del derecho a informar, si todos los ciudadanos o tan sólo los periodistas. La discusión surge en la STC 6/1981. Como se recordará, ahí dijo ya el Tribunal Constitucional que la Constitución exige que los poderes públicos tengan *una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social y, en razón de ello, a quienes profesionalmente los sirven*. La afirmación viene a

cuento de que en ese caso un periodista recurría el cierre de determinados diarios pertenecientes al Estado. Se constata, pues, una posición especial de los periodistas frente a la libertad de información. Sin embargo, en aquel mismo caso se destacaban a continuación los límites de esta deferencia constitucional:

Son estos derechos, 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 (FJ 4).

Lo que dice el TC es que los periodistas no pueden invocar un aspecto prestacional de la libertad de información distinto al del resto de los ciudadanos. En realidad, lo que se está señalando es que el derecho a *recibir* información veraz (y plural) es un derecho de todos por igual. A partir de aquí, resulta meridianamente claro que quienes se dediquen a la profesión periodística están especialmente legitimados para hacer valer el derecho de los ciudadanos a recibir información. Eso es absolutamente evidente, pero en nada afecta al tema de la titularidad del derecho a transmitir información veraz. Una cosa es quién puede sacarle más partido a un derecho y otra bien distinta quién puede ejercerlo efectivamente. Desde este punto de vista no plantea grandes dificultades teóricas la cuestión de los legitimados constitucionalmente para ejercer el derecho a comunicar información: todos los ciudadanos.

Sin embargo, a esa discusión absurda subyace una cuestión que sí tiene cierto trasfondo. Lo que se plantea es un problema, no tanto de titularidad como de requisitos del derecho. No importa tanto quién informe, sino si es requisito indispensable que se realice a través de un medio institucionalizado de comunicación. El artículo 20.1.d) CE habla de «comunicar o recibir libremente información veraz *por cualquier medio de difusión*». En esta última locución es donde radica el problema. Porque parece que la Constitución exige que la información se transmita a través de un medio, para quedar jurídicamente protegida. ¿Qué significa «medio»? El texto constitucional podría estar refiriéndose a un medio físico de transmisión o a un medio institucionalizado de comunicación de masas. La opción por una u otra interpretación es de gran trascendencia, porque lo que se está discutiendo es en definitiva si la Constitución protege del mismo modo cualquier transmisión de información dentro de la sociedad o da especial cobertura a la tarea de los medios de comunicación social. Esta duda se conecta también con la titularidad si definimos a los periodistas como quienes transmiten información a través de un medio; la discusión sobre los medios, por tanto, es también discusión acerca de si el ejercicio cotidiano de la libertad de información se reserva a los periodistas.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre este punto puede llamar a engaño. El Tribunal ha optado siempre por la interpretación más amplia posible de la libertad de información, ampliando la protección del artículo 20.1.d) CE a cualquier transmisión pública de hechos noticiables y veraces en la sociedad. Así, por ejemplo,

las informaciones transmitidas de viva voz por un sindicalista en una asamblea en el lugar de trabajo, sin utilizar ningún medio ni físico ni institucionalizado de comunicación. Un supuesto interesante para poder analizar esta tendencia jurisprudencial puede ser el de la STC 165/1987:

En 1982 por la Asociación de Vecinos de Arrabal, de Santa Coloma de Gramanet, de la que es Presidente D. José Pitarque, siguiendo su línea de divulgación de los problemas referentes a algún vecino mediante comunicados a la opinión pública, se difundió una nota informativa, sin firma, y sin que conste por quién fue redactada y ni siquiera editada, en apoyo del Sr. Rubio, ocupante de un piso, del que judicialmente se le iba a expulsar a partir de una turbia operación, absolutamente legal por otra parte. Allí se habla de D., y en la que se habla de otra persona como «subastero», «cuervo» y «una lacra de individuos sin escrúpulos», añadiendo e indicando el nombre de José Sancho «que con manos limpias», quiere quedarse con el piso. A raíz de ello el Tribunal Supremo condena al Sr. Pitarque a la pena de un año de destierro y multa, por un delito de injurias graves, considerando que éste, como Presidente de la Asociación, era responsable en concepto de director de la publicación. Contra esta condena se interpone recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

¿Se trata de un caso de libertad de expresión o de información? El Tribunal Constitucional comienza afirmando que es un supuesto evidente de libertad de información. Usa para ello un criterio único que es el de la intención: puesto que la finalidad declarada de las octavillas era comunicar a los vecinos una información, debe ser el derecho a informar el que está en juego. Así, se recuerda la teoría general sobre el valor preferente dentro del sistema constitucional que tiene la libertad de información:

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 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. 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, que es la prensa, entendida en su más amplia acepción. Esto, sin embargo, no significa que la misma libertad no deba ser reconocida en iguales términos a quienes no ostentan igual cualidad profesional, pues 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, 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 e 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 aquélla frente a lesiones inferidas a éste (FJ 10).

¿Qué quiere decir aquí el Alto Tribunal? Pues básicamente introduce una distinción entre ejercer legítimamente el derecho a la información y disfrutar de la protección constitucional del derecho a la información. Afirma que en este supuesto se está ejerciendo la libertad de información, pero los titulares no gozan de las especiales garantías que establece la Constitución para el ejercicio del derecho. Con ello le está quitando su valor al derecho fundamental a la información: no es un derecho claramente delimitado sino un derecho de contenido variable. No podría así hablarse de requisitos para el ejercicio legítimo de la libertad de información sino que en cada caso concreto habría que tener en cuenta quién y cómo lo ejerce para decidir qué protección tiene. Y tampoco así, si se afirma tajantemente que cuando no es ejercido por periodistas y a través de medios institucionalizados de comunicación

social, es un derecho que cede absolutamente frente al derecho al honor. Ante tantas dudas, conviene analizar por separado de qué tipo de medios se está hablando y de qué manera hay que entender esta doctrina tan irregular.

Así pues, ¿qué se entiende por medio institucionalizado de comunicación? Pues parece que se trataría de medios estables; al menos con tendencia a la periodicidad o duración en el tiempo. Además, la institucionalización implica un mínimo de organización y estructura interna, es decir, un reparto interno de funciones y algún tipo de jerarquía. No debe tener trascendencia constitucional, *a priori*, el tamaño, la difusión o —menos aún— el carácter empresarial o no. Al fin y al cabo, todos esos aspectos son siempre relativos, en razón del entorno en el que se difunda la información. El periódico de un instituto de bachillerato, por ejemplo, puede ser el medio con más difusión dentro del centro educativo. La consecuencia de este concepto amplio de medio de comunicación es que también se amplía el concepto de periodista. A estos efectos no sería periodista exclusivamente quien tenga un contrato laboral con un medio de comunicación, sino todo el que transmita información a través de un medio institucionalizado.

De cualquier modo, se hace necesario reinterpretar la doctrina de la Sentencia, para integrarla en un sistema constitucional de protección de los derechos fundamentales. Para empezar hay que distinguir entre los requisitos que establece la Constitución para el ejercicio de un derecho y su ponderación, cuando estando bien ejercido entre en conflicto, con otros derechos. De una parte están los elementos necesarios para que sea información en el sentido del artículo 20.1.d). De otra, las circunstancias que permitan inclinarse por uno u otro cuando dos derechos entren en conflicto. De esa manera parece que el que la noticias se transmitan a través de medios institucionalizados de comunicación social es un requisito esencial de la información constitucionalmente protegida. Si no se utiliza este tipo de medios, se tratará de libertad de expresión. Y tanto en un caso como en otro, si nos encontramos ante un auténtico conflicto con otros derechos (como pueden ser el derecho al honor o la intimidad) se ponderarán las circunstancias concurrentes para decidir qué bien constitucional resulta obligado sacrificar. Esta afirmación choca con la idea de que, por ejemplo, las afirmaciones de un sindicalista en una asamblea de trabajo estén amparadas por la libertad de información, pero es la única manera de entender coherentemente la doctrina de la STC 165/1987. Tal vez resultara mucho más fácil partir de la auténtica finalidad del derecho a comunicar información y fijar los requisitos necesarios en razón de la aptitud para alcanzar ese objetivo. Serían, en principio, sólo dos: la veracidad y la relevancia pública de los hechos que se transmiten. La concurrencia de un medio institucionalizado no sería imprescindible más que de manera mediata, en razón de los destinatarios de cada información concreta. Cuando se quiera atender a la finalidad esencial de la información, la amplitud del medio favorece un efecto mayor sobre la sociedad. De cualquier modo, en este punto, queda abierta la discusión.

Pero el tema de la titularidad no quedaría resuelto sin aludir, aunque sea someramente, a otros derechos conexos incluidos en el artículo 20 CE. Nos referimos

al derecho a la cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas. El primero es un derecho de carácter laboral, que por tanto sólo pueden ejercer los periodistas que tengan un contrato de trabajo en vigor con un medio de comunicación. El segundo, un derecho que se dice «profesional». Tanto en un caso como en otro sólo los periodistas están protegidos, aunque este término tenga un contenido distinto en cada uno de ellos. En las lecciones correspondientes se hablará al detalle de ambos derechos específicos, por ahora interesa sólo dejar constancia de la especial posición de los periodistas (en sentido amplio) en el derecho a la información.

6. BREVE EXCURSO SOBRE LAS PECULIARIDADES DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN EN LAS «REDES SOCIALES» Y A TRAVÉS DE INTERNET

En principio, el ámbito y contenido de los derechos fundamentales de la comunicación no varía en razón del medio utilizado para la difusión de opiniones o hechos. La extensión del derecho a la libertad de información y sus límites son iguales cuando se ejerce a través de la prensa escrita, por radio, televisión... o internet. Nuestra Constitución se basa en el principio de neutralidad del medio utilizado respecto al contenido del derecho. Por ello, nada justifica la posibilidad de un tratamiento jurídico diferenciado para el ejercicio de la libertad de expresión o de información a través de internet. La experiencia histórica nos demuestra que la llegada de cada nuevo medio de comunicación —ya sea el teléfono, la radio, la televisión o internet— despierta siempre temores en la sociedad. Y casi siempre los temores se traducen en voces que piden una regulación específica para el medio en cuestión, limitando el contenido de las libertades de la comunicación cuando se ejerzan por ese medio. Pero la historia también demuestra que ese miedo a la libertad tiende a difuminarse a medida que el uso del nuevo medio se generaliza.

Dicho esto, es cierto que la naturaleza propia de cada medio de comunicación implica una serie de peculiaridades a la hora de su ejercicio. Aunque el contenido sea el mismo, el medio puede implicar cuestiones relativas a la titularidad, a los efectos o incluso a posibles derechos colindantes. De ese modo, cuando se habla de los retos que plantea el ejercicio de la libertad de información a través de internet, y en particular de las llamadas redes sociales, a lo que se está aludiendo no es a la regulación constitucional del derecho en sí, sino a la problemática relacionada con su ejercicio. Veamos un ejemplo:

Ahmet Yildirim, estudiante de doctorado en una universidad de Estambul, mantenía un sitio web en el que expresaba sus opiniones académicas y políticas. Por determinadas opiniones fue acusado de insultar la memoria del fundador del Estado turco, Atatürk. Durante el proceso judicial un tribunal penal de primera instancia ordenó preventivamente bloquear el acceso a su página web. Para su aplicación, la dirección de comunicaciones turca pidió al tribunal que extendiera la orden, bloqueando el acceso a todo el sistema de *google sites*, con el que se había creado la página web. Como resultado, quedó bloqueado el acceso no sólo al artículo litigioso, sino a toda la web del estudiante. De ese modo se le impedía también publicar y difundir su opinión en otros asuntos, así como sus trabajos

¿En qué determina la resolución de este asunto el hecho de que la publicación fuera una web en vez de un medio tradicional? El caso fue resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH en el asunto *Ahmet Yildirim c. Turquía*, demanda n.º 3111/10) que entendió que se habían violado los derechos del autor de la página web. En sus razonamientos esta corte europea equipara las páginas web a la prensa y señala que las restricciones previas a la difusión de informaciones requieren un examen especialmente escrupuloso en estos casos. Por otro lado, los sitios web tienen una especial importancia en el ejercicio tanto de la libertad de expresión como de la libertad de prensa gracias a su accesibilidad y a su capacidad de conservar y difundir grandes cantidades de datos. Finalmente, concluye que, al restringir injustificadamente el acceso a la web, se han lesionado los derechos a emitir y recibir información. A partir de este caso podemos incluir aquí una referencia a algunas de las peculiaridades que introduce internet en el ejercicio de la libertad de información. Ello, sin perjuicio de que se vuelvan a aludir a ellas con más detalle más adelante, en los correspondientes capítulos de este manual.

La primera consideración tiene que ver con la titularidad. En la *www* y las plataformas conocidas como redes sociales, la **distinción entre periodistas y ciudadanos** ordinarios se desvanece definitivamente. Lo que caracteriza a la red es su acceso universal. Eso la convierte en una plataforma a la que todos tienen acceso como emisores y como receptores, en todo el mundo. En ese sentido, lo que identifica a la libertad de información en internet no es el medio de ejercicio sino la intención de transmitir hechos de cara a la formación de la opinión pública. Lo mismo a través de un blog que publicando textos más o menos breves, propios o difundiendo los de otros.

Una segunda consideración tiene que ver con los efectos. En internet el número de posibles destinatarios es muy extenso (no necesariamente mayor que en la televisión por satélite) y **la disponibilidad de la información** es mayor que en los medios tradicionales (no se trata de una emisión, sino de situar contenidos en una plataforma estable y duradera, de fácil acceso). Ello puede aumentar los efectos negativos de cualquier lesión de otros derechos fundamentales. La afección a la reputación ajena en la red tiene mayor intensidad puesto que es estable y permite el acceso universal durante periodos muy prolongados. Esta circunstancia podrá llevar a que las lesiones a través de internet se castiguen de un modo acentuado, y es un elemento que sin duda se tendrán, en cuenta a la hora de ponderar proporcionalmente el ámbito de dos derechos en colisión.

En tercer lugar, la red permite la **interacción de los usuarios**. Esta interacción puede desdibujar en ocasiones la distinción entre emisor y receptor. Así, cuando a través de internet se repiten o difunden opiniones ajenas no es evidente que pueda aplicarse la teoría del reportaje neutral (a la que aludimos más adelante). La dinámica de algunas plataformas *online* implica que la difusión de opiniones ajenas es un modo de asunción de las mismas, por lo que el difusor se convierte en autor. En ocasiones, este mismo efecto puede complicar la delimitación entre libertad de expresión e

información. Las técnicas tradicionales de distinción pueden resultar ahora obsoletas.

Esta breve referencia no pretende en absoluto ser exhaustiva. Sin duda, el ejercicio de las libertades de expresión y comunicación en una red participativa de acceso universal puede plantear problemas jurídicos nuevos. El mejor modo de afrontarlo no será la creación de una normativa específica que establezca límites diferentes cuando los derechos fundamentales se ejerzan a través de internet. En ese sentido resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo de los EE.UU. en el caso *Reno v. ACLU* (96-511) que ya en 1997 dejaba claro que ninguna razón objetiva justifica la aplicación de un régimen más estricto a la libertad de expresión en Internet.

BIBLIOGRAFÍA

En la Lección 5 se recogen algunos manuales generales que son, sin duda, también de consulta para lo que se ha visto en ésta. Además puede consultarse un artículo inicial de Juan José SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, «Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información», *REDC*, n.º 23 (1988). También, aunque se trate de obras más genéricas, Pablo SALVADOR CODERCH, *El derecho de libertad*, CEC, Madrid, 1994; y Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La libertad de expresión*, Marcial Pons, Madrid, 1992. Más profundo y muy serio, pero no siempre accesible al lego, está el libro de Francisco BASTIDA e Ignacio VILLAVERDE, *Libertades de expresión e información y medios de comunicación*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

En cuanto a la distinción entre opinión e información, es de utilidad el artículo de José Luis GARCÍA GUERRERO, «Una visión de la libertad de comunicación desde la perspectiva de las diferencias entre la libertad de expresión, en sentido estricto, y la libertad de información», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 20 (2007), pp. 359-399.

Sobre la evolución de los monopolios informativos y la necesidad de reacción en las sociedades democráticas, resulta ilustradora la obra de Juan J. LINZ, *La quiebra de las democracias*, Alianza, Madrid, 1996. Sobre el panorama actual resulta interesante la obra de Aurora LABIO BERNAL, *Comunicación, periodismo y control informativo: Estados Unidos, Europa y España*, Anthropos, Barcelona, 2006.

En cuanto al valor de libertad de información para el pluralismo democrático, las dos obras de referencia son: María Cruz LLAMAZARES CALZADILLA, *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Civitas, Madrid, 1999; y Artemi RALLO, *Pluralismo informativo y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. También el artículo de Miguel SATRÚSTEGUI, «El pluralismo informativo», en *Libertad de manifestación de pensamiento y jurisprudencia constitucional*, Giuffrè, Milán, 2005, pp. 39-62.

LECCIÓN CUATRO

LA OBTENCIÓN LEGÍTIMA DE LA INFORMACIÓN

SUMARIO: 1. UNA VISIÓN DINÁMICA DEL DERECHO A TRANSMITIR INFORMACIÓN.—2. EL EJERCICIO LEGÍTIMO DEL DERECHO A OBTENER INFORMACIÓN.—A) *Frente a los ciudadanos.*—B) *Frente a los poderes públicos.*—3. LOS LÍMITES A LA OBTENCIÓN DE LA INFORMACIÓN.—A) *Los secretos.*—B) *Los secretos oficiales.*—C) *El secreto de las comunicaciones.*—D) *El secreto de sumario.*—a) Los juicios paralelos en prensa.—BIBLIOGRAFÍA.

1. UNA VISIÓN DINÁMICA DEL DERECHO A TRANSMITIR INFORMACIÓN

La transmisión de la información se realiza siempre en tres fases: recogida de datos, elaboración de esos datos para crear una información y difusión. La garantía constitucional de la información estaría incompleta si tan sólo se extendiera al momento de su transmisión. Para alcanzar la finalidad constitucional prevista es necesario que también queden protegidos los instantes en que se está consiguiendo y organizando mentalmente. No tendría sentido prohibir las interferencias en la difusión de una información y permitir en cambio intromisiones ilegítimas cuando el periodista está investigando o, peor aún, construyendo lo que se va a difundir. De hecho, instituciones como la censura previa, a la que más adelante se alude, protegen directamente la fase de elaboración como reflejo directo del derecho a la creación artística o literaria. Del mismo modo, dentro de las facultades contenidas en el derecho a comunicar libremente información veraz, hay que incluir la de *obtener información*. No se trata en sí mismo de un derecho fundamental, sino de una facultad protegida como derecho instrumental, al servicio de un derecho fundamental.

O sea, que el derecho fundamental a transmitir información tiene que verse como una realidad dinámica, que se extiende temporalmente a través de las fases de investigación y elaboración, consumándose con la difusión. Incluso si se apurara más esta idea, la fase inicial del derecho a la información la integraría el derecho a crear medios de comunicación, por más que en aras de la claridad expositiva aquí se haya preferido abordarlo en un momento posterior. En esta concepción dinámica hay que destacar que el momento jurídicamente más determinante es, sin duda, el de la publicación, porque es entonces cuando verdaderamente se realiza el derecho. En cuanto a la fase de elaboración de los artículos periodísticos se caracteriza por el predominio del derecho a la creación artística e intelectual. Cualquier intromisión estatal en la fase creativa podría afectar, además de al derecho a la información, a la misma dignidad humana. Se trata de una fase de «formación de la voluntad» comunicativa en la que debe predominar el abstencionismo estatal. Hasta que no se haya terminado por completo de elaborar el texto a publicar será muy difícil decidir si

éste afecta o no a otros derechos y bienes constitucionales y si debe sufrir, por ello, un sacrificio. Mientras se elabora no puede saberse si va a ser información u opinión, si va a incluir insultos o revelaciones de la vida privada o similar. En definitiva, el ejercicio del derecho a la información aún no está consumado, y no se sabe cómo se va a ejercer.

Antes de todo ello, el periodista debe tener derecho a buscar y conseguir información. Un derecho jurídicamente garantizado, protegido por los tribunales de justicia, que no ha de confundirse con el derecho genérico de los ciudadanos a recibir información elaborada, sino que alude exclusivamente a la actividad del profesional para conseguir los datos «en bruto» que darán lugar a su información. Pero, ¿en qué consiste este derecho a conseguir información? Evidentemente no se trata de un derecho jurídicamente ilimitado, a recoger cualquier tipo de información. De hecho, no se sabe aún si se trata de un derecho que se pueda invocar frente a otros ciudadanos o sólo frente al Estado. Ni siquiera está, *a priori*, claro cuándo se tratará de un derecho de libertad (a que no se le impida recoger información) y cuándo de prestación (a que se le facilite una información). Resulta, pues, necesario definir el derecho, y para ello lo mejor será abordar, sin más, la cuestión de su ejercicio legítimo.

2. EL EJERCICIO LEGÍTIMO DEL DERECHO A OBTENER INFORMACIÓN

Cuando se dice que el periodista tiene derecho a obtener información se quieren decir, por lo menos, dos cosas: que no se le puede impedir que recoja información y que hay que suministrarle información. Ésas son las dos facultades que integran cualquier derecho. Hasta ahora hemos visto los derechos fundamentales como facultades jurídicas que se protegen frente a todos pero que, en principio, sólo pueden reclamarse activamente frente al Estado. En este derecho instrumental conviene detenerse en analizar cuál es su virtualidad frente a otros ciudadanos. Parece evidente que lo que se está cuestionando es si el periodista tiene derecho a recabar libremente información sobre un ciudadano cualquiera, puesto que no va a existir un derecho a reclamar jurídicamente a otra persona que facilite información sobre sí mismo o sobre un tercero al informador.

A) FRENTE A LOS CIUDADANOS

Efectivamente, el informador puede recoger libremente información sobre cualquier persona, sin que ésta puede exigir judicialmente que cese la investigación sobre ella. En realidad se trata de un derecho bastante básico y bastante obvio: el periodista no puede exigir de nadie que actúe como informador del mismo modo que el afectado no puede impedir a nadie que se convierta en informador. El ciudadano que conozca que hay un periodista recopilando información acerca suya no dispone

de ningún medio jurídico para exigirle que cese en esa tarea, porque con la mera recogida de datos no se está afectando a ningún derecho de la persona. Tampoco existe en España por ahora ninguna figura legal similar al «acoso periodístico». Distinto es que en la recogida de datos se incurra en alguna conducta antijurídica, como la interceptación de comunicaciones, las amenazas, el allanamiento de morada, el apoderamiento de documentos de la intimidad, o cualquier otra. Evidentemente, una cosa es que no se pueda perseguir judicialmente el hecho de que alguien esté investigando sobre un tema y otra muy distinta que con la excusa de la investigación se autorizara a cometer delitos. Cualquier delito o ilícito que cometa el informador mientras intenta recoger información es perfectamente sancionable, porque el derecho a obtener información no faculta al periodista para la comisión de delitos ni lo exime del cumplimiento de la Ley (así, por ejemplo, si el periodista aprovecha un descuido, u olvido, de alguien para apropiarse de los documentos que lleva en una cartera, estará incurriendo en delito de hurto, exactamente igual que cualquier otra persona que hiciera algo parecido). Con esta salvedad, si no hay delito de por medio, el ciudadano tiene que esperar siempre hasta la difusión de la información que le atañe para poder reclamar: la invasión en su intimidad o la lesión de su honor o de su imagen sólo se producen con la publicación de los datos acerca del particular, no con la mera investigación sobre él. Entretanto el periodista puede conseguir cualquier dato lícito y accesible, e incluso —como veremos— grabarlo o registrarlo si no se trata de un secreto. Esta carga de soportar que alguien recoja información sobre uno mismo no incluye, sin embargo, ninguna obligación de colaborar. Los particulares no tienen por qué facilitar a los periodistas la tarea de adquirir datos: pueden esconderse, mentir, facilitar informaciones sesgadas, etc.

En cuanto al límite que supone para la recogida de información el no poder incurrir en conductas prohibidas por el ordenamiento hay que matizar más. La mera recogida de datos no puede ser impedida, pero posteriormente puede cometerse un delito que permita sancionar la conducta del periodista.

Los días 20 y 27 de diciembre de 1979, la revista *Interviú* publica un artículo firmado por D. Francisco Javier Vinader. En el artículo, que adopta la forma de entrevista, se recogen las confesiones de D. Francisco Ros, antiguo agente de la Policía Nacional destinado en el País Vasco. En ella se alude profusa e insistentemente a XXX, de quien se dice que es propietario de un club denominado «YY» enclavado en la calle ZZ de VV, que es un fanático y peligroso ultraderechista, confidente asiduo de la Policía y la Guardia Civil; que tiene su propio servicio para detectar etarras; que dispone de suficientes contratos para la compraventa de armas; que es el máximo organizador de los comandos incontrolados; que propuso a Ros realizar un cursillo de terrorismo teórico y práctico; que XXX le explicó que la mayoría de las acciones perpetradas contra los refugiados etarras en Francia, las hacían gente contratada al efecto. Que las charlas informativas del cursillo tuvieron lugar en la oficina que XXX tenía en la parte superior del club «YY». En el mismo artículo se citan otros nombres de activistas de los comandos ultraderechistas y los locales en que se reúnen. A dicho artículo se incorporan fotografías de XXX y varios de los activistas.

Como consecuencia de la publicación, el 5 de enero de 1980 personas no identificadas pertenecientes al grupo ETA se presentaron en el local «YY» asesinando a sangre fría a XXX. El día 23 de enero, otros miembros de ETA se presentan en otro local citado en el artículo e igualmente asesinan a uno de los ultraderechistas aludidos.

En noviembre de 1981 la Audiencia Nacional condena al periodista Francisco Javier Vinader por un delito de imprudencia temeraria profesional con el resultado de dos asesinatos.

¿Tenía Vinader derecho a recoger y publicar información acerca de las personas que posteriormente resultaron asesinadas? ¿Podía habersele impedido recoger los datos personales de estas personas, o utilizarlos una vez conseguidos? La respuesta parece muy clara a la luz de la Constitución: son dos los principios que regulan toda esta materia: No se puede impedir la difusión de ninguna información que haya sido obtenida lícitamente. Es lícito recoger cualquier información siempre que para hacerlo no se haya cometido delito alguno ni que se trate de una materia protegida por un «secreto» constitucional.

Por tanto, incluso aunque las personas aludidas en el reportaje del Sr. Vinader hubieran tenido noticias de la información recogida por éste y de la intención de publicarla hubiera sido imposible legalmente impedir esta publicación. El periodista se limitó a investigar y recoger datos, sin que haya indicios de que hubiera cometido ningún delito para ello, así que la información ha sido obtenida lícitamente. Cosa distinta es que con la publicación en sí pueda cometerse un delito: no se puede impedir la difusión, pero si con ésta se comete algún ilícito, el autor deberá responder jurídicamente por ello.

¿A qué responde una construcción aparentemente tan complicada? Muy fácil. La libertad de información protege esencialmente el proceso de elaboración periodística: una vez obtenidos legítimamente unos datos el encargado de redactarlos o procesarlos es el que de verdad crea la información. Hasta que este proceso no esté consumado no se sabe si el resultado supondrá o no una intromisión ilegítima en los derechos de otras personas, ilícita jurídicamente. Así, una fotografía puede ser retocada, unos datos personales alterados, unos hechos tratados de distintas maneras. En esa fase creativa el ordenamiento no puede intervenir de manera represora, pues se trataría de una acción jurídica preventiva contraria a los derechos fundamentales; las limitaciones preventivas de derechos fundamentales, de cualquier tipo, se oponen a la esencia del Estado de Derecho. Mucho más cuando implican una intromisión externa en el desarrollo de la conciencia personal, que puede atentar contra el respeto mismo a la dignidad humana.

Dicho esto, no obsta para que en la mera captación de datos también hayan de respetarse algunos límites. Entre ellos, destaca en especial la introducción en el Código Penal de un delito específico que en el que se incurre por el *mero acceso* a determinados datos. Así, el artículo 197 CP castiga a quien se apodere de documentos relativos a la intimidad de las personas, aun cuando no los revele¹. Afortunadamente, de lo que se trata es esencialmente de castigar la interceptación de las comunicaciones ajenas, en aplicación del artículo 18 CE del que ya hablaremos. Sin embargo, el precepto legal penaliza también el acceso a ficheros o archivos, en especial informáticos, en los que se recojan datos personales. Como veremos más adelante, si se trata de un supuesto de secretos, legalmente considerados como tales, no hay nada que objetar al respecto. En cambio, la utilización de este precepto para impedir investigaciones periodísticas que, en principio, no lesionan ningún derecho constitucional específico, sería sin duda contraria a la libertad de información reconocida constitucionalmente. Si no se accede a una materia secreta, habrá que

esperar a la publicación de la noticia y sólo después podrá sancionarse al periodista, si es que vulneró la intimidad.

Todo lo dicho en este apartado debe ser matizado por una tendencia que está cobrando fuerza en los últimos tiempos en la doctrina del Tribunal Constitucional. En efecto, este alto Tribunal está cayendo en los últimos tiempos en la tentación de dar valor a lo que considera que es la «ética» del periodismo y, en consecuencia, juzgar el ejercicio de la libertad de información con criterios morales antes que jurídicos. Esta peligrosa inclinación se manifiesta de manera especial con ocasión de su juicio sobre la obtención de la información. Así, en 2012 el Tribunal vino a resolver una serie de casos en los que se habían difundido por televisión imágenes captadas a través de lo que se llama «cámaras ocultas». El más relevante es el de la STC 12/2012:

A finales de 2000, la periodista doña Lidia González, acudió a la consulta de doña Rosa María Fornés, esteticista y naturista, haciéndose pasar por una paciente, por lo que fue atendida por ésta en la parte de su vivienda destinada a consulta, ocasión utilizada por la primera para grabar la voz y la imagen de la segunda por medio de una cámara oculta. La grabación fue emitida en el programa PVP de la cadena de televisión Canal 9. En el programa se desarrolló también una tertulia sobre la existencia de falsos profesionales que actúan en el mundo de la salud, con intervención de representantes de la asociación española de fisioterapeutas, así como una paciente que había sido atendida en una ocasión por la protagonista. En la tertulia, los intervinientes criticaron a doña Rosa María Fornés, cuya imagen apareció en un ángulo de la pantalla, y pusieron de manifiesto la existencia, casi tres años antes de la grabación emitida, de una condena penal previa contra dicha persona por delito de intrusismo, por haber actuado como fisioterapeuta sin ostentar título para ello. Considerando que la captación y publicación de sus imágenes dañaban su derecho a la propia imagen y a la intimidad, doña Rosa María Fornés interpuso una demanda contra la periodista y la Televisión Autonómica Valenciana.

La violación de los derechos se atribuye, pues, no sólo a la difusión sino incluso a la captación misma de las imágenes. En consecuencia, el TC, seguramente sin demasiada reflexión, parte (sin más explicación) de que «una determinada forma de captación de la información, o de presentación de la misma, puede llegar a producir al mismo tiempo tanto una intromisión ilegítima en la intimidad como una vulneración del derecho a la propia imagen o, incluso, una lesión al derecho al honor». A partir de ahí razona que «el carácter oculto que caracteriza a la técnica de investigación periodística llamada “cámara oculta” impide que la persona que está siendo grabada pueda ejercer su legítimo poder de exclusión frente a **dicha grabación**, oponiéndose a su realización y posterior publicación, pues el contexto secreto y clandestino se mantiene hasta el mismo momento de la emisión». Así, no se limita a poner de manifiesto razonablemente que determinadas formas de captación dificultan el consentimiento. Va más allá y parte de la posibilidad de negarse a la grabación misma de las imágenes, sin explicar en ningún momento cómo el mero hecho de la observación de una persona puede afectar a sus derechos.

El TC, realmente, parte de un concepto moral sobre el engaño: «la utilización de un dispositivo oculto de captación de la voz y la imagen se basa en un ardid o engaño que el periodista despliega simulando una identidad oportuna según el contexto, para poder acceder a un ámbito reservado de la persona afectada con la finalidad de grabar su comportamiento o actuación desinhibida, provocar sus comentarios y reacciones así como registrar subrepticamente declaraciones sobre hechos o personas, que no es

seguro que hubiera podido lograr si se hubiera presentado con su verdadera identidad y con sus auténticas intenciones». Ello le lleva a una conclusión sobre los métodos de obtención de la información: «en ningún caso pueden considerarse legítimas aquellas técnicas que invaden derechos protegidos, ni aquellos métodos que *vulneren las exigencias de la ética periodística* en cuanto a la solvencia y objetividad del contenido informativo». En definitiva, no hay el menor atisbo de razonamiento jurídico en ello, pero la realidad es que en la actualidad el TC en ocasiones está considerando contrario a los derechos fundamentales la captación de información realizada de manera subrepticia o «inmoral». En concreto, según el Tribunal, está constitucionalmente vetado el uso del método de la cámara oculta. Sin más. Las consecuencias de esta doctrina pueden ser terribles para la libertad de información. No se sabe si se extenderán también a la grabación de conversaciones telefónicas o incluso a los casos en los que los periodistas no se identifiquen de manera expresa para la captación de imágenes. Entre tanto, mientras el Constitucional no vuelva a la senda del derecho y la argumentación jurídica, hay que tener en cuenta que en ocasiones, pese a las disposiciones de la Constitución, la captación de información puede estar prohibida si atenta contra la ética, tal y como la aprecie el Tribunal Constitucional.

B) FRENTE A LOS PODERES PÚBLICOS

Frente a los poderes públicos el derecho a obtener información resulta más trascendente. De una parte, la libertad de investigación acerca del funcionamiento de las instituciones del Estado es imprescindible para la crítica política y la libre circulación de informaciones acerca de las instituciones democráticas, consideraciones que habrá que tener en cuenta incluso para ponderar el derecho a obtener información frente a las limitaciones que la ley fije. El sentido institucional de la libertad de información es más evidente cuando se trata de criticar a las instituciones públicas. Por lo demás, el contenido defensivo del derecho a obtener información (libertad frente a limitaciones de cualquier tipo) es similar frente a particulares y frente a los poderes públicos, con la salvedad de la obligación estatal de colaborar: los poderes públicos deben facilitar a los ciudadanos el acceso a la información pública que anden buscando. Además, frente a ellos últimos el derecho cobra un carácter prestacional, y surge una obligación estatal de tomar la iniciativa ellos mismos de facilitar información a los periodistas y, a través suya o no, a los ciudadanos. Por tanto, a la hora de obtener información del Estado rigen dos principios: *libertad de investigación* con la colaboración pública y *obligación estatal de facilitar* información de propia iniciativa.

En cuanto a la libertad de investigación sobre los asuntos públicos, merece especial atención la vigente regulación sobre derecho de acceso de los ciudadanos a los registros públicos y a todo documento que obre en poder de la administración. Se trata de una facultad garantizada por el artículo 37 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (Ley 30/1992) para cualquier ciudadano², cuanto más

para un periodista, que en virtud de la función que ejerce debe ser asimilado legalmente en materia de archivos públicos, cuanto menos, al *status* de los llamados «investigadores». Junto a éste, hay otros numerosos textos legales nacionales y europeos que regulan el acceso a la información en supuestos especiales y ámbitos mayores: así, por ejemplo, el acceso a información en materia de medio ambiente (Ley 38/1985), el acceso a datos informáticos (Ley 15/1999) o a la información de la Unión Europea [Reglamento (CE) n.º 1.049/2001].

El ejercicio práctico del derecho de acceso a la información está sometido en la actualidad a numerosas trabas, tanto en las normas que lo regulan como en su ejercicio práctico. Diversos estudios demuestran que la tendencia de la administración española es considerar como una excepción la publicidad de su documentación y el recurso al silencio administrativo suele ser la respuesta más común frente a peticiones de información.

Frente a ello, de la propia Constitución, y de numerosos instrumentos internacionales, se deriva un mandato de transparencia de la función pública que constituye una institución de garantía democrática de primer orden. De hecho, la tendencia en nuestro contexto es cada vez más favorable a la regulación de ese derecho. A menudo se toma como inspiración para ello la normativa estadounidense, en particular la *Freedom Information Act*³. Recientemente la normativa europea está obligando a aprobar facultades de libre acceso a la información pública en materias específicas, como el medio ambiente⁴. Todo hace, por tanto, prever que más pronto que tarde se apruebe una ley general de acceso a la información. Entre tanto, y con la legislación existente, son los tribunales los encargados de amparar a los ciudadanos y periodistas que intentan acceder a informaciones públicas concretas y se les niega de manera irrazonable.

En cuanto a la obligación estatal de facilitar información cotidiana sobre sus actividades, destaca el hecho de que los periodistas tienen un derecho preferente de acceso a la misma. Así, la obligación estatal y el derecho preferente de los periodistas se combinan, configurando un modo de acceso amplio. Veámoslo en un caso real:

El 23 de febrero de 1982, el periódico *Diario 16* publica un artículo titulado «Así asaltamos el Parlamento» en el que se vierten informaciones que afectan a los inculcados en el juicio por el intento de golpe de Estado producido un año antes, que acaba de comenzar. Éstos le hacen saber al presidente del Tribunal Militar que se niegan a entrar en la Sala de vistas en tanto esté presente el periodista autor del citado artículo. Así que el mismo día el Consejo Supremo de Justicia Militar dicta una resolución por la que acuerda la suspensión de la utilización de credenciales de acceso a la sala de audiencias a los informadores representantes de *Diario 16*.

El periódico afectado acude al Tribunal Constitucional solicitando que se le ampare su libertad de información. Ello plantea dos problemas distintos: de una parte la obligación del Estado de facilitar a los medios de comunicación el acceso directo a datos e informaciones relevantes, de otra el grado de discrecionalidad de que dispone para ello cuando, como en el caso enunciado, hay limitaciones materiales que impiden el acceso de todos los medios que lo soliciten.

En cuanto al primero, la solución es muy fácil: el Estado, en todas sus manifestaciones, está obligado a facilitar el acceso de los periodistas a todos sus

procesos de toma de decisiones. Queda claro que se trata de una obligación jurídica, repaldada por la tutela judicial. De esta manera, resulta obligatorio que los medios de comunicación puedan acceder a las decisiones de los Consejos de Ministros, de los distintos órganos de la administración; a las discusiones y decisiones del Congreso, del Senado y de sus Comisiones; a los procesos judiciales. La correspondiente obligación estatal exige que se pongan los medios necesarios para facilitar que estas informaciones lleguen a los periodistas. Hay que hacer, no obstante algunas matizaciones, porque en realidad es éste un derecho de los informadores que queda sometido al respeto de otros intereses públicos reconocidos constitucionalmente.

De una parte se trata de un derecho que ha de ser necesariamente compartido con el resto de ciudadanos. Es cierto que como dice el TC: la proyección social del funcionamiento del Estado «no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de medios de comunicación, 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» (STC 30/1982). De ello debe deducirse una *preferencia* de los medios de comunicación a la hora de recibir información del funcionamiento del Estado. Sin embargo tampoco puede excluirse absolutamente el acceso de ciudadanos individuales dispuestos a formarse su propia opinión y a estar informados por sí solos, sin el intermedio de los medios de comunicación. A fin de cuentas el deber de publicidad de funcionamiento de los poderes públicos se articula como un derecho de los ciudadanos. Ello resulta especialmente claro, por ejemplo, a propósito de la publicidad de los procedimientos judiciales cuando el artículo 120 CE establece que las actuaciones judiciales sean públicas. De manera más restringida, el artículo 80 CE, dice lo mismo de las sesiones plenarias de las Cámaras. En principio, pues, hay que armonizar el acceso directo de ciudadanos con un acceso preferente de los medios de comunicación de manera que ambos coexistan en todos los niveles de funcionamiento estatal.

De otra parte, hay intereses constitucionalmente protegidos que pueden imponerse sobre el derecho de acceso a la información estatal. El más evidente es el derecho a la intimidad. Cuando se trate de acceder a informaciones existentes en registros públicos que afecten a la intimidad de terceras personas, el poder ejecutivo no sólo puede, sino que debe, impedir el acceso a tales datos. Aunque no haría realmente falta (basta aplicar directamente la Constitución), así lo especifica también el citado artículo 37 de la LRJAP cuando limita el acceso público a todo tipo de datos y expedientes que afecten a la intimidad de las personas o a secretos estatales. Del mismo modo, el derecho a la intimidad de las víctimas puede servir de justificación para denegar la publicidad de un proceso judicial. Junto a la intimidad, hay otros valores constitucionales. Aquí cabe aludir, por ejemplo, al derecho al libre desarrollo de la personalidad, que puede impedir la publicidad de datos relativos a niños y jóvenes; la eficacia del funcionamiento de los poderes públicos servirá de causa impeditiva sólo cuando sea absolutamente incompatible con la publicidad de las actuaciones; respecto a los secretos, se habla más adelante. Toda esta variedad no debe ocultar la que es la idea principal: sólo intereses y valores recogidos constitucionalmente, y después de

un proceso de ponderación, pueden limitar el derecho de acceder a la información estatal en cuanto requisito para el ejercicio de la libertad de información.

En tercer lugar hay que señalar que el derecho de los periodistas a recibir información estatal acerca del funcionamiento de los poderes públicos y acceder a ella no incluye también el de que los informadores puedan decidir la manera en que se cumple. Es decir, que el Estado tiene libertad a la hora de establecer los cauces a través de los que la información se hace llegar a los medios. Por ejemplo, la información acerca de los debates parlamentarios puede proporcionarse facilitando el acceso directo de los periodistas a la sala correspondiente, pero también a través de circuitos cerrados de televisión o por cualquier otro medio que garantice el conocimiento suficiente de los debates por los periodistas. Del mismo modo, el derecho de acceso a los registros públicos, que aparece recogido en el artículo 105.b) CE no exige que los periodistas puedan realizar fotocopias de los expedientes consultados, ni tampoco un modo específico de acceso. Aunque la vigente LRJAP recoge con carácter genérico esta posibilidad, ello no es fruto de un derecho constitucional sino de una facultad concedida legalmente y que podría desaparecer en futuras leyes sin que ello originara ningún problema de constitucionalidad.

Sin embargo, la libertad de elección del Estado a la hora de facilitar la información también tiene sus límites. Con ello entramos en el segundo problema que habíamos planteado, el de la discrecionalidad estatal. El primer límite no es tal: se trata de que el medio elegido no impida el acceso mismo a la información a través de su reducción o tergiversación. Sin embargo, lo que realmente nos interesa es cuál debe ser la reacción de los poderes públicos en los casos en que limitaciones materiales invencibles imposibiliten el acceso a determinados datos o actuaciones de todos los medios de comunicación interesados. Así, por ejemplo, puede suceder que el Estado no disponga de medios materiales para que todos los medios que lo soliciten accedan a una determinada conferencia de prensa o, como en el caso que arriba se indicó, a una Sala de juicio. En estos supuestos habrá medios que reciban una información que se les niega a otros, de manera que alguno pueda alegar que no se está cumpliendo su derecho a que el Estado les facilite informaciones.

Así, hay que comenzar por señalar que el mandato a los poderes públicos para que faciliten la información sobre sus actuaciones se incrementa en paralelo al interés social de las mismas. El Tribunal Constitucional ha reconocido que el derecho de los periodistas a esa información «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». Así, a mayor interés democrático en sentido constitucional, más medios tiene que poner el Estado para que los informadores puedan recibir la información. Aún así son posibles casos en los que los medios sigan siendo insuficientes; entonces, ¿cómo se reparten?

Aunque podrían imaginarse diversos criterios, resulta jurídicamente imposible decidirse a favor de uno de ellos. Precisamente por la facultad que, como hemos visto, tienen los órganos públicos para administrar la transmisión de datos. Así, en una sala de juicios, las acreditaciones para la prensa podrán repartirse de muy

diversos modos: se podrá elegir un criterio temporal de solicitudes, optar por dar preferencia en razón a la difusión de los medios solicitantes, o en razón del ámbito territorial de cada uno, o de cualquier otra forma. La única exigencia del ordenamiento es que los criterios se establezcan de antemano —sin posibilidad de ir improvisando y variando para cada medio—, que aparezcan razonados y, en definitiva, que se trate de criterios objetivos aplicados por igual a todos los medios de comunicación. Ello es así porque la acción estatal que se basara en la pura discrecionalidad sí que resultaría lesiva del derecho a la información. Los poderes públicos pueden administrar libremente la información cuando es escasa pero de acuerdo con los principios que configuran el Estado de Derecho y excluyendo la mera arbitrariedad. La exclusión de un medio de comunicación o un periodista determinados sólo puede responder a criterios igualmente objetivos. A infracciones del ordenamiento, no a meras opiniones o conveniencias del órgano público que controle la información en cuestión.

Un buen ejemplo de la situación del mandato a los poderes públicos de facilitar el acceso a sus actuaciones de los medios de comunicación se plantea, una vez más, con ocasión del acceso a los Tribunales de Justicia:

El 12 de septiembre de 1995 la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, adoptó unas normas sobre acceso a su sede de los medios de comunicación social. En las mismas establecía que «no se permitirá el acceso con cámaras fotográficas, de vídeo o televisión al Palacio del Tribunal Supremo, salvo a los actos de apertura del año judicial, tomas de posesión y otros gubernativos solemnes». Frente a esta norma, un amplio grupo de periodistas encargados normalmente de cubrir la información de Tribunales interpuso un recurso ante el Consejo General del Poder Judicial. Este órgano lo resolvió determinando que la prohibición general de acceso al Tribunal Supremo con cámaras fotográficas, de vídeo o televisión podía levantarla en cada caso la Sala correspondiente tras valorar el derecho a la intimidad y a la propia imagen de quienes intervienen en los juicios y de la serenidad que han de tener las partes y los miembros del Tribunal en el ejercicio de su función.

Frente a ello, el Tribunal Constitucional entendió que, en tanto no exista una ley que debidamente restrinja el acceso a las Salas de justicia, la norma general no puede ser la prohibición, sino la autorización. Es decir que, a *priori*, los periodistas tanto gráficos como escritos pueden asistir a todos los actos judiciales públicos, sin perjuicio de que excepcionalmente se prohíba por diversas razones: «No es compatible, pues, con la actual legislación reguladora del ejercicio de la libertad de información (art. 20.4 CE) el establecimiento de una prohibición general con reserva de autorización en cada caso del acceso de medios de captación y difusión de imágenes a las audiencias públicas, porque la utilización de tales medios forma parte del ámbito constitucionalmente protegido por el derecho a la libertad de información que no ha sido limitado con carácter general por el legislador» (STC 56/2004, FJ 7). La prohibición, por tanto, de acceso de los informadores a la actividad pública tendrá carácter excepcional y deberá fundarse en la protección de otros bienes constitucionales. En el caso concreto, por ejemplo, el TC, a la hora de señalar posibles limitaciones a adoptar caso por caso, señala que la utilización de medios gráficos puede afectar de manera más intensa que la prensa escrita a los derechos a la propia imagen, al honor y la intimidad de las personas que participan en los juicios. E incluso que:

No está excluido que la captación de imágenes en el proceso pueda producir una viva impresión en los que intervienen en el mismo. La instalación y utilización de cámaras de captación de imágenes puede, sin duda, suscitar efectos intimidatorios, por ejemplo, sobre los procesados en un juicio penal, sus defensores y los testigos, lo que podría ser suficiente para excluir la presencia de aquéllas (STC 65/1992, de 29 de abril, FJ 2). Por otra parte, en algunas circunstancias, la impresión de realidad que va asociada a la imagen visual podría favorecer especialmente el desarrollo de los que se han denominado «juicios paralelos», frente a los que «la Constitución brinda un cierto grado de protección... en la medida en que pueden interferir el curso del proceso» (ATC 195/1991, de 26 de junio, FJ 6). Y la simple instalación de los normalmente complejos medios técnicos necesarios para captar y difundir estos mensajes podría, por sus exigencias de tiempo y espacio, en determinados supuestos, perjudicar el ordenado desarrollo del proceso indispensable para la correcta administración de justicia (FJ 4).

Todo ello puede ser tomado en cuenta por los poderes públicos a la hora de limitar el derecho de acceso para la protección de otros bienes.

3. LOS LÍMITES A LA OBTENCIÓN DE LA INFORMACIÓN

Una vez definido en positivo el derecho a obtener información, corresponde ahora entrar en el análisis de sus límites. Ya se han esbozado antes (los límites forman parte de la definición de cualquier institución jurídica) pero conviene detenerse brevemente en cada uno de ellos.

Como se ha dicho, la información protegida es la que se obtiene legítimamente. Pero, ¿qué quiere decir en realidad ese «legítimamente»? Ya se ha avanzado: significa que no se haya cometido ningún delito para conseguirse, ni lesionado derechos de otras personas y que su obtención no vulnere alguna de las prohibiciones que establece la Constitución con el nombre de secretos.

En cuanto a los delitos, poco hay que decir. Se trata de delitos que constituyan un hecho necesario para la consecución de la información. La libertad de información no puede amparar que, con la intención de conseguir información, se vulneren prohibiciones establecidas en las leyes penales. En principio, parece que este límite no puede extenderse sin más a los meros ilícitos administrativos. Las infracciones establecidas por el poder ejecutivo, sin autorización legislativa expresa, difícilmente pueden limitar incluso un derecho instrumental para el de información como es el de recoger libremente datos para su difusión en la opinión pública. Máxime cuando de lo que se está hablando es de en qué supuestos puede *impedirse* la publicación, no de la posibilidad de sanciones jurídicas una vez que los datos hayan sido elaborados periodísticamente y difundidos a través de un medio. En el terreno de la información, la Constitución exige reducir al mínimo cualquier actuación preventiva que suponga una limitación para los informadores. La prohibición absoluta de censura, recogida en el artículo 20.2 es la prueba más clara de ello. En cuanto a la ilegitimidad de acciones que para conseguir unos datos lesionen el derecho de terceras personas, hay que tener en cuenta que en algún caso podría suceder que se lesionasen derechos de terceros sin incurrir en delito: por ejemplo porque al conseguir una información se esté impidiendo a alguien usarla para un fin lícito que tuviera previsto, o porque sin cometer un delito de los previstos en el código se suplantara la personalidad de otra persona. No resulta en cambio constitucionalmente correcto entender que la intimidad

de las personas se viola con el mero acceso a los datos, sin su posterior difusión, aunque sea ésa la tendencia cada vez más clara de nuestro Derecho Penal.

Entre las restricciones preventivas permitidas destacan, legitimados como límites por la propia Constitución, los secretos. Los secretos son datos cuya mera obtención está vetada; es decir, informaciones que el ordenamiento prohíbe que salgan del ámbito en el que se producen o custodian

Respecto al modo en que funcionan estas restricciones al libre acceso a la información conviene realizar algunas precisiones al hilo de la doctrina del Tribunal Constitucional:

El diario *El Mundo* publicó, en su edición del día 6 de febrero de 1997, una serie de noticias relativas a la investigación del patrimonio de un exministro realizada en el marco de un sumario sobre la ilegal utilización de los fondos reservados en el Ministerio del Interior. En la portada de ese diario aparecía la siguiente información: «Un íntimo de Corcuera dice ser dueño del chalé investigado por la juez. El ex sindicalista Pedro Mansilla ni lo ha ocupado ni aparecía en el Registro». Junto a ello, un artículo titulado «El misterio sobre el patrimonio de Corcuera», en el que se afirmaba que «las indagaciones de la juez giran sobre si el ex ministro Corcuera es el verdadero propietario de un chalé en la lujosa urbanización de Las Lomas, en la localidad madrileña de Boadilla del Monte. Así lo denunciaban dos anónimos recibidos por la juez, que señalaban a Julio Touza como el arquitecto del chalé y a varios ex sindicalistas, entre ellos Pedro Mansilla, como posibles testaferros». La pieza separada de investigación patrimonial de donde habían sido sacados los datos había sido declarada secreta y lo seguía estando en el momento de la publicación. Frente a dicha información, el ex ministro aludido acude al Tribunal Constitucional invocando la lesión de su derecho al honor y denuncia que los periodistas no pudieron tener acceso regular a aquellas diligencias, por lo que la información no reunía los requisitos constitucionalmente exigidos para ser legítima.

Al resolver este asunto, el Tribunal señala, sin embargo, que en la medida en que el recurso había sido interpuesto por lesión del derecho al honor, el hecho de que la información fuera o no legítima no afecta a dicho derecho. Es decir, que puede prohibirse o castigarse la difusión una información que haya sido conseguida ilícitamente, pero ello no quiere decir automáticamente que sea deshonrosa o inveraz: «el que el ejercicio de la libertad de expresión pudiera resultar ilegítimo por otras razones tales como que la noticia constituyera una revelación de algo que, por proceder de un sumario, la Ley declara secreto —con la eventual responsabilidad de quienes hubiesen cometido tal transgresión— en nada afecta al conflicto que aquí dilucidamos, pues por muy ilegítima que, desde ese enfoque, pudiese resultar una información determinada, ello no la transformaría en inveraz ni, por tanto, en lesiva del honor» (SSTC 54/2004, FJ 6; 216/2006, FJ 5).

A) LOS SECRETOS

Un secreto es una información a la que no se tiene acceso. La esencia de la definición de secreto no está tanto en la prohibición de difundirlo como en la de conocerlo. Por ello, el ordenamiento jurídico reprime básicamente la acción de conseguirse una información que el Estado quiere mantener reservada. A veces también se impide la difusión de materias declaradas como secretas, pero en todo caso es siempre el origen de la información, *la manera en que llegan los datos a manos del periodista*, el determinante de la licitud o ilicitud de poseerlos y

difundirlos.

En relación a la libertad de información, hay que distinguir básicamente tres tipos de secretos, con distintos niveles de protección y configuración: secretos oficiales, secreto de las comunicaciones y secreto de sumario. Antes que nada, hay que señalar algunas características esenciales de la existencia de secretos en la Constitución española; para ello resulta interesante recordar un caso real:

En 1983 se produce un incendio en un local comercial de Mallorca. Recién terminadas las tareas de extinción del mismo llega al lugar un fotógrafo del diario balear *Última Hora*, que toma distintas instantáneas para su periódico. Poco después acude también al lugar del incendio el juez encargado de la instrucción judicial del asunto, que decreta inmediatamente el secreto de las actuaciones sumariales. Enterado de la presencia anterior del fotógrafo, dicta una orden por la que prohíbe al periódico la publicación de las instantáneas y ordena su entrega. Haciendo caso omiso de la orden, las fotografías aparecen al día siguiente en la edición del rotativo citado. Ello supone una sanción judicial contra la que los responsables del periódico alegan su derecho a investigar e informar (STC 13/1985).

Evidentemente, la sanción carece de cobertura constitucional. En el momento en que se toman las fotografías no está vigente ninguna prohibición. Se trata, pues, de una información conseguida lícitamente. El periodista no ha roto el secreto del sumario al obtener esa información. Por ello, no cabe ninguna prohibición de publicar los datos. Si el juez sospecha que la publicación de las fotografías puede suponer un obstáculo ilegítimo para la averiguación de un delito, debe esperar a la publicación: sólo a la vista de cómo se ha elaborado la información y de si efectivamente las fotografías, tal y como se publiquen, suponen una vulneración de algún valor protegido por el ordenamiento jurídico, podrá iniciarse un procedimiento contra el periodista o la publicación; en ningún caso por el mero hecho de romper una prohibición apriorística de difundir información conseguida lícitamente.

Así, pueden deducirse ya algunas de las características principales del régimen jurídico de los secretos en nuestro ordenamiento: no cabe la declaración de secreto aplicada a materias informativas, sino exclusivamente a datos o documentos concretos. No puede prohibirse cualquier información relativa a *todo un tema*. Lo que el Estado prohíbe es la utilización de determinadas fuentes; ello no impide que el informador pueda acudir a otros medios legítimos para conseguir la información que necesita. Es decir, que no se penaliza un resultado informativo sino el proceso utilizado para recabar los datos que integrarán la posterior información. Esta consideración es de suma importancia para delimitar el ámbito protegido por la prohibición en que consiste cada uno de los secretos. Nunca podrá exceder de la interdicción de recabar o utilizar determinados datos o documentos.

De esta característica se deduce una segunda: los datos o documentos deben estar calificados como secretos *antes* de su obtención por el periodista. Si se declara secreto un documento o dato que ya haya conseguido lícitamente el informador, a él la prohibición no le va a afectar. A mayor abundamiento, cuando el secreto proteja sólo documentos o datos concretos y que no puedan ser generalizados, la declaración de secreto habrá de hacerse individualmente. Para que exista seguridad jurídica en este tema, es necesaria que la declaración de un dato o documento como secreto sea pública y notoria. Ello puede conseguirse con la publicación oficial de que se trata de

un secreto o con una resolución *ad hoc* unida al dato o documento en sí.

Por último, hay que señalar que, puesto que se trata de una limitación al libre flujo de la comunicación dentro de una sociedad democrática, la declaración de secretos tiene que aparecer siempre orientada a la protección de *bienes constitucionalmente protegidos*. No cabe alegar, como justificación de que un documento o dato permanezcan en secreto, unos bienes o valores diferentes de los que fija la Constitución en aras del progreso hacia un modelo de sociedad configurado como objetivo ideal. Entre los bienes de este tipo que aparecen recogidos en el texto constitucional pueden citarse, a modo de ejemplo, la seguridad pública, la defensa del Estado, la intimidad de las personas o la averiguación de los delitos. Todos ellos pueden utilizarse para legitimar la declaración de un material como secreto e impedir con ello el acceso al mismo por parte de los periodistas.

B) LOS SECRETOS OFICIALES

La propia Constitución, en el artículo 105.b) alude ya a la prohibición genérica de acceder a los documentos que afectan a la seguridad y la defensa del Estado. En su virtud, la Ley 48/1978 regula los denominados «secretos oficiales». Estas disposiciones legales son, en principio, excesivamente restrictivas de la libertad de información. No obstante, al ser directamente aplicable la Constitución, hay que interpretarlas de tal modo que sea posible tanto garantizar los bienes citados como el derecho al libre flujo de información en la sociedad. El resultado son unas normas que armonizan ambos principios. Veámoslas.

La justificación de que un dato, documento, objeto o similar se declare como secreto está en que su conocimiento pueda poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado. El Código Penal (art. 602) incluye en tal supuesto la información relativa a la energía nuclear, pero no basta con la declaración de que una información sea secreta o reservada; para vincular jurídicamente al informador es necesario además que la finalidad perseguida con tal declaración sea legítima constitucionalmente. Los secretos que se decreten con la finalidad de proteger intereses ajenos a la seguridad y la defensa del Estado carecen de validez jurídica. Por ejemplo, si se declaran secretas las facturas de compra de regalos para los maridos y esposas de altos cargos de un ministerio, parece que la finalidad puede no ser la garantía de la seguridad del Estado sino intentar conseguir un terreno de impunidad, por lo que no resultaría válida la declaración de secreto. Sin embargo, se trata de algo que sólo puede valorar —de manera inequívoca— el poder judicial. De hecho, el control judicial es la garantía de que la libertad de información no venga limitada por decisiones del ejecutivo que pueden apartarse de los mandatos legales y constitucionales. Los informadores que violen secretos en la creencia de que los intereses protegidos y ocultos a la opinión pública son en realidad espurios asumen el riesgo de que los órganos judiciales no compartan su opinión.

En cuanto a la legitimidad para declarar que un documento o similar es secreto y no puede ser revelado, es una decisión que la ley deja exclusivamente en manos del

Consejo de Ministros y —para temas de defensa— la Junta de Jefes del Estado Mayor. Ninguno de estos dos órganos puede subdelegar o transmitir esa competencia. Cuando la declaración de reserva no proceda de ellos no resulta vinculante a efectos jurídicos. En principio, además, no cabe la declaración de materias enteras como secreto, y sería ilegítima en la medida en que buscara excluir del conocimiento de la opinión pública todos los datos relativos a alguna actividad estatal.

Lo más importante en cuanto al régimen de los secretos es conocer el ámbito de su prohibición. El artículo 588 del Código Penal recoge el delito de «revelación de secretos oficiales». La conducta prohibida es procurarse o revelar información calificada como secreta o reservada⁵. Es decir, que se castiga tanto la participación en el acto de conseguir la información secreta (romper el secreto) como la revelación a terceros. Sin embargo, parece que es requisito para la aplicación de este precepto el que el autor conozca de alguna forma la declaración de secreto. Prueba de ello es la conocida disposición del artículo 9.2 de la Ley de Secretos Oficiales: cuando se prevea que una materia clasificada pueda llegar a conocimiento de los medios de comunicación se notificará a éstos la calificación de secreta o reservada de la misma. La idea básica es que si el periodista consigue lícitamente la información y desconoce su carácter secreto no podrá ser sancionado, estando en ejercicio de su libertad de información. Ello no impide que posteriormente, si como consecuencia de la publicación se produce algún efecto jurídicamente reprochable (un homicidio, un asalto, por ejemplo) el periodista deba responder de ello como colaborador, incluso aunque sea en razón de su conducta negligente.

C) EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Se trata de una prohibición incluida expresamente en el artículo 18.3 CE: «Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.» Se trata de un derecho de los ciudadanos, íntimamente conectado con el de la intimidad, que aparece en la mayoría de las declaraciones actuales de derechos, destacadamente en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y en el 10 de la Constitución alemana. La referencia genérica a «comunicaciones» lleva a entender que cualquier intercambio privado de información puede quedar protegido por el secreto. Sin embargo, más que las conversaciones orales el terreno propio del secreto de las comunicaciones es el de las que se realizan a través de algunos mecanismos como correos, teléfono, internet y similar, pues son éstas las más susceptibles de intervención ajena.

Veamos un ejemplo de cómo puede vulnerarse este secreto en los medios de comunicación:

En hora no determinada de la mañana del día 23 de abril de 1990, el director del periódico *La Crónica del Sur*, hizo uso en su despacho de un aparato especialmente apto para captar y obtener la audición de comunicaciones practicadas por medio de telefonía móvil automática, y localizó así una conversación privada que en ese momento mantenían Juan Asensio Rodríguez, empresario, y Rafael Montoya Martínez, funcionario, hablando el primero desde un teléfono inalámbrico instalado en su automóvil, detenido en las inmediaciones de las instalaciones del periódico; el acusado, al identificar

las voces de quienes hablaban, dado que las conocía, procedió a copiar cuanto oía, no consta si lo hizo por escritura o utilizando una grabadora, con el propósito de publicar la conversación en la edición del periódico del día siguiente. Horas después, ya por la tarde, el acusado, aprovechando que había localizado la frecuencia correspondiente al teléfono móvil de Juan Asensio, procedió con igual técnica a escuchar las comunicaciones que pudieran llevarse a cabo a través del mismo y, de este modo, captó una breve conversación, también privada, que Juan Asensio Rodríguez mantuvo con el periodista del diario *Ideal*, Miguel Ángel Blanco Martín, conversación que el acusado captó también con la idea de publicarla. Al día siguiente, por decisión del acusado, ambas conversaciones fueron publicadas en la página 7 del periódico *La Crónica del Sur* (STC 34/1996).

Evidentemente, en este caso se mezclan distintas conductas: por un lado está la escucha voluntaria y expresa de determinadas comunicaciones telefónicas realizada a través de un aparato mecánico dedicado a tal fin. Por otro lado, consta la copia de esas comunicaciones para conservar su contenido. Por último, la publicación de la conversación en un periódico con indicación de sus autores. Jurídicamente, cada una de estas conductas tiene un trato diferenciado. La escucha de una conversación ajena puede realizarse de manera expresa (interviniendo un teléfono, por ejemplo) o casual (un cruce casual de líneas, por ejemplo). Parece que sólo la intervención voluntaria y expresa debe estar proscrita por el derecho. En cuanto al hecho de copiar una conversación, en ese momento ya no hay duda de que quien no es el destinatario de la conversación se «apodera» del contenido de la misma: aunque la escucha hubiera sido casual, desde que se toma el control del contenido parece que hay una voluntad, jurídicamente reprochable, de apropiarse de una comunicación ajena. Por último, la publicación sólo será ilegítima si vulnera derecho ajenos; y sólo vulnerará derechos ajenos si *su contenido* es lesivo de la intimidad, el honor o similar de los participantes: por ejemplo, si se publica una conversación sin dar ninguna indicación de quienes son los participantes, no se atenta contra el derecho de ninguno de los participantes. A efectos de la obtención de la información lo que nos va a interesar es el momento previo a la publicación. Ahí habrá que diferenciar entre el acceso a la comunicación y su apropiación.

La idea general es que el secreto de las comunicaciones sólo existe si hay de algún modo apropiación ilegítima. De ahí hay que entender que la prohibición se extiende únicamente a la interceptación de comunicaciones *ajenas*, y realizada *sin consentimiento* de sus titulares. O sea, que el secreto no se extiende a los participantes, que pueden retener o difundir sus propias comunicaciones o autorizar a otras personas para ello. Cosa muy distinta es que, sin tratarse de un secreto, la difusión de conversaciones propias pueda suponer posteriormente una vulneración del derecho a la intimidad de la otra parte. A riesgo de ese daño posterior, si quien copia o publica una conversación es uno de los integrantes del proceso comunicativo, o alguien autorizado expresa o implícitamente por ellos, se trata de información lícitamente conseguida. Ello es así por la misma definición de secreto a la que arriba se aludía, como algo ajeno que no se puede conocer, más que difundir. De cualquier modo, como se viene insistiendo, la licitud en cuanto a la obtención de un dato, por ejemplo, la grabación de la conversación en la que uno mismo participa, no supone también que su publicación no vaya a lesionar derechos de otras personas. Un dato conseguido lícitamente, es un dato que se puede usar para elaborar la información,

nada más. Si posteriormente se publica y con la publicación se vulnera, por ejemplo, el derecho a la intimidad de una persona (basta pensar en el supuesto de que la persona le haya revelado a uno datos de su vida íntima que aparezcan en la grabación realizada) el periodista responderá jurídicamente de esa violación. No de vulnerar el secreto de las comunicaciones sino de revelar públicamente la intimidad. Lo mismo sucedería si se graba lícitamente una charla en la que se profieren insultos o rumores difamantes sobre otra persona; tampoco sería lícita la difusión de la conversación, sólo su grabación.

En cuanto al ámbito protegido sólo se extiende a dos conductas: procurarse las comunicaciones ajenas y revelarlas a terceros con conocimiento de su origen ilícito (art. 197 CP). Nótese que la primera conducta es la típica de cualquier secreto: romper el secreto y acceder a la información ilícitamente. Es el caso de quien participa directamente en la *intercepción* de una comunicación (interviniendo una línea telefónica, sustrayendo una carta o mensaje, grabando una conversación privada) y de quien resulte instigador o colaborador de la interceptación. Jurídicamente hay que entender que la interceptación se consuma en el momento en que por actos voluntarios la comunicación se desvía de su destinatario previsto hacia el interceptador. De ese modo, si una persona recibe por equivocación una carta dirigida a otra la interceptación se produce cuando la abre aprehendiendo su contenido. O si, en otro ejemplo, alguien descuelga el auricular de su teléfono y oye una conversación ajena, sólo se considerará una intervención el conectar un dispositivo de grabación para quedarse con la conversación. Igual que si alguien lee una tarjeta postal que ha llegado a su domicilio y que resulta no estar dirigida a él, sólo se producirá la interceptación cuando decida, por ejemplo, fotocopiarla.

La segunda conducta prohibida es la difusión del contenido de las comunicaciones ajenas; pero para que resulte ilícita jurídicamente hace falta que quien la cometa sepa que *han sido conseguidas ilegítimamente*. Es decir, para vulnerar la prohibición, no es suficiente con que el informador difunda una conversación ajena, sino que además debe constarle fehacientemente que se consiguió de un modo prohibido: esencialmente que no se contaba con autorización judicial o consentimiento de los participantes ni le ha sido suministrada por una de las partes de la conversación. Ello, aplicado estrictamente, abre un amplio margen para la difusión lícita de conversaciones. En todo caso, más allá de la prohibición del secreto queda siempre la protección de la intimidad, aunque eso sea algo que sólo se pueda juzgar a la vista de la información ya elaborada.

La reforma de 1995 del Código Penal añadió, como antes se comentaba, una serie de supuestos que no son estrictamente interceptación de las comunicaciones sino que están relacionados con la grabación y revelación de *secretos de la intimidad*. Así, de una parte se equipara con ésta la grabación de la imagen o el sonido de la intimidad de las personas, sin que se exija que se trate de actos comunicativos. De otro, se castiga el mero hecho de apoderarse (también utilizar o modificar) de «datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo

de archivo o registro público o privado», causando un perjuicio a alguien. La definición de este delito viene a alterar el régimen general de los secretos, puesto que no sólo se penaliza el «acceso», sino también la utilización de los datos. La jurisprudencia es todavía bastante escasa sobre este supuesto, de cualquier modo hay que señalar que se habla de «datos reservados», es decir, que se exige cierta declaración —o consideración social— previa de secreto que permite limitar mucho los supuestos en que se va a aplicar. Sólo podrá castigarse a quien en el momento de utilizar o difundir los datos tuviera conocimiento de que se trata de datos reservados y de que han sido obtenidos ilícitamente, sin consentimiento del titular.

D) EL SECRETO DE SUMARIO

Se trata del último tipo de secretos jurídicos. No aparece expresamente recogido en la Constitución, por más que el artículo 120.1 CE establezca que caben excepciones al principio de publicidad de las actuaciones judiciales. Ello no quiere decir que se trate de un secreto ajeno a la Constitución, sino más bien que no aparece impuesto por ella, de forma que sólo puede imponerse tras una armonización. Entre libertad de información y otros intereses públicos.

En el procedimiento judicial penal conviven una fase preparatoria, dedicada a la acumulación de datos y pruebas, con otra de juicio, dedicada a la exposición de las argumentaciones de las partes respecto a los datos recogidos. Mientras que en la primera fase —*indagatoria*— puede predominar la exclusión del conocimiento público, para asegurar las investigaciones, en la segunda —*expositiva*— el principio dominante es el de la publicidad. De este modo el mandato constitucional de publicidad ha de entenderse referido especialmente al momento expositivo, pero no tiene por qué extenderse al indagatorio. El interés público en conseguir el máximo de datos puede justificar la restricción del acceso informativo a algunos de los que ya están en manos del poder judicial.

Lo que se quiere proteger es la efectividad de las actuaciones del poder público para la investigación de los delitos. Así, se impide que en ciertos casos nadie, ni siquiera las partes implicadas, conozca las investigaciones que se están llevando a cabo en un proceso judicial. Pero la obligación de reserva se extiende exclusivamente a las diligencias que constan en el sumario (toda la documentación recabada en un asunto judicial, pruebas, declaraciones...) no a los hechos juzgados en sí mismos. Nada obsta a que los informadores puedan conseguir informaciones sobre las actuaciones judiciales si no lo hacen accediendo a los documentos y datos incluidos en el sumario. No es ilícito hablar con testigos o investigar acerca de delitos. Ni siquiera si finalmente se consiguen, por otras vías, las mismas informaciones recogidas en las actuaciones judiciales.

Por otro lado, la declaración de secreto de sumario debe hacerse caso por caso y ponderando las circunstancias que concurran. El juez instructor es el encargado de dictar tal resolución y en ella debe justificar que efectivamente resulta necesario sustraer el contenido del sumario al conocimiento público. Las razones pueden ser

variadas, pero todas basadas en valores constitucionalmente protegidos: la averiguación de los delitos, la protección del honor o la intimidad de las personas, etc.

El ámbito protegido por el secreto de sumario es el más reducido. Sólo está prohibido romper el secreto. Es decir, que el ordenamiento sólo sanciona a quien consigue ilícitamente el documento del sumario y se lo proporciona a un informador para su difusión. Si lo hace a instancias o con la colaboración del periodista, se considera que éste participa también en el hecho ilícito. Con frecuencia esa vulneración ilícita del secreto sale de las personas autorizadas a conocerlo pero no a difundirlo, esencialmente abogados, procuradores, personal judicial y similar. El artículo 466 del Código Penal castiga a quienes teniendo acceso a un sumario declarado secreto —o sea, los funcionarios, fiscales, jueces y abogados— revelen las actuaciones que lo integran. En la práctica, el derecho al secreto profesional de que gozan los periodistas le permite guardar silencio acerca de la fuente que les ha proporcionado las actuaciones.

a) Los juicios paralelos en prensa

Aún a riesgo de salirnos del tema mismo de los secretos, conviene hacer algunas referencias aquí al modo en el que los medios de comunicación pueden legítimamente incidir sobre el desarrollo de los procesos judiciales. En última instancia, uno de los objetivos de la institución del secreto de sumario es evitar injerencias externas en el procedimiento judicial penal. Suele hablarse de juicios paralelos para referirse a las informaciones con las que se busca poner en marcha una discusión pública acerca de la culpabilidad o inocencia del acusado, así como del resto de circunstancias de un proceso en curso.

En el ordenamiento jurídico de otros países se da más importancia que en el nuestro a la *paz judicial* durante los procesos, frente a las intromisiones de la prensa. Así, en el Reino Unido se insiste en perseguir como atentados contra el tribunal juzgador tanto las informaciones en las que se hagan públicos ciertos datos como las que provoquen prejuicios en la mente del tribunal⁶. En otros lugares se están buscando soluciones similares. En derecho español, en cambio, no está nada clara la posibilidad de prohibir este tipo de informaciones, que constituirían en caso contrario un nuevo tipo de «secreto». Si fuera así, sería un secreto poco ortodoxo, puesto que tendría eficacia en la fase de difusión de la información más que durante la recogida de datos: la idea no es castigar al que obtiene determinado material, sino a quien habla de un modo específico (provocando un prejuicio) sobre un tema concreto (el desarrollo de un proceso). Evidentemente, esta construcción tiene muy difícil cabida en nuestro régimen de libertad de información.

¿Cuáles pueden ser los intereses públicos que justifiquen la prohibición de informar sobre asuntos sometidos a proceso judicial? En primer lugar, la *recogida de pruebas*. El hecho de discutir en público los detalles y circunstancias de un caso sometido a pesquisas judiciales puede frustrar la obtención de algunas pruebas, poniendo sobre alerta a los inculpados o sus colaboradores. En segundo lugar, la

imparcialidad del juez o jurado. Uno de los principales inconvenientes de los juicios paralelos es que, al tomar partido dentro del litigio, este tipo de informaciones crean prejuicios sociales que pueden llegar a influir en las mentes de las personas llamadas a decidir sobre el asunto, en especial cuando no se trata de jueces profesionales sino de miembros legos de un jurado. En conexión con esto, el último interés en juego es el de *los derechos de las partes* en el proceso: cualquier merma en la imparcialidad del juzgador puede perjudicar a su derecho a la defensa, o a la acusación. Especial consideración merece la posibilidad de que se vulnere indirectamente su derecho a la presunción de inocencia. Éste es realmente el interés más importante en juego, y el que podría llevar a la prohibición previa en determinados casos no sólo de que se publiquen datos del sumario, sino de que se informe siquiera sobre las circunstancias del caso. Veámoslo.

Lo primero que hay que decir sobre eso es que tradicionalmente la presunción de inocencia no es derecho que se pueda invocar frente a otras personas, sino exclusivamente frente al juez encargado de decidir la culpabilidad o inocencia propias. En sentido clásico es derecho a no tener que probar la inocencia de uno mismo. Cualquier ciudadano en principio tiene que ser considerado siempre inocente, y será quien lo acuse de algo quien tenga que demostrar efectivamente su culpabilidad. De ese modo la presunción de inocencia solo se rompe por vicios propios de los órganos o el procedimiento judicial: por ser condenado sin pruebas suficientes, por restricciones a su capacidad de defensa, o por la imparcialidad de los jueces. Hay que dejar claro que los medios de comunicación por sí mismos no pueden vulnerar la presunción de inocencia, por la sencilla razón de que no están obligados a considerar a nadie como culpable o inocente. Una cosa es el derecho al honor, que prohíbe imputar a alguien hechos inveraces que supongan un desprestigio y que sí que se utiliza contra los medios y otra muy distinta el derecho a la presunción de inocencia, que prohíbe que al acusado en un proceso se le tenga por culpable antes mismo del juicio. A través de los medios de comunicación sólo puede vulnerar la presunción el propio juez:

En diciembre de 1991, representantes de todos los grupos políticos de la oposición presentan una demanda por malversación de caudales públicos contra D. Juan Hormaechea, presidente de la Diputación de Cantabria. El acusado empieza entonces una campaña de descalificaciones en prensa en las que ataca al Magistrado D. Claudio Movilla, presidente de la sala encargado de juzgarle: afirma que ha colocado a su mujer en un puesto político en el gobierno socialista, resalta su amistad con el secretario regional del partido socialista y alude a su «izquierdismo», que en la guerra civil —dice— le habría servido para ejecutar sumariamente a inocentes.

En rueda de prensa, el Magistrado responde a esos ataques diciendo que «revelan una catadura moral que yo no desearía para un Presidente de una comunidad autónoma» y que «recordar penosos episodios de la guerra civil transcurridas ya tantas décadas desde su término me parece una actitud penosa y miserable».

Como consecuencia de estas declaraciones el acusado Sr. Hormaechea solicita que el Magistrado se abstenga de participar en su juicio, cosa que éste no hace, presidiendo entonces la Sala que lo condena. El acusado entiende entonces que se le vulnera su derecho a la presunción de inocencia, en conexión con el derecho a un juez imparcial (STC 162/1999).

Evidentemente, en este caso sí que se puede invocar la presunción de inocencia. Pero no por el hecho de haber abierto un debate público en paralelo a su proceso

judicial, sino porque la participación del juez en ese debate hace pensar que pueda tener algún tipo de animadversión contra el acusado que influya en su ánimo. Si se hubiera tratado de una intervención informativa, en la que periodistas hubieran aportado pruebas acerca de la culpabilidad del señor Hormaechea en los delitos que se le imputaban, por ejemplo, no se vulneraría su derecho a la presunción de inocencia: habría que demostrar que como consecuencia de esa publicación la visión del juez, o el jurado, sobre el proceso se ha visto alterada.

¿Quiere eso decir que los juicios paralelos en prensa en los que no intervengan las personas encargadas de juzgar —ni le afecte su imparcialidad— están permitidos? Pues, en principio, sí. En nuestro ordenamiento actual tan sólo se prohíbe la difusión de datos sumariales declarados secretos y los actos de manifiesta parcialidad judicial. Eso no descarta la posibilidad puntual de introducir otros límites a las informaciones relativas a procesos, siempre y cuando se logre fundamentarlas en la protección de bienes o derechos reconocidos por la Constitución. Así, como veremos más adelante, la protección del honor de los acusados puede llevar a prohibir la difusión de informaciones no suficientemente contrastadas en las que se dé por sentada su culpabilidad. En última instancia, procesos paralelos en prensa que provoquen una presión excesiva sobre las personas encargadas de decidir la culpabilidad de un acusado podrán reprimirse jurídicamente por razones de «orden público judicial», por crear un clima en el que la justicia no pueda desenvolverse normalmente; no obstante, se trata de una posibilidad bien difícil desde el momento en el que a los jueces profesionales se les presupone la capacidad de ser objetivos y resistirse a las presiones públicas en aras de la justicia. Por lo que hace a los jurados sí que se abre una nueva vía para restringir el campo de la prensa, aunque aquí habría que tener en cuenta la posibilidad de soluciones menos lesivas de la libertad de información como puede ser el aislamiento del jurado.

En esta línea, puede reseñarse otro ejemplo, en el que queda en evidencia el creciente interés de los Tribunales de justicia por poner freno a los juicios paralelos ante la opinión pública, y las dificultades teóricas para concretarlo:

A raíz de las decisiones judiciales que condenaron a la «mesa nacional» del partido político Herri Batasuna por un delito de colaboración con banda armada, sus componentes interpusieron un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. En el mismo, entre otras cosas, denunciaban la infracción tanto del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) como el derecho a no padecer indefensión (art. 24.1 CE), a resultas «de la presión ejercida sobre el Tribunal sentenciador por instancias políticas —en particular, por destacados miembros del Gobierno— mediante declaraciones efectuadas en diversos medios de comunicación y, en un segundo plano, por esos medios autónomamente al informar de la decisión que supuestamente adoptarían los distintos Magistrados de la Sala al enjuiciar la causa» (STC 136/1999).

A la hora de resolver esta alegación, el Tribunal Constitucional señala que los juicios paralelos «pueden llegar a menoscabar, según sea su tenor, finalidad y contexto, la imparcialidad o la apariencia de imparcialidad de los Jueces y Tribunales, ya que la publicación de supuestos o reales estados de opinión pública sobre el proceso y el fallo puede influir en la decisión que deben adoptar los Jueces, al tiempo que puede hacer llegar al proceso informaciones sobre los hechos que no están depuradas por las garantías que ofrecen los cauces procesales. Es más, a nadie puede

ocultársele que la capacidad de presión e influencia es mucho mayor cuando las declaraciones vertidas en los medios de comunicación sobre procesos en curso corresponden a miembros destacados de los otros poderes públicos del Estado. Por ello, cuando efectivamente se dan esas circunstancias, se conculca el derecho a un proceso con todas las garantías, incluso sin necesidad de probar que la influencia ejercida ha tenido un efecto concreto en la decisión de la causa, pues, por la naturaleza de los valores implicados, basta la probabilidad fundada de que tal influencia ha tenido lugar (Sentencia del TEDH, caso Worm, § 54)» [STC 136/1999, FJ 8].

Finalmente, llega a la conclusión de que si bien la salvaguarda de la autoridad e imparcialidad del poder judicial puede exigir la imposición de restricciones en la libertad de expresión, ello no significa, ni mucho menos, que permita limitar todas las formas de debate público sobre asuntos pendientes ante los Tribunales. El límite por tanto será que el juicio ante la opinión pública tenga tal intensidad que sea «capaz de menoscabar la imparcialidad o la apariencia de imparcialidad de la Sala sentenciadora compuesta por Magistrados independientes por razón de su estatuto» o incluso, eventualmente, «capaz de propiciar un clamor popular a favor de la condena o de la absolución de los encausados poniendo en entredicho la necesaria serenidad del Tribunal o la confianza de la ciudadanía en el comportamiento neutral de los juzgadores». El primer caso parece reservado a los asuntos en los que los propios jueces demuestren que han perdido la objetividad que exige su labor, mientras que el segundo es de apreciación mucho más subjetiva.

ANEXO

Ley 9/1968, reguladora de los Secretos Oficiales

Es principio general, aun cuando no esté expresamente declarado en nuestras Leyes Fundamentales, la publicidad de la actividad de los Órganos del Estado, porque las cosas públicas que a todos interesan pueden y deben ser conocidas de todos.

Este principio de publicidad en mayor o menor extensión, se halla regulado en lo que concierne a los debates e interpelaciones en las Cortes Españolas y al despacho de los asuntos judiciales, pero, en cambio, sólo de una manera fraccionada tiene su regulación, en lo que atañe a la Administración del Estado, en dispersas disposiciones, entre las que, por su reciente promulgación, pueden citarse la Ley de Prensa (artículo 7) y Decreto 750/1966, de 31 de marzo, en las que sólo se contempla la publicidad en el aspecto parcial de la información debida a las publicaciones periódicas y agencias de información. Una regulación suficiente existe en la esfera de la Administración Local.

Mas si la publicidad ha de ser característica de la actuación de los Órganos del Estado, es innegable la necesidad de imponer limitaciones, cuando precisamente de esa publicidad puede derivarse perjuicio para la causa pública, la seguridad del mismo Estado o los intereses de la colectividad nacional.

Destacan por su especial importancia aquellas cuestiones cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o ponga en riesgo la seguridad del Estado o los intereses fundamentales de la Nación y que constituyen los verdaderos secretos oficiales, protegidos por sanciones penales que, tanto en el Código Penal Común como en el de Justicia Militar, alcanzan penas de la máxima severidad. Pero esta sanción penal, especialmente represiva, sólo de una manera indirecta, por medio de la intimidación, protege el descubrimiento o revelación de secretos. Las medidas de protección eficaces son las que la propia Administración ha de establecer para garantizar que los documentos o materiales en que físicamente se reflejan los secretos, no puedan ser conocidos más que por aquellas personas que, por razón de su cometido, estén autorizadas para ello.

En este aspecto existe una laguna en nuestra legislación, que, al contrario de lo que ocurre en los Estados caracterizados por la mayor libertad de información, no prevé una regulación de las medidas protectoras de los secretos oficiales. Para remediar esta situación, la Ley establece un conjunto de medidas positivas para evitar

que trascienda el conocimiento de lo que debe permanecer secreto, señalando normas severas que impidan la generalización de calificaciones que tienen carácter excepcional.

Con la denominación de materias clasificadas también utilizada en otros países, se comprenden los dos grados de secretos oficiales generalmente admitidos. La determinación de las Autoridades y funcionarios que pueden otorgar y levantar las calificaciones, los efectos de cada una de éstas y las líneas generales de las medidas protectoras que habrán de desarrollarse reglamentariamente y con carácter uniforme por todos los servicios afectados, constituyen el contenido fundamental de la Ley, que se completa con un sistema de protección, así como la referencia de las responsabilidades que procedan por infracciones en materia de secretos oficiales.

Asimismo, desde el punto de vista de la seguridad jurídica y de la garantía de los ciudadanos, es importante resaltar que la Ley establece la necesidad de notificar a los medios de información la declaración de materia clasificada cuando se prevea que ésta puede llegar a conocimiento de ellos, así como la circunstancia de que conste el hecho de la clasificación para que recaiga sobre los particulares a obligación de colaboración que impone el artículo 9.1. Y, en fin, se consagra la expresa admisión de recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones sancionadoras que pongan fin a la vía administrativa, sin olvidar por lo demás el importante juego del control político que en esta materia se reconoce a las Cortes Españolas y al Consejo Nacional del Movimiento.

Artículo 1.º 1. Los Órganos del Estado estarán sometidos en su actividad al principio de publicidad, de acuerdo con las normas que rijan su actuación, salvo los casos en que por la naturaleza de la materia sea ésta declarada expresamente clasificada, cuyo secreto o limitado conocimiento queda amparado por la presente Ley.

2. Tendrán carácter secreto, sin necesidad de previa clasificación las materias así declararlas por Ley.

Artículo 2.º A los efectos de esta Ley podrán ser declaradas materias clasificadas los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado.

Artículo 3.º Las materias clasificadas serán calificadas en las categorías de secreto y reservado en atención al grado de protección que se requieran.

Artículo 4.º La calificación a que se refiere el artículo anterior corresponderá exclusivamente, en la esfera de su competencia, al Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor.

Artículo 5.º La facultad de calificación a que se refiere el artículo anterior no podrá ser transferida ni delegada.

Artículo 6.º El personal de la Administración del Estado o de las Fuerzas Armadas que tenga conocimiento de cualquier asunto que, a su juicio, reúna las condiciones del artículo 2, deberá hacerlo llegar a alguno de los órganos comprendidos en el artículo 4 en la forma que reglamentariamente se determine.

Artículo 7.º La cancelación de cualquiera de las calificaciones previstas en el artículo 3 de esta Ley será dispuesta por el órgano que hizo la respectiva declaración.

Artículo 8.º Las calificaciones de secreto o reservado, hechos con arreglo a los términos de la presente Ley y de las disposiciones que reglamentariamente se dicten para su aplicación determinarán, entre otros, los siguientes efectos:

Solamente podrán tener conocimiento de las materias clasificadas los órganos y las personas debidamente facultadas para ello y con las formalidades y limitaciones que en cada caso se determinen.

La prohibición de acceso y las limitaciones de circulación a personas no autorizadas en locales, lugares o zonas en que radiquen las materias clasificadas.

El personal que sirva en la Administración del Estado y en las Fuerzas Armadas estará obligado a cumplir cuantas medidas se hallen previstas para proteger las materias clasificadas.

Artículo 9.º 1. La persona a cuyo conocimiento o poder llegue cualquier materia clasificada, conforme a esta Ley, siempre que le conste esta condición, estará obligada a mantener el secreto y entregarla a la autoridad civil o militar más cercana y, si ello no fuese posible, a poner en conocimiento de ésta su descubrimiento o hallazgo. Esta autoridad lo comunicará sin dilación al departamento ministerial que estime interesado o a la Presidencia del Gobierno, adoptando entretanto las medidas de protección que su buen juicio

le aconseje.

2. Cuando una materia clasificada permita prever que pueda llegar a conocimiento de los medios de información, se notificará a éstos la clasificación de secreto o reservado.

Artículo 10.º 1. Las calificaciones a que se refiere el artículo 4, en cualquiera de sus grados, se conferirán mediante un acto formal y con los requisitos y materializaciones que reglamentariamente se determinen.

2. La declaración de materias clasificadas no afectará al Congreso de los Diputados ni al Senado, que tendrán siempre acceso a cuanta información reclamen, en la forma que determinen los respectivos Reglamentos y, en su caso, en sesiones secretas.

3. Las materias clasificadas llevarán consigo una anotación en la que conste esta circunstancia y la calificación que les corresponda conforme al artículo 3.

4. Las copias o duplicados de una materia clasificada tendrán el mismo tratamiento y garantía que el original y solo se obtendrán previa autorización especial y bajo numeración.

Artículo 11.º 1. Las personas facultadas para tener acceso a una materia clasificada quedarán obligadas a cumplir con las medidas y prevenciones de protección que reglamentariamente se determinen, así como las particulares que para cada caso concreto puedan establecerse.

2. Corresponde a los órganos señalados en el artículo 4 conceder en sus respectivas dependencias las autorizaciones para el acceso a las materias clasificadas, así como para su desplazamiento fuera de las mismas.

3. A toda persona que tenga acceso a una materia clasificada se le hará saber la índole de la misma con las prevenciones oportunas.

Artículo 12.º Los órganos referidos en el artículo 4 atenderán al mantenimiento y mejora de los sistemas de protección y velarán por el efectivo cumplimiento de cuanto se dispone en la presente Ley y en especial por la correcta aplicación de las calificaciones de secreto o reservado y porque se promuevan las acciones penales, las medidas disciplinarias y los expedientes administrativos para corregir las infracciones a esta Ley.

Artículo 13.º Derogado por la Ley 48/1978, de 7 de octubre, por la que se modifica la Ley de 5 de abril de 1968, sobre secretos oficiales.

Artículo 14.º La calificación de secreto o reservado no impedirá el exacto cumplimiento de los trámites de audiencia, alegaciones, notificaciones directas a los interesados, sin perjuicio de la eventual aplicación de las sanciones previstas en esta Ley en caso de violación del secreto por parte de los interesados.

DISPOSICIÓN FINAL

En Reglamento único, de aplicación general a toda la Administración del Estado y a las Fuerzas Armadas se regularán los procedimientos y medidas necesarios para la aplicación de la presente Ley y protección de las materias clasificadas.

Se determinará igualmente con todo el detalle necesario y con especificación de las medidas técnicas precisas, el régimen de custodia, traslado, registro, archivo, examen y destrucción de las materias clasificadas, así como la elaboración de copias o duplicados de tales materias.

También se dispondrá lo necesario para que el personal de la Administración Civil del Estado y de las Fuerzas Armadas se halle debidamente instruido en cuestiones de seguridad y protección de secretos.

Palacio de El Pardo, Madrid a 5 de abril de 1968.

El Jefe del Estado, Francisco Franco.

BIBLIOGRAFÍA

Sobre el acceso de los ciudadanos a la información puede consultarse la obra de J. F. MESTRE DELGADO, *El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos* [Análisis del artículo 105.B) de la Constitución], Cívitas, Madrid, 1993.

Sobre los secretos oficiales, ver el artículo de Mercedes GARCÍA ARÁN, «La protección del Estado como límite penal a las libertades de información y expresión», en *Libertad de expresión* (anuario 1990), PPU, Barcelona, 1991. También, aunque es

un artículo breve y esquemático, el de Luis, RODRÍGUEZ RAMOS, «Descubrimiento y revelación de secretos en el nuevo Código Penal», en *Derecho al Honor, a la intimidad y a la propia imagen II*, CGPJ, Madrid, 1999. También el de F. SAINZ MORENO, «Secreto e información en el Derecho Público», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje a Eduardo García de Enterría*, vol. III, Cívitas, Madrid, 1991.

Para el secreto de las comunicaciones, el libro de Blanca RODRÍGUEZ RUIZ, *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, MacGraw-Hill, Madrid, 1998; y el de Ascensión ELVIRA PERALES, *Derecho al secreto de las comunicaciones*, Iustel, Madrid, 2007. También el articulito de Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA, «Notas sobre el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones», en *Constitución, estado de las autonomías y justicia constitucional: libro homenaje al profesor Gumersindo Trujillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 687-708.

En cuanto al secreto de sumario, una buena monografía es la de Rosa RODRÍGUEZ BAHAMONDE, *El secreto de sumario y la libertad de información en el proceso penal*, Dykinson, Madrid, 1999. Puede consultarse además el artículo de M.^a José CUENCA GARCÍA, «La revelación del secreto sumarial», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 15 (2006), pp. 71-99. En general, sobre el régimen constitucional de la información sobre juicios y sobre los juicios paralelos, puede consultarse el libro de Aurelia ROMERO COLOMA, *Libertad de información frente a otros derechos en conflicto: honor, intimidad y presunción de inocencia*, Cívitas, Madrid, 2000. Otra de las obras más utilizadas sobre juicios paralelos es la de José Augusto DE VEGA, *Libertad de expresión. Información veraz. Juicios paralelos*, Universitas, Madrid, 1998. Junto a ello, es de interés la monografía de María Isabel VALLDECABRES ORTIZ, *Imparcialidad del juez y medios de comunicación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

Más general, todos los temas de delitos incluidos en el Código Penal se analizan detalladamente en Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

1 Artículo 197: «1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

»2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

»3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.»

2 Artículo 37: «*Derecho de acceso a Archivos y Registros.*

»1. Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o

en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud.

»2. El acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas, que, en el supuesto de observar que tales datos figuran incompletos o inexactos, podrán exigir que sean rectificadas o completados, salvo que figuren en expedientes caducados por el transcurso del tiempo, conforme a los plazos máximos que determinen los diferentes procedimientos, de los que no pueda derivarse efecto sustantivo alguno.

»3. El acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo.

»4. El ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada.

»5. El derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los siguientes expedientes:

»a) Los que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo.

»b) Los que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado.

»c) Los tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando.

»d) Los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial.

»e) Los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria.

»6. Se regirán por sus disposiciones específicas:

»a) El acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas.

»b) El acceso a documentos y expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes.

»c) Los archivos regulados por la legislación del régimen electoral.

»d) Los archivos que sirvan a fines exclusivamente estadísticos dentro del ámbito de la función estadística pública.

»e) El Registro Civil y el Registro Central de Penados y Rebeldes y los registros de carácter público cuyo uso esté regulado por una Ley.

»f) El acceso a los documentos obrantes en los archivos de las Administraciones Públicas por parte de las personas que ostenten la condición de Diputado de las Cortes Generales, Senador, miembro de una Asamblea legislativa de Comunidad Autónoma o de una Corporación Local.

»g) La consulta de fondos documentales existentes en los Archivos Históricos.

»7. El derecho de acceso será ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos debiéndose, a tal fin, formular petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias. No obstante, cuando los solicitantes sean investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante, se podrá autorizar el acceso directo de aquéllos a la consulta de los expedientes, siempre que quede garantizada debidamente la intimidad de las personas.

»8. El derecho de acceso conllevará el de obtener copias o certificados de los documentos cuyo examen sea autorizado por la Administración, previo pago, en su caso, de las exacciones que se hallen legalmente establecidas.

»9. Será objeto de periódica publicación la relación de los documentos obrantes en poder de las Administraciones Públicas sujetos a un régimen de especial publicidad por afectar a la colectividad en su conjunto y cuantos otros puedan ser objeto de consulta por los particulares.

»10. Serán objeto de publicación regular las instrucciones y respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos administrativos que comporten una interpretación del derecho positivo o de los procedimientos vigentes a efectos de que puedan ser alegadas por los particulares en sus relaciones con la Administración.»

[3](#) Se trata de una ley de 1966 a la que se han ido añadiendo otras, entre ellas la *Open Government Act*, de 2007, que pretende evitar la obstrucción al acceso por parte de las administraciones, incluyendo las correspondientes sanciones a los funcionarios y autoridades responsables.

[4](#) Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, que incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE.

⁵ Artículo 588: «El que [...] se procurare, revelare, falseare o inutilizare información legalmente calificada como reservada o secreta, relacionada con la seguridad nacional o la defensa nacional o relativa a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar.»

⁶ Se trata de la *Contempt of Courts Act*, de 1971.

LECCIÓN CINCO

LOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES DE LA INFORMACIÓN

SUMARIO: 1. LAS CARACTERÍSTICAS DEL EJERCICIO LEGÍTIMO DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN.—2. LA VERACIDAD.—A) *La diligencia profesional.*—B) *La fiabilidad de las fuentes.*—A) *La teoría del reportaje neutral.*—3. LA RELEVANCIA PÚBLICA.—A) *Criterios de determinación.*—B) *Relevancia pública ratione personae.*—4. LA PROHIBICIÓN DE INSULTOS.—BIBLIOGRAFÍA.

1. LAS CARACTERÍSTICAS DEL EJERCICIO LEGÍTIMO DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN

La libertad de información aparece en la Constitución como «derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión». Así que a primera vista comprende dos acciones diferentes, comunicar y a recibir, que versan sobre un mismo objeto: la *información veraz*. El constituyente, por tanto, ha decidido proteger exclusivamente un tipo de información; aquella que pueda considerarse «veraz»¹. Ésa es la primera característica que destaca.

Para entender su trascendencia, hay que preguntarse cuál es la finalidad de que la Constitución proteja este derecho. Como se dijo antes, la comunicación libre es un principio básico del Estado democrático y tiene un sentido específico que supera la vertiente del derecho individual: la garantía de que en una sociedad democrática los ciudadanos puedan estar informados de lo que sucede y de la marcha de la cosa pública. Sin un flujo libre de información veraz, las decisiones básicas de la vida del Estado, que emanan básicamente del pueblo, se tomarían al margen de la realidad. Junto a ello, la idea actual de democracia incide especialmente en la necesidad del control por los ciudadanos de la labor de sus representantes políticos y del funcionamiento de las instituciones comunes. El sistema político no podría funcionar de manera lógica si no se asegura la libre circulación de la información relativa al mismo. El conocimiento de cómo se gestiona la sociedad resulta imprescindible para que los ciudadanos puedan controlar esa gestión. Este mismo razonamiento, determina también los límites de la información protegida: si la circulación de informaciones se asegura en razón de su trascendencia social, tan sólo aquella información que tenga *relevancia pública* y que, por tanto, sea apta como mecanismo de control democrático, podrá gozar de la protección constitucional del artículo 20.1.d) CE. Ésa es la segunda condición para el ejercicio legítimo de la libertad de información.

Por último, exige el precepto constitucional que la divulgación se realice a través de cualquier medio de difusión. Del sentido que se le dé a un concepto tan amplio, sólo parcialmente equivalente al de «medio de comunicación», dependerá la

extensión del ámbito protegido por el derecho: que incluya o no cualquier tipo de transmisión de la información.

En definitiva, de los preceptos de la Constitución se desprende un régimen en el que la información específicamente protegida ha de reunir tres características: veracidad, relevancia pública y medio de difusión. Sólo cuando se trate efectivamente de información (no de mera opinión), haya sido conseguida lícitamente y reúna estas tres características se estará ante un supuesto de ejercicio legítimo del derecho a la información. Vamos a dedicarnos, pues, a estudiarlas separadamente.

2. LA VERACIDAD

Ante todo, hay que destacar que no es lo mismo veracidad que verdad. Una afirmación aparentemente tan obvia —a pesar de algunos diccionarios— esconde bastante trascendencia teórica y práctica. El concepto de verdad, en cuanto existencia real de las cosas, no es más que una idea ontológicamente razonable y, desde luego, sin posible trascendencia jurídica. La verdad no es una realidad, sino un objetivo. No es algo que exista y se pueda aprehender; es esencialmente un destino, una búsqueda. Por ello la verdad nunca se halla, aunque el ideal de verdad sirve como método convencional de análisis racional de la realidad. Como se decía en la serie televisiva *Expediente X*, «la verdad está ahí afuera» y sólo nos queda, como mucho, el consuelo de intentar alcanzarla sabiendo que nunca lo lograremos. Sin embargo, en la vida cotidiana acordamos pequeñas «verdades» que, sin ser absolutamente ciertas e indiscutibles, sí que nos sirven al menos como criterio de relación interpersonal. Del mismo modo, el Estado establece mecanismos para determinar una verdad jurídicamente válida, que permita operar en el mundo del derecho a partir de la ficción de que esa es la realidad más o menos única. Cuando se trata de determinar si sucedieron o no determinados hechos de la vida, el mecanismo de establecimiento de la verdad jurídica son los Tribunales de Justicia. En caso de controversia, con los mecanismos procesales y el sistema de recursos establecidos por la legislación, se llega —a través del convencimiento judicial— a considerar probados una serie de hechos en detrimento de otros. El Estado utiliza su poder determinando que efectivamente esos hechos sucedieron y descartando otras interpretaciones. Una vez que los jueces han determinado cuál es la verdad estatal, el derecho se comporta como si fuera la única.

Sin embargo, admitiendo que se trata exclusivamente de una ficción, el ámbito de eficacia de la verdad jurídica no puede ser ilimitado dentro de la sociedad. Apenas sirve para aclarar cuestiones litigiosas entre individuos o para aplicar los castigos penales, y es discutible cualquier otra eficacia expansiva. En cualquier caso no parece que la referencia constitucional a la veracidad sea, sin más, equiparable a esta verdad judicial. A la hora de entender el sentido del adjetivo «veraz» en el artículo 20 de la Constitución, al intérprete constitucional se le abren varias posibilidades. Los operadores jurídicos podían optar entre dos conceptos de veracidad, íntimamente

relacionados con el modo de entender las relaciones entre Estado y sociedad. De una parte estaba la opción intervencionista, que parte de que es función del Estado fijar universalmente cuál debe ser la verdad absoluta. En virtud de ello el control de la veracidad de la información se convertiría también en control de contenidos de acuerdo con la voluntad estatal, y se consideraría a la veracidad como un *resultado*. Sólo aquello que coincida con lo que los jueces han declarado como cierto, se considera veraz y defendible. De otra parte estaba otra opción, que parte de que es función del Estado el garantizar la fluidez de unas vías estables de comunicación interna dentro de la sociedad. En esta tarea de garantía del proceso informativo tienen también cabida controles de veracidad, pero se refieren más al mecanismo, o la *vía*, a través del cual los profesionales comprueban la información que al resultado, o contenido final de ésta. En esta opción la verdad es múltiple y sus versiones circulan libremente, sin que corresponda al estado controlar en todo momento que sólo se transmita *su* verdad. El sentido que venimos otorgándole a la garantía constitucional de la libertad de información, obliga a decidirse por la última opción.

Exigir un resultado verdadero en todas las informaciones publicadas por los medios de comunicación vaciaría de contenido el artículo 20.1.d) CE y supondría hacer responsables a los periodistas no sólo de su propia actuación profesional sino también del resultado, impidiendo la libertad comunicativa fuera de lo que los poderes públicos consideran como verdad. Así, con el control de los hechos transmitidos el Estado estaría controlando —y alterando a la vez— la formación de la voluntad popular que es la base de la representación política. Es por ello por lo que el concepto de veracidad no se determina, en principio, por el grado de parecido entre el resultado informativo final y una realidad más o menos objetivable. Al contrario, el núcleo del concepto de veracidad alude —básicamente— al grado de profesionalidad y diligencia del autor de la información. Esto puede entenderse mejor con un ejemplo:

El 17 de agosto de 1984 el diario *El País* publica un artículo bajo el titular «Un cura de Cangas de Morrazo inicia la cruzada contra los desnudistas gallegos» que se inicia diciendo que «El cura párroco de Hío, localidad perteneciente al municipio de Cangas, encabezó ayer a un grupo de vecinos del lugar de Viñó que, armados de palos y estacas, increparon y amenazaron a los nudistas acampados en la playa de Barra, mientras la policía municipal de Cangas procedía al levantamiento de las tiendas de campaña allí instaladas... Los numerosos campistas instalados en las cercanías de la playa de Barra consideran que la campaña en contra de su permanencia en la zona está instigada por Don Andrés, el párroco cuya presencia se hizo ostensible en el desalojo». Una semana después el mismo periódico informa de que D. Andrés Carril, cura párroco de Hío niega haber participado en el incidente y desmiente su presencia en el grupo. Se dice además que los vecinos confirman que este sacerdote no se encontraba allí en el momento de los hechos, sino que se hallaba de vacaciones. Interpuesta una demanda de protección de su honor por parte del párroco aludido, el periodista de *El País* explica que intentaron contrastar la noticia inicial conectando con el propio interesado y con la Televisión Gallega, que puso a la disposición del periódico —por teléfono— un vídeo que se demostraba la participación de un sacerdote en los incidentes. Sólo que el párroco en cuestión era el de Viñó y no el de Hío, similitud fonética que provocó el error del periódico.

Evidentemente, la primera noticia no era verdadera, en el sentido de que los hechos narrados nunca sucedieron de tal forma; el párroco de Hío no estuvo aquel día en la playa. Sin embargo, esta circunstancia no va a ser la más trascendente a la hora

de decidir si la noticia cumple o no el requisito de la veracidad. La noticia en general —como resultado— sí que disfruta de una relativa cercanía con lo realmente sucedido; es decir, que en conjunto no se trata de hechos absolutamente falsos: se produjo un desalojo violento de nudistas y había un sacerdote apoyando a los violentos. Pero hay una inexactitud que podría lesionar los derechos del párroco D. Andrés Carril, que aparece aludido expresamente. Pues bien, lo jurídicamente relevante no es tanto que este hecho concreto sea verdadero o falso como la actitud del periodista a lo largo del proceso de elaboración de la noticia en cuestión. La veracidad no se decide comparando exclusivamente los hechos publicados con los que aparentemente sucedieron sino a la vista de la diligencia que mostró el periodista para comprobar la realidad de lo narrado. A esta veracidad que podemos llamar «subjetiva» porque está en función de la actuación del autor de la información tiene siempre que complementarse con la concurrencia de cierta veracidad «objetiva», resquicio del concepto más intervencionista de comunicación pública libre. De este modo, el resultado final de la información tampoco puede ser absolutamente fantástico, sino que de alguna manera se exige cierto parecido con la realidad, o con lo que parezca ser la realidad. El grado de veracidad objetiva exigido es más reducido que el de la subjetiva, y en la práctica no es tanto un requisito determinante como sobre todo un elemento para valorar de forma genérica el grado de veracidad de la noticia. El ejemplo que se planteaba arriba demuestra este modo de funcionar: el hecho de que en el violento desalojo de los nudistas interviniera efectivamente un sacerdote demuestra un grado alto de veracidad de la noticia, demuestra que la comprobación fue suficiente.

Sin embargo, conviene hacer alguna matización sobre todo esto. El hecho de que la esencia de la veracidad sea una diligente actitud profesional del informador, no impide que el concepto de veracidad siga estando sometido al de verdad. Con esto queremos decir que si una información que se transmite a través de un medio de comunicación resulta ser objetivamente cierta, quedará protegida por la Constitución incluso aunque el periodista no la hubiese contrastado suficientemente. ¿A qué se puede calificar como «objetivamente cierto»? Por un lado, dentro del Estado de Derecho hay un mecanismo para determinar qué es «verdad» a efectos del tráfico jurídico cotidiano. Son los tribunales de justicia. Cuando un tribunal da por probados unos hechos, eso se convierte automáticamente en verdad judicial. Esos hechos se considera, pues, que son verdad a todos los efectos. De otro lado hay hechos de la naturaleza científicamente comprobables e indiscutibles. Por ejemplo, la muerte de alguien, un temblor de tierra, etc. En tercer lugar hay hechos que el Tribunal Constitucional considera «notorios», es decir, indiscutidos socialmente. En estos casos, el periodista que transmite una información que resulta ser objetivamente cierta, goza de protección constitucional sin necesidad de comprobar la diligencia profesional o no. Si se acusa a alguien de cometer un asesinato basándose en meros rumores, pero este alguien resulta condenado por tal delito, la información se deberá considerar veraz. La indagación sobre si se contrastaron o no los hechos de manera suficiente, es una garantía a favor del periodista que opera exclusivamente cuando los

hechos transmitidos no pueden ser objetivamente comprobables o difieren de lo que jurídicamente se considera «cierto».

Esta última reflexión, sin embargo, parece que en ocasiones se le escapa al Tribunal Constitucional, que en los últimos años —coincidiendo con que sus propios magistrados se han visto más expuestos a la crítica periodística— demuestra una progresiva tendencia a limitar el ámbito de la libre información:

El 18 de abril de 1994 la revista *Cambio 16*, en su número 1.169, publicó un artículo firmado por don Gonzalo San Segundo intitolado *Visado Barato, Amigo* y con el subtítulo «Funcionarios españoles de la embajada de Rabat y de los consulados de Tánger y Casablanca, implicados en la concesión presuntamente ilegal de visados a marroquíes». En el cuerpo del artículo, y por lo que aquí interesa, se narraba entre otras cosas que: «Paralelamente a la trama de Rabat, surgió otra red de tráfico ilegal de visados en el consulado español de Casablanca. Hasta ahora este hecho no había trascendido. La red de Casablanca fue descubierta a finales de 1991 por el anterior cónsul, Francisco Condomines, actualmente titular del consulado de Metz (Francia). Según la investigación realizada por el propio Condomines, los autores fueron tres empleados del consulado: los hermanos Carrasco. Cuando el cónsul quiso sancionarles, fue convocado por el embajador Ortega a una reunión en un hotel de Casablanca. Al encuentro asistió también un funcionario marroquí implicado en la trama. El objetivo de Ortega era forzar a Condomines para que no tomara medidas en contra de los hermanos Carrasco, a lo que el cónsul se negó. Condomines consiguió que los presuntos autores del tráfico ilegal de visados fueran expedientados y expulsados del consulado. Y el jefe de visados, con la oposición del embajador, fue trasladado a otro destino». Los citados hermanos Carrasco interpusieron una demanda contra el periodista autor de la información, aduciendo que las imputaciones que se les hacían eran falsas. El periodista no pudo demostrar haber investigado suficientemente, sin embargo en el juicio aportó una carta, posterior a la publicación del artículo, del Sr. Condomines, que en el momento de los hechos era cónsul de España en Casablanca en la misma, literalmente, le decía que: «Quiero confirmarle que siendo yo Cónsul General en dicha ciudad, el Señor Carrasco, entonces jefe de la sección de visados, me pasó a la firma once solicitudes de visado en absoluto documentadas, teniendo yo que anular los visados, ya concedidos, por teléfono al comprobar dicho extremo. A partir de ese momento, el señor Carrasco dejó de ser jefe de la sección de visados así como de trabajar en ella y no fue despedido por razones humanitarias (grave enfermedad de su mujer). Fueron despedidos, sin embargo, sus dos hermanos que también prestaban sus servicios en el Consulado». El periodista alega ante el Tribunal Constitucional que esa carta venía a ratificar a posteriori la veracidad de su artículo.

Ante una demanda de este tenor, lo lógico sería que el alto Tribunal entrara a valorar si del contenido de la carta se desprendía que la noticia era cierta, de modo que estaría constitucionalmente protegida tanto si se contrastó suficientemente como si no. Sin embargo, inexplicablemente la STC 68/2008, que resuelve el asunto, insiste en que «lo relevante para la veracidad informativa no es que a posteriori se pruebe la realidad de los hechos, sino el grado de diligencia observado para la comprobación con anterioridad a la publicación de aquéllos». Con esta afirmación, sin duda poco meditada, parece que la jurisprudencia tiende a utilizar cada vez más la exigencia de veracidad como una carga suplementaria impuesta al periodista, desconectada por completo de la finalidad constitucional de la garantía de la libertad de comunicación. Ello supone una comprensión del derecho a la información incongruente e incompatible con cualquier interpretación sistemática de la Constitución que lleva a esperar que se trate más de una solución extravagante a un caso concreto que de una nueva línea de la jurisprudencia constitucional.

A) LA DILIGENCIA PROFESIONAL

Si el periodista ha puesto los medios a su alcance para comprobar lo que dice y el resultado se aproxima mínimamente a lo que realmente sucedió, la noticia será veraz. El Tribunal Constitucional ha dicho a veces que el requisito de la veracidad lo que excluye es la presentación como información de lo que en verdad son meros rumores sin contrastar², en la práctica se exige más que eso. De hecho, la alusión a «meros rumores» parece que se opone tanto a «hechos notorios» como a datos comprobados, por lo que en sí misma destaca tanto la actitud del periodista como un cierto resultado final. Interesa partir de lo que la jurisprudencia denomina a veces: «falta de comprobación mínima», para sancionar los supuestos de falta de veracidad.

Debemos plantearnos, para empezar, dos problemas: ¿a qué se llama comprobar? y ¿qué grado de comprobación resulta exigible? En cuanto al primero, la diligencia de un periodista se pone de manifiesto a través del contraste de los hechos antes de su publicación. La comprobación en el mundo de la información se consigue por efecto de la combinación de fuentes distintas, preferentemente opuestas. El concepto de diligencia, se pone en relación con el de «actuación de un buen profesional». Se supone que hay un estándar generalizado de lo que un buen periodista debe comprobar de unos hechos antes de publicarlos. Este estándar combina de una parte la asunción de cuál es la función constitucional de la información y de otra las circunstancias concretas en las que se transmite cada información: la urgencia de la noticia en cuestión, el modo de trabajar del medio de que se trate, el momento en que se obtuvo y las circunstancias, etc. Por ejemplo, no es igual la comprobación exigible a un informativo televisivo semanal que a uno diario. Todo ello, evidentemente habrá de ser valorado por el juez que se vea llamado a examinar si una información determinada cumple los requisitos constitucionales que la convierten en legítimo ejercicio de un derecho fundamental:

El 8 de septiembre de 1984, se publicó en el diario *El País*, dentro de la Sección dedicada a «Cartas al Director», una bajo el título «El Yudo en los Juegos Olímpicos de Los Ángeles», a cuyo pie aparecía como autor y firmante «José L. Aguyó. Cinturón negro (primer dan) de yudo, Málaga». Cuyo texto es el siguiente: «El yudo en los Juegos Olímpicos de Los Ángeles. —Le envío esta carta para rogarle tenga a bien publicarla, intentando matizar ciertos puntos acerca del comportamiento de Luis Báguena, presidente de la Federación Española de Yudo, al frente de este organismo deportivo. De todo el mundo son conocidas, ya que los distintos medios de comunicación social se hicieron eco de ellas, las vicisitudes por las que pasaron los yudocas olímpicos españoles que nos representaron en Los Ángeles: amenazas de Luis Báguena si hablaban, ninguna ayuda para su preparación olímpica, tener que viajar a la Costa Brava y dormir en el suelo porque interesaba a este señor de cara a sus pretensiones políticas, etcétera. ¿Cómo es posible que el Consejo Superior de Deportes y el Ministerio de Cultura permitan a un individuo así estar al frente de una federación deportiva nacional. Los yudocas olímpicos españoles dijeron por televisión en Los Ángeles que tenían una carta del C.S.D. donde se notificaba que se había cursado el importe a la Federación Española de Yudo para que se diesen 200.000 pesetas a cada uno de sus componentes, sin que éstos hubiesen recibido ni una sola peseta. ¿Es que también se va a quedar Luis Báguena con el dinero de los yudocas olímpicos? La Asociación de Profesores-Entrenadores de Yudo Nacional ha dicho en varias ocasiones que las cuentas de la federación española de este deporte no están nada claras, y que lo único que hace Báguena es demagogia barata, engañando a todo el mundo. Supongo que nadie puede hacer caso de la palabra de Luis Báguena, el cual se marchó a Los Ángeles sin pedir su reglamentario permiso militar, y al volver a Madrid, requerido por sus superiores, dijo que nunca había estado en tal lugar, a pesar de que fue visto por todo el mundo y de que consta en la lista de pasajeros del vuelo de «Iberia», todo lo cual le valió un arresto militar de dos meses.»

A la vista de esta carta, la persona aludida en ella presenta una demanda contra el

diario *El País*, alegando que se le ha vulnerado su derecho al honor puesto que algunas de las informaciones acusatorias contenidas en esa carta no son veraces. Puesto que en dicho periódico, debido a un error informático, no constan los datos del firmante de la misiva es su director quien debe responder jurídicamente por el contenido. Lo que plantea entonces es: ¿con qué diligencia debe contrastarse el contenido de una carta al director que se publica en un medio? El Tribunal Constitucional resuelve que, a la vista de los usos periodísticos dominantes, la obligación de contraste es menor a la hora de difundir una carta de otro autor que en las informaciones de propia elaboración por el medio. Así, en este caso concreto, se considera suficiente el que el director constatará que la mayoría de las acusaciones que aparecen en la carta ya habían salido a la luz en otros medios de comunicación y que, por ello, tenían al menos cierta apariencia de verdad. La suficiente para consentir con su difusión, en el convencimiento de que, en definitiva, queda claro que se trata de la perspectiva del autor de la carta, no del periódico.

En cada caso concreto, por tanto, el órgano jurisdiccional que tenga que comprobar si el derecho a la información se ha ejercido de la manera que protege la Constitución debe valorar si el periodista ha comprobado suficientemente las fuentes de acuerdo con los usos imperantes en el tipo de medio en cuestión. Sobre esto no hay reglas fijas, aunque debe señalarse que no se puede exigir en todo caso una comprobación absolutamente exhaustiva; en definitiva la veracidad no puede considerarse equivalente a la verdad judicial y, si tiene indicios suficientes y comprobados para ello, un periodista puede considerar lícitamente que unos hechos sucedieron de forma diferente a como quede establecido en un juicio. En esto, el Tribunal Constitucional se ha mostrado a veces excesivamente riguroso, contradiciendo el sentido que siempre le ha dado a la veracidad como requisito (vid. STC 6/1996, y su voto particular), pero la tendencia más reciente es siempre preferir la diligencia a la verdad judicial. Puede destacarse en este sentido el caso de la STC 154/1999 en la que se considera legítima la publicación en el diario *ABC* de informaciones sobre unos determinados abusos sexuales a menores, identificando al presunto autor: aunque está persona en ningún momento llegó siquiera a resultar procesado judicialmente por los hechos, en el momento de la investigación estaba siendo investigado por la policía y los periodistas contrastaron suficientemente con fuentes fiables los datos publicados como ciertos.

B) LA FIABILIDAD DE LAS FUENTES

Cuando se dé un conflicto con el derecho al honor de una persona, el órgano judicial llamado a decidir sobre la controversia deberá tener en cuenta las circunstancias en que se ejerce la profesión periodística: por ejemplo, como hemos dicho ante una noticia importante, en un diario que tenga que informar al día siguiente, no cabe exigir al periodista la misma exhaustividad en la comprobación que si se tratara de elaborar un reportaje amplio a publicar semanalmente. Del mismo modo puede influir también la fiabilidad de ciertas fuentes, como las agencias de

noticias o los gabinetes de prensa, a la hora de valorar si la diligencia es suficiente. En principio hay que considerar como fiables a aquellas fuentes que constituyan un cauce institucionalizado y reconocido estatalmente de suministro de información a los ciudadanos.

En caso de hallarse ante una fuente fiable, la jurisprudencia constitucional —y no es cuestión de volverse casuístico— tiene en cuenta hasta qué punto la elaboración propia del periodista cambia el sentido inicial de la información que facilitaba el informador institucionalizado. Por otro lado, las fuentes «oficiales», como puede ser, por ejemplo, la policía, gozan de una presunción de fiabilidad que reduce mucho la obligación de contraste que tiene el periodista³, siempre y cuando la información se transmita por el cauce adecuado y el asunto sobre el que se facilita información esté directamente relacionado con la finalidad legítima de esa fuente oficial. La policía es fuente oficial para asuntos policiales, para temas militares será el ejército, etc. No sería oficial, además, la confidencia de un agente pero sí una nota de prensa de la policía. En esos casos la comprobación necesaria se extiende esencialmente a la fuente. Es decir que se le exige al periodista que compruebe que efectivamente la información proviene de la fuente (fiable) en la que aparentemente tiene su origen. Eso impone diferencias respecto al supuesto en el que el informador conoce de una información por otras vías, porque entonces —ya lo hemos visto— el contraste consiste en diversificación de fuentes, en buscar otras versiones, más que en comprobar el origen de la inicial.

Un requisito añadido parece ser el de especificar las fuentes fiables utilizadas. El Tribunal Constitucional viene exigiendo que el cuerpo de la información recoja e identifique las fuentes utilizadas para poder proceder a su comprobación. Evidentemente, no se trata de que una noticia que se difunda sin detallar el origen de los hechos narrados quede automáticamente fuera del ámbito constitucional de protección. Lo que parece que quiere decir el TC es que en tanto que las fuentes aparezcan identificadas en el cuerpo de la información, la comprobación resulta más fácil y rige, a priori, una presunción de legitimidad. Cuando no se especifiquen, será el periodista el que quede obligado a demostrar, bien que contaba con informaciones emanadas de una fuente fiable, bien que contrastó la noticia suficientemente en fuentes diversas, o bien que los hechos narrados son efectivamente ciertos. Caben las tres posibilidades y cualquiera de ellas satisface la exigencia de veracidad. Por otro lado no hay que olvidar que el derecho al secreto profesional, recogido en el artículo 20.2 CE impide que los periodistas sean obligados de ningún modo a revelar la identidad de sus fuentes, ni siquiera indirectamente. En tal caso, son ellos los que asumirán la demostración de la realidad de los hechos.

a) La teoría del reportaje neutral

Merece la pena un comentario final sobre la transmisión de declaraciones de terceros. A propósito de ello, el Tribunal Constitucional ha elaborado lo que se denomina, *teoría del reportaje neutral*. Se trata de una idea, formalmente contradictoria con la mayoría de las teorías del periodismo, según la cual es neutral el

reportaje en el que el informador se limita a reproducir declaraciones de otros sujetos, citándolos y sin incluir conclusiones ni hipótesis de propia elaboración. Cuando se transmiten declaraciones de terceras personas son éstas las responsables de la veracidad de los hechos, mientras que al periodista le basta con demostrar que la persona indicada dijo lo que se ha recogido. Esto hay que entenderlo en sentido amplio. Basta con que el informador deje claro de manera genérica que está recogiendo las opiniones de otras personas, sin necesidad de especificar literalmente cada una de las opiniones (no es imprescindible entrecomillarlas todas). De hecho incluso puede hablarse de reportaje neutral cuando se recogen varias declaraciones de un colectivo sin detallar el autor concreto de cada una de ellas. Lo trascendente es que no se trate de afirmaciones salidas de la mente del periodista. Veamos un ejemplo:

El diario *La Crónica* de Almería publicó el día 31 de agosto de 1991 una noticia que llevaba por título en caracteres grandes «El cadáver de la Mojonera tenía un fuerte golpe en la cabeza», acompañada del antetítulo, en caracteres más reducidos, de «La familia sospecha del hermano de otro pistolero de D'Amico». En esta noticia se informaba de la muerte de una persona llamada José Miguel Daza Heredia, cuyo cuerpo sin vida había sido encontrado tres días antes. Entre otros extremos, se decía «El joven José Miguel Daza Heredia, alias «El gitano», encontrado muerto al pasado miércoles en la Mojonera, fue torturado y asesinado, según informaron a *La Crónica* fuentes familiares. Su cuerpo presentaba un fuerte golpe en el cráneo, que le causó fractura del mismo. Para la familia no hubo un solo asesino sino varios y «quienes lo hayan hecho no es la primera vez que asesinan». Afirman, también, que la intención de los asesinos era evitar que el cuerpo fuese reconocido por los familiares porque «en doce o trece días no se pone un cadáver tan malamente. Ni tenía dedos, ni espalda, ni ojos, ni nariz, sólo tiene dientes». El cuerpo del fallecido estaba tan descompuesto que la señora le identificó, en un principio, por un zapato. La última vez que se le vio con vida se encontraba en compañía de un hombre llamado Agustín Rodríguez Herrada, carnicero y ganadero de Roquetas de Mar que cuenta con antecedentes penales. «Gente de dinero», manifestaron las mencionadas fuentes, quienes no quisieron hacer más declaraciones al respecto. En cuanto a las investigaciones que se están llevando a cabo para la resolución del caso, no se muestran muy esperanzados con los resultados que vayan a obtenerse: «ponen ajuste de cuentas y ya está. Uno menos», declaran. El cuerpo del fallecido, acompañado por tres miembros de la familia, fue trasladado sobre las 15.30 horas de ayer al cementerio de Almería para su inhumación» (STC 76/2002).

A raíz de esta noticia, la persona aludida interpone una querrela por injurias en la que solicita que se condene al periodista por afirmar que tiene antecedentes penales (lo cual no es cierto) y hacerle aparecer como sospechoso de un asesinato. El Tribunal constitucional llega a la conclusión, sin embargo, de que en todo el artículo se va dejando claro que lo quiere exponerse es el punto de vista de la familia de la víctima y que la fuente principal de todo lo que se afirma son las declaraciones de ésta. Por tanto entiende que es un auténtico reportaje neutral, lo que quiere decir que el periodista tan sólo ha ejercido su derecho a la libertad de información y que en caso de que alguien haya proferido alguna injuria será la familia del muerto, no el redactor que recoge sus opiniones.

En definitiva, es evidente que cuando un reportaje se califica de neutral, en el sentido indicado, el autor no resulta jurídicamente responsable de su contenido. Ésta es la regla general, pero hay que hacer una excepción cuando lo afirmado en las declaraciones cobre una especial trascendencia por su difusión pública. De lo que se trata es de que la reproducción de unas declaraciones no se utilice fraudulentamente para transmitir unos hechos de forma interesada, de manera que la voluntad del periodista pueda individualizarse de la del autor de las declaraciones. Resulta un

supuesto muy difícil de valorar, pero que no deja de ser posible; así, cuando un medio le dé una trascendencia inusual a declaraciones socialmente intrascendentes: por ejemplo si en grandes tipos, en primera página de un periódico, se recogen unos insultos contra un político emitidos por un ciudadano absolutamente alejado de la vida pública. Por tanto, ha de concluirse que no es neutral toda información que se limite a reproducir lo dicho por otro, sino que en la decisión misma de publicar declaraciones ajenas hay una toma de postura del periodista que puede estar apoyando indirectamente la veracidad o falsedad de lo reproducido, tanto como utilizándolo con intenciones determinadas, legítimas o no⁴.

De manera menos matizada y en cierto modo burda, estas reflexiones se plasman en la doctrina del Tribunal Constitucional, que resume, por ejemplo, la STC 54/2004, FJ 7, que recuerda que para que pueda hablarse de reportaje neutral han de concurrir los siguientes requisitos:

a) El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas. De modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones.

b) El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia. De modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral y tampoco lo hay cuando es el medio el que provoca la noticia, esto es, en el llamado periodismo de investigación, sino que ha de limitarse a reproducir algo que ya sea, de algún modo, conocido.

3. LA RELEVANCIA PÚBLICA

El segundo requisito que tiene la información constitucionalmente protegida es el de su relevancia pública. En realidad, se trata de una consecuencia del lugar que el derecho a la información tiene en el sistema constitucional. ¿Por qué se protege especialmente la información en nuestra Constitución? Pues no sólo porque el libre flujo de información sea un derecho básico, derivado de la libertad de autodeterminación de la sociedad, sino también porque hay un interés democrático en que los ciudadanos puedan —si quieren— recibir información acerca de cómo funcionan la sociedad y el Estado. Uno de los sentidos del régimen democrático está en que los poderes del Estado emanan del pueblo. Ello exige la posibilidad de que los ciudadanos estén informados en varias fases: para decidir acerca de las personas a quienes pueden designar para que integren los poderes, para decidir en los casos en que el cuerpo electoral tienen que pronunciarse y, en general, para controlar posteriormente la aplicación de sus decisiones y el funcionamiento de los poderes; «emanar del pueblo» quiere decir que el pueblo debe mantener el control sobre los poderes. De esta manera, la información tiene una especial importancia en el régimen democrático. Pero todo tipo de información no es igualmente apto para satisfacer esta función política; sólo sirven para ello las informaciones que trasciendan del ámbito de lo personal o anecdótico y tengan un significado social o político destacado. El requisito de la relevancia pública sirve para cerrar el círculo de la información

jurídicamente protegida, excluyendo la mera transmisión de hechos o datos sin trascendencia social. La práctica demuestra que esto es algo difícil de deslindar en algunos casos, pero también que la mera alusión a un interés social no basta para que cualquier noticia cobre relevancia social inmediata.

En el número del 27 de mayo de 1985 de la revista *Cambio 16*, se publicó bajo el título «El prepucio del Marqués», y dando cuenta de la presentación del libro «Las malas compañías», del que son coautores don Joaquín Giménez Arnau y don Mauricio López-Roberts, lo siguiente:

«Entre otras consideraciones (el Sr. Giménez Arnau) contó algo que está en el sumario, pero que no ha sido aireado convenientemente: Que el administrador de los Urquijo, don Diego Martínez Herrera —llamado a declarar de nuevo recientemente—, tenía la obligación de lavarle todos los días el prepucio al señor Marqués, que sufría en tan delicado sitio de un herpes pertinaz y molesto. Detalle que los Jueces deberán tener en cuenta a la hora de buscar móviles para el brutal asesinato (STC 232/1993).»

Evidentemente, el periodista que elabora la noticia intenta justificar su relevancia pública con la alusión a los móviles del crimen, de manera que lo publicado cobraría una especial trascendencia social, ya que sería valioso para el esclarecimiento de un delito. Sin embargo, no es suficiente con este tipo de coletillas, sino que el examen de la relevancia se hace directamente a partir de la información en sí. En este caso, si se trata de algo que ya aparece recogido en el sumario judicial parece que no es necesario airearlo para colaborar en el esclarecimiento de un delito. Así, no se informa de nada que tenga importancia para el conjunto de la sociedad, ni social ni políticamente. El titular que se le pone a la información y la especial atención que se da a un detalle especialmente morboso evidencian que se trata de una información que no debe disfrutar de ninguna protección constitucional específica.

Del mismo modo, la trascendencia social de la información amparará informaciones críticas al funcionamiento de las instituciones del Estado. Cuanto más despersonalizada sean tales críticas, más fácil es advertir en las mismas una función social de creación de la opinión pública libre para el control democrático de las mismas⁵. No importa tanto que se trate de críticas fundadas —más allá de la veracidad exigida— como que se emitan con tal intención y sin inclusión de insultos:

En el mes de noviembre de 2002, poco antes de unas elecciones, un tendero de El Puerto de Navacerrada colocó en el establecimiento *El Segoviano*, de su propiedad, diversos carteles, consistentes en fotocopias y recortes de noticias de prensa, referidos a las relaciones litigiosas que mantenía con el Alcalde de la localidad. Incluía también un pasquín de su autoría referido al Alcalde en el que le imputaba «la concesión de licencias urbanísticas irregulares», «adjudicación de un puesto de recaudador municipal a un amigo personal» y «obstrucción a la justicia en la persecución de dichas infracciones». El Alcalde, ofendido, interpone una demanda penal contra el tendero, que resulta condenado y acude al Tribunal Constitucional.

A la hora de resolver el asunto, en la STC 89/2010, el TC examina si se trata de un ejercicio legítimo de las libertades de información y opinión. En ese sentido recuerda «la mayor tolerabilidad, o deber de resistencia a la crítica, exigible a los personajes públicos, por la vinculación de las expresiones con la finalidad de corrección». Señala que si lo que se pretendía por parte del tendero era documentar la crítica al Alcalde por las decisiones que había adoptado en el ejercicio de sus funciones y estando en periodo electoral, «resulta indiscutible concluir que el recurrente actuaba en el marco

de la censura a un cargo público». De ese modo se trataba de un ejercicio legítimo del derecho constitucional, que sólo sería sancionable si las expresiones fueran gratuitas y formalmente vejatorias.

A) CRITERIOS DE DETERMINACIÓN

En cuanto requisito, la relevancia pública —en cualquier grado— es un elemento imprescindible. Ello, sin perjuicio de que, como más adelante se explica, la intensidad de esta relevancia vuelva a tomarse en consideración a la hora de ponderar en un caso concreto si el ámbito protegido por el derecho a la información debe restringirse en beneficio de otro derecho con el que haya entrado en colisión.

Para entender mejor el requisito, puede acudir a un caso concreto:

En 1986 el periódico *El Heraldo de Aragón* publica una información con el título, en grandes caracteres «Numerosas detenciones practicadas por la Guardia Civil y por la Policía por la comisión de diversos robos y atracos en Zaragoza y provincia», que aparece ilustrada con una foto intitulada «exposición de joyas robadas». La información acaba indicando «también se procedió a la detención de Gaudencio Miguel Ángel Rivases Ruiz, de 32 años, autor de un delito de estafa mediante un talón sin fondos, por valor de 250.290 ptas., que entregó para pagar una partida de cerdos» (STC 219/1992).

El ciudadano aludido inicia acciones judiciales alegando que la información era intrascendente. Se trata de un hecho básicamente veraz (pese a un error en la calificación del delito), que nadie pone en duda que sucediera efectivamente. Sin embargo, es complicado el análisis de la relevancia pública de la noticia. Porque, como regla general, la actuación de las fuerzas de seguridad es un hecho noticiable. Se trata de informar a los ciudadanos acerca del funcionamiento de los poderes del Estado y de la delincuencia en la sociedad. Pero, si desde esa perspectiva la noticia parece relevante, desde otra, hay elementos para pensar lo contrario: ¿es relevante que el ciudadano implicado aparezca identificado con nombres y apellidos?, ¿es relevante en sí misma la noticia?

En realidad, para decidir acerca de la relevancia, tanto del hecho como de quien lo protagoniza, hay que tener muy en cuenta todas las circunstancias que rodean la información. La relevancia pública está en la finalidad de la noticia. Se trata de que tenga interés para el desarrollo de la sociedad. Por eso dependerá siempre de factores objetivos, relacionados con el contenido mismo de la información y de factores subjetivos, en conexión al enfoque que el periodista le haya dado a los hechos. Incluso en su aspecto más objetivo, el concepto de relevancia pública sigue siendo siempre muy relativo, de acuerdo con el contexto en que se producen los hechos y en que se publica la información. Hay hechos que en un lugar —una gran ciudad, por ejemplo— tienen una relevancia muy distinta de en otros —un pueblo pequeño, por ejemplo—. Los criterios para ello pueden ser los de la frecuencia o la trascendencia en el ámbito social afectado. Del mismo modo, el ámbito material y espacial de la publicación o difusión de la información también determinan, en razón del público a quien va dirigida, la relevancia social o no de la noticia.

Por otro lado, la manera en que se elabore y difunda la información puede ser

igualmente determinante. En el caso del ejemplo: en una revista dirigida a criadores y vendedores de cerdos, puede ser importante informar acerca de la situación del tráfico comercial de estos animales. En una emisora de radio local de la población en la que viven el vendedor y el comprador de la partida de cerdos la noticia también puede tener trascendencia. Igual sucede si, en el marco de un artículo sobre la proliferación del pago con cheques sin fondo, se publica la noticia indicada a modo de ejemplo. O si la persona detenida es el líder de una asociación por la honestidad de los criadores de cerdos, por ejemplo.

En todo caso, hay que destacar que mientras mayor sea la conexión que cabe establecer entre el sistema democrático y la información en cuestión, mayor será su relevancia pública. Así, conocer la situación general de los delitos en el país, o la eficacia de la administración pública tiene relevancia cuanto más conectado esté con el núcleo esencial de la democracia.

El diario *El Mundo*. El *Día de Baleares* publicó el día 20 de junio de 2003 un artículo redactado por él cuyo título era «El hijo *xenófobo* del concejal recibió 10,5 millones en 2001». En el cuerpo del artículo se narraba, en lo esencial, que: «Joaquín Rabasco Noche, el hijo del presidente de ASI que fue denunciado por la Policía Local por comportamientos xenófobos durante la campaña electoral, recibió 10.500.000 pesetas en agosto de 2001 de la empresa Majo Sport, una de las entidades administradas por la colaboradora del político de S'Arenal de Lluçmajor». Con motivo de esta publicación, la persona aludida inició un procedimiento judicial contra el periodista en el que consideraba injurioso que se le calificara de xenófobo, y defendía que la alusión a los insultos xenófobos que se le imputaron y por los que no fue siquiera imputado judicialmente carecía de relevancia pública.

A la hora de abordar la relevancia de especificar en el artículo, referido a otra cosa, el comportamiento xenófobo del aludido, el Tribunal Constitucional considera que «ninguna duda hay sobre la conveniencia de que la comunidad sea informada sobre sucesos contrarios a los valores constitucionales sucedidos en el contexto de una campaña electoral, con independencia de su posible relevancia penal y de la condición de sujeto privado de la persona o personas afectadas por la noticia» (STC 29/2009, FJ 5).

B) RELEVANCIA PÚBLICA *RATIONE PERSONAE*

De esta manera, no es posible decidir sobre el cumplimiento del requisito de la relevancia pública sin una visión general acerca del marco social e informativo en que aparece la información y su utilidad democrática. Por otro lado, parece evidente que la relevancia puede predicarse tanto del hecho publicado, como de la persona que lo protagoniza. Sobre esto, a veces, la jurisprudencia ha elaborado complicadas teorías que intentan sobreponerse a la casuística, si bien el éxito ha sido siempre muy discutible. En general, puede decirse que cada elemento de la información debe ser valorado independientemente en cuanto a su trascendencia social. Así, la identificación de la persona protagonista del hecho sólo está jurídicamente justificada cuando tenga en sí trascendencia. Ni más ni menos que el resto de datos aportados por la información, y decidido de la misma manera. Es cierto que a veces un hecho cobra relevancia pública en razón de su protagonista; no es igual que detengan a un

ciudadano cualquiera que al Presidente del Gobierno; ello no quiere decir que la relevancia en razón de la persona «arrastre» siempre a la relevancia material de lo narrado, sino que la notoriedad o relevancia del personaje protagonista es un elemento más que puede concurrir para determinar si la información está constitucionalmente protegida por su importancia social y política. Del mismo modo, a veces la trascendencia de un hecho hace relevante que se conozca el nombre de su protagonista, aunque no en todos los casos.

Lo que sí sucede es que la relevancia pública, ontológicamente, es también un elemento que excluye la invasión en la intimidad de las personas. Como se verá, la intimidad protege aquello que socialmente debe quedar en el marco de la vida privada, con el consentimiento de su protagonista, porque no tiene trascendencia social. De esta manera, la relevancia de la identificación de la persona que protagoniza una noticia puede ser un criterio para decidir si se le ha vulnerado o no su derecho a la intimidad. Sin embargo, tampoco la trascendencia del protagonista justifica la publicación de detalles de su vida privada. En definitiva, la justificación de que se identifique al autor, no excluye posibles violaciones de su intimidad.

En febrero de 1985 los periódicos *Diario 16* y *El País* publican sendas informaciones biográficas acerca de D. José Luis Patiño, piloto del Boeing 727 que se había estrellado días antes en las proximidades del aeropuerto de Sondica (Bilbao), causando la muerte de 148 personas. En ambos artículos se habla acerca de la formación profesional y de la personalidad del comandante Patiño. Se habla de su carácter irascible, su afición a la bebida y se cuenta que estaba deprimido. Sin embargo, *Diario 16* cuenta también que «vivía con otra mujer, una azafata de Iberia que se encuentra embarazada de siete meses» (STC 172/1990).

El Tribunal Constitucional considera que tan sólo esta última información, publicada por *Diario 16*, no cumple el requisito de la relevancia pública y busca exclusivamente entregar a la curiosidad de la opinión pública aspectos reservados de la vida privada del piloto. Es decir, que la publicación del nombre del piloto en un accidente de tales características resulta de interés general, pero la legitimidad de que se le identifique con nombres y apellidos no implica que sea igualmente trascendente la publicación de cualquier detalle de su vida.

Este criterio se usa del mismo modo cuando se trata de personas famosas socialmente. No hace falta elaborar ninguna teoría especial para el caso de las personas conocidas, por cualquier razón, dentro de la sociedad. A veces, la doctrina del propio Tribunal Constitucional ha puesto un especial énfasis en el hecho de que una persona realice en su vida «actividades que persiguen notoriedad pública», sin embargo esta renuncia a la vida privada en busca de la fama no crea ninguna categoría especial en cuanto a la relevancia pública. Es cierto que el tratarse de personas que —por su propia actividad o por cualquier otra circunstancia de la vida— disfrutan de cierta notoriedad pública puede hacer relevante que se les identifique en las noticias sobre hechos relevantes de los que sean protagonista, o incluso que los hechos en sí se vuelvan relevantes, pero es elemento a considerar en cada caso concreto; la regla general no varía en absoluto; de lo que se trata es de que «el contenido de la información se desenvuelva en el marco de interés general al que el asunto se refiera». Éste es el único criterio para decidir si una información contribuye

a la formación de una opinión pública libre. La aceptación por el protagonista de un plus de publicidad respecto a su vida es un acto interesante en lo que supone de delimitación de su derecho a la intimidad, y a ello se volverá cuando se trate este derecho.

En la aplicación práctica de estos principios el Tribunal Constitucional ha distinguido formalmente entre «aquellas personas que alcanzan cierta publicidad por la actividad profesional que desarrollan o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada, o que adquieren un protagonismo circunstancial al verse implicados en hechos que son los que gozan de esa relevancia pública» (STC 99/2002, de 6 de mayo, FJ 7). Como se verá en el apartado relativo al derecho a la intimidad, todos ellos pueden ver limitados sus derechos con mayor intensidad que el resto de ciudadanos. Sin embargo, no cabe duda de que la relevancia pública es diferente. Las informaciones relativas a la eficacia y capacidad de los cargos públicos en la gestión de sus responsabilidades poseen una indudable relevancia, que en el caso de las implicadas en delitos no se extiende tanto a la persona como al hecho. Por su parte, respecto a los personajes públicos la relevancia siempre habrá de ponerse en relación con su papel social como referentes ciudadanos.

4. LA PROHIBICIÓN DE INSULTOS

En realidad no debería incluirse aquí esta apostilla, por cuanto en la información aséptica los insultos son realidades inimaginables. Sin embargo, no hay que olvidar que con frecuencia opinión e información aparecen entremezcladas y que entonces se está al elemento dominante para considerar que se trata de ejercicio de la libertad de expresión o del derecho a la información.

La prohibición de insultos se constituye en un límite absoluto y objetivo al ejercicio de las libertades de expresión e información. Según la doctrina del Tribunal Constitucional, en ningún caso están amparadas constitucionalmente informaciones que incluyan expresiones formalmente injuriosas⁶. Una afirmación tan tajante y tan radical necesita necesariamente ser matizada. Conviene acudir a un ejemplo:

En 1988, en una emisión radiofónica deportiva el periodista José María García comenta la actuación de José Luis Roca como presidente de la Federación Española de Fútbol y diputado de las Cortes de Aragón. Denuncia que esta persona, gracias a un fraude en su declaración de residencia, recibe ilícitamente dietas por desplazamientos a las sesiones de las Cortes a pesar de que tiene su domicilio en la misma ciudad donde éstas se celebran. Comentando este hecho dice: «el Sr. Roca, en definitiva, le ha robado al pueblo de Zaragoza 219.000 pesetas»; «claro, si todos los presupuestos van como éste, imagínense cómo van los presupuestos del Reino de Aragón». En el curso de la información incluye calificativos acerca de supuestos defectos físicos del Sr. Roca: «Lo de Pedrusquito lo he dicho en muchísimas ocasiones, es tan sólo un apelativo cariñoso que identifica sus escasos centímetros, su poco pelo y su nulo talante»; «ni ve, y no es por las cataratas»; «Pedrusquito Catarata Roca». También sobre su valía moral: «vil vasallo de Pablo Porta»; «impresentable Presidente de la Federación Española de Fútbol» y finalmente sobre su capacidad intelectual: «ni oye, ni sabe, ni quiere, ni puede»; «el tío no sabe de nada y sabe de todo. Bien» (STC 105/1990).

Evidentemente, en la emisión se mezclan opinión e información; a primera vista parece que predomina el elemento informativo: la razón de ser de la emisión es

denunciar una serie de irregularidades en el funcionamiento de una institución pública como las Cortes de Aragón y de un representante popular. En este sentido, los datos narrados son veraces, han sido contrastados por el periodista que cuenta incluso con pruebas de lo dicho. Está claro que también son relevantes e incluso entran dentro de la denuncia política que funda la importancia constitucional del derecho a la información. En estas condiciones, parece que se trataría de un ejercicio legítimo de éste, con el máximo nivel de protección frente a otros derechos en juego, como es el del honor.

Sin embargo, en su información, el periodista ha incluido algunos apelativos formalmente injuriosos. No se trata de valoraciones personales más o menos críticas pero siempre legítimas, sino de insultos *stricto sensu*. El sentido de esas expresiones no puede, en modo alguno, estar relacionado con el ejercicio de la libertad de información. La libertad del periodista a la hora de evaluar y enfocar la noticia permite la evaluación y la crítica de conductas incluso cuando se realiza de manera extremadamente negativa. Sin embargo, los insultos están efectivamente desvinculados de todo propósito informativo o de evaluación de conductas.

De esta manera, el Tribunal Constitucional ha considerado que no cabe protección constitucional de aquellas informaciones que, cumpliendo con los requisitos de veracidad y relevancia pública exigidos constitucionalmente incluyen declaraciones formalmente injuriosas. Se trata de un límite absoluto: si hay insultos no puede tratarse de libertad de información ejercida lícitamente.

La justificación de esta prohibición absoluta está en el especial valor constitucional de la dignidad humana como fundamento mismo de la Constitución y de los derechos. La dignidad se erige así como un valor absoluto que no puede ceder en ningún caso, ni siquiera frente a los derechos fundamentales. Veamos un ejemplo:

En el programa *Crónicas marcianas*, de fecha 16 de octubre de 2002, se emitió una entrevista que don Javier Cárdenas realiza a don J.C.H.A., quien tenía reconocida una discapacidad física y psíquica cifrada en el 66 por 100. A lo largo de ella, don Javier Cárdenas formula a don J.C.H.A. una serie de preguntas acerca de la disyuntiva entre la vocación y ganar dinero, pero en la mayoría de las ocasiones no le permite que complete una respuesta, pues interrumpe él con una respuesta o una nueva pregunta, en ocasiones contradictoria con la anterior. Llega un momento en el que el entrevistado se confunde y se contradice, para acabar respondiendo únicamente «hombre, por supuesto». En una segunda parte de la entrevista le pregunta si es un romántico y, a continuación, le pregunta muy seguido: «¿te gusta la mujer hecha y derecha?, que no sea muy ancha de espaldas, ¿no?, y que esté rasurada, ¿eh?». Don J.C.H.A. vuelve abrumarse y, como contestación, reitera únicamente «hombre, por supuesto». Finalmente, el Sr. Cárdenas le pide que mire fijamente a la cámara y explique al público lo que espera de una mujer. Don J.C.H.A. se coloca de espaldas a la cámara y don Javier Cárdenas le permite permanecer en esa posición mientras explica lo que espera de una mujer. Al fondo, se oyen risas y jolgorio. La entrevista fue luego glosada en la página web del programa, donde se publicó una foto distorsionada de don J.C.H.A. con unas enormes gafas junto a la leyenda: «Periodista, soltero, ligón busca... J. tiene muy claro el tipo de mujer que le gusta». Asimismo, se añade «si usted piensa que este hombre es guapo acuda a *Ópticas San Gabino*, que decía un viejo anuncio de gafas. Pero si verdaderamente lo sigue pensando, agradézcaselo a Javier Cárdenas, y sobre todo no dude en permanecer alerta».

Cuando la familia del discapacitado interpone una demanda civil contra el programa televisivo puede ser resuelta sin necesidad de valorar siquiera el posible ejercicio de las libertades de expresión e información. Como indica el Tribunal

Constitucional (STC 108/2013) «la dignidad es la cualidad intrínseca al ser humano y, en última instancia, fundamento y núcleo irreductible del derecho al honor, cuya negación o desconocimiento sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional el ejercicio de otros derechos o libertades». Este mismo fundamento lleva a excluir del ejercicio legítimo de la libertad de información cualquier narración de hechos o juicio de valor que incluya insultos.

En cuanto a qué se entienda por insultos, hay que optar por un concepto restrictivo. En especial porque la mera constatación de que en una información hay insultos excluye toda indagación acerca de su veracidad o relevancia. No es insulto cualquier manifestación lesiva del honor de una persona. Extender el concepto de insulto a toda expresión que se considere injuriosa o que cause desprestigio conllevaría una reducción excesiva del ámbito del derecho de la información; implicaría someterlo siempre, y a priori, al del honor. En realidad, la prohibición de insultos se deduce de la necesidad de protección de un derecho constitucional muy diferente al del honor (por más que la dinámica del Tribunal Constitucional lleve a veces a unirlos con éste): el de la *dignidad*. La persona tiene derecho a un mínimo de respeto vital a su persona que se identifica con la dignidad como esencia misma del ser humano en sociedad: por lo que interesa al derecho de la información, el derecho al honor ampara el prestigio social de una persona, la consideración que de ella tengan los otros. Y se protege frente a expresiones descalificadoras, acusaciones negativas carentes de fundamento real. En cambio, el derecho a la dignidad ampara la esencia misma de la personalidad, el valor mínimo incluido en la calificación de «persona». Y se protege frente a expresiones humillantes, vejaciones tendentes a negar cualidades esenciales del ciudadano afectado.

En el concepto de insulto, por tanto, desempeña un papel definitivo la *intención de humillar* o vear. No son insultos las acusaciones falsas que causen un desprestigio social: para empezar porque en los insultos la veracidad o la relevancia no son comprobables ni significativas. Una acusación lesiva del honor puede venir amparada por la libertad de información; si es relevante para el desarrollo democrático de la sociedad y resulta veraz normalmente no se afectará ningún valor constitucional relativo al honor. Cuando en una información se acusa a alguien de haber robado algo, en principio, eso no es un insulto: si es relevante y veraz, será libertad de información protegida por la Constitución. Cuando se cuenta de alguien que mantiene relaciones extramatrimoniales, en principio eso no es un insulto: si es relevante y veraz, será libertad de información protegida por la Constitución. En estos casos el factor decisivo está en que se trata de denunciar una conducta —cierta o no; relevante o no— que puede ser calificada de negativa socialmente. Frente a todo esto, la concurrencia de lo que se califica como insulto excluye automáticamente la mera posibilidad de que se trate de un ejercicio legítimo de la libertad de información. Por eso, resulta especialmente criticable la inadecuada generalización del concepto de insulto que se aprecia ocasionalmente en alguna Sentencia del Tribunal Constitucional: en especial en la STC 200/1998. Se trataba de unas informaciones periodísticas que afirmaban que la secretaria de un famoso empresario estaba

cometiendo un adulterio con él. Puesto que en el caso era cierto, y tenía cierta relevancia pública el hecho, el Tribunal no encuentra otra manera de sancionar las informaciones que entendiendo —equivocadamente— que llamar «adúltero» a alguien era en sí mismo un insulto. Evidentemente, ni existía una intención expresa de vejear ni se usaban términos formalmente vejatorios, sino que los periodistas se limitaron a narrar unos hechos. En ese caso cabía entender que el derecho a la intimidad de las personas se impusiera a la libertad de información, pero en cambio es del todo inaceptable la solución de acudir al concepto de insulto, de manera amplia, para excluir de antemano que se tratara de una información amparada constitucionalmente.

En realidad, como acaba de apuntarse, para apreciar si concurre o no en una información esa «intención de humillar» a que antes se aludía como esencia del insulto hay que considerar conjuntamente los elementos subjetivos y objetivos de la información. Es decir, que es necesario tener en cuenta tanto la *intención* que se deduce del contexto como las *expresiones formales* a través de las que se manifiesta. Aunque resulta imposible fijar reglas que resulten absolutas, parece que la utilización de expresiones que están reconocidas socialmente como insultos demuestra claramente una intención de insultar (la excepción podría estar en la utilización de estas expresiones con intención afectiva, denotadora de una cierta confianza y amistad). Así, llamar a alguien «puta» implica una intención de descalificación que *va más allá de la denuncia acerca de una realidad socialmente negativa*. La utilización de ese calificativo contra una persona, normalmente, no podrá quedar amparada por la libertad de información; ni siquiera en el supuesto de que la víctima se dedique habitualmente a la prostitución.

Por tanto, no sólo son insultos las expresiones valorativas que por sí solas, formalmente, se consideran injuriosas socialmente, pero éstas suelen resultar insultantes en la mayoría de los casos. Cuando no se usen habrá que estar a la intención del informador. Cuando ésta consista en degradar a la persona en sí misma, más que en acusar o denunciar públicamente una situación, también estaremos ante un caso de insulto, si bien lo más frecuente es la concurrencia de expresiones formalmente injuriosas. En cualquier caso, no hace falta insistir en el hecho de que los insultos de cualquier tipo, en tanto atentatorios contra la dignidad, no pueden ser demostrados como veraces ni cabe considerarlos nunca como relevantes socialmente.

BIBLIOGRAFÍA

Para este tema cabe en principio acudir a cualquiera de los manuales al uso de derecho de la información. En especial al de Lluís DE CARRERAS, *Régimen jurídico de la información*, Ariel, Barcelona, 1996, o el de Luis ESCOBAR, *Derecho de la información*, Dyckinson, Madrid, 2004. También a aquellos otros manuales que pueden ya considerarse clásicos por ser los primeros que abordaron decentemente el tema. Entre éstos, sobre todo, pueden utilizarse el de Pablo SALVADOR CODERCH

(coord.), *El mercado de las ideas*, CEC, Madrid, 1990; José María DESANTES GUANTER, *Derecho a la información: materiales para un sistema de la comunicación*, Fundación COSO, Valencia, 2004; la nueva edición de la obra coordinada por Ignacio BEL MALLÉN, *Derecho de la información*, Ariel, Madrid, 2003; Marc CARRILLO, *Los límites de la libertad de prensa en la Constitución española de 1978*, PPU, Barcelona, 1987.

Desde una perspectiva europea, Jordi BONET, *El derecho a la información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, PPU, Barcelona, 1994. También el libro de Alexandre H. CATALÀ I BAS, «Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional: hacia un derecho europeo de los derechos humanos», *Revista General de Derecho*, Valencia, 2001.

Dos artículos sobre veracidad y relevancia pública que pueden ser útiles, son los de J. R. DE PÁRAMO, «Veracidad y derecho a la información», en *Persona y Derecho*, n.º 55, 2006, pp. 577-595; y L. Díez BUESO, «La relevancia pública en el derecho a la información: algunas consideraciones», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 66, 2002, pp. 213-238.

Sobre el reportaje neutral, un artículo claro y conciso —y, por tanto, muy útil— es el de Fernando HERRERO-TEJEDOR, «Responsabilidad de los periodistas. El reportaje neutral», en *Honor, intimidad y propia imagen. Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1993, pp. 270-302.

¹ Marc CARRILLO, «Derecho a la información y veracidad informativa», *REDC*, n.º 23, 1988, p. 188.

² Cfr. STC 138/1996 (la María y la Aurora) y STC 190/1996 (fallecida drogadicta).

³ Cfr. STC 178/1993 (matan a quien intentó violarlos); STC 6/1996 (intermediario de ETA); STC 19/1996 (alcalde corrupto de Mallorca).

⁴ Resulta altamente ilustrativo lo que se recoge en la STC 136/1999, asunto «Mesa nacional de HB», cuando se determina que la reproducción literal de declaraciones de una banda terrorista en el vídeo electoral de una coalición no es en absoluto neutral, en cuanto que su inclusión evidencia que la formación política no adopta el papel de mero difusor de conductas ajenas.

⁵ Vid. STC 107/1988 (objector contra los jueces).

⁶ Cfr. STC 85/1992.

LECCIÓN SEIS

EL DERECHO A RECIBIR LIBREMENTE INFORMACIÓN VERAZ

SUMARIO: 1. LA PROBLEMÁTICA CONFIGURACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL.—2. POSIBILIDADES DE EJERCICIO FRENTE A LOS MEDIOS Y PERIODISTAS.—A) *El supuesto derecho a la veracidad.*—B) *Otras posibilidades de derecho frente a medios y periodistas.*—3. LAS POSIBILIDADES DE EJERCER EL DERECHO FRENTE AL ESTADO.—A) *El derecho a recibir como principio rector del ordenamiento.*—B) *Los cauces de ejercicio como derecho de libertad.*—4. EL POSIBLE DERECHO A NO RECIBIR MENSAJES.—BIBLIOGRAFÍA.

1. LA PROBLEMÁTICA CONFIGURACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El artículo 20.1.d) de la Constitución reconoce el derecho a comunicar en igualdad de condiciones con el derecho a recibir información. Sin embargo, a primera vista, resulta evidente que se trata de dos derechos de naturaleza muy diferente. En tanto que el derecho a transmitir información tiene la configuración clásica de un derecho subjetivo, de una «facultad de hacer» de los ciudadanos, el derecho a recibirla parece de difícil cumplimiento, para poder exigir —incluso ante los tribunales de justicia— una información determinada hace falta que ésta exista ya elaborada. Así pues, a la hora de dotar de contenido al derecho a recibir información lo primero que hay que señalar es que en todo caso se tratará de información ya elaborada. El mismo verbo «recibir», a la vez que aporta una idea prestacional parece desechar cualquier posibilidad de que el derecho implique en sí mismo una acción o alteración de cualquier tipo sobre la información.

Efectivamente, el derecho a recibir información aparece enormemente limitado por el derecho a recoger, elaborar y transmitir libremente información. En ningún caso puede entenderse que el derecho del público a recibir información coarte a los periodistas a la hora de decidir qué y cómo se publica en los medios de comunicación. En la STC 6/1981 se decía que el derecho a recibir es una mera redundancia, pues no hay comunicación posible sin receptores. De ese modo tan poco adecuado se resaltaba la íntima relación entre ambos derechos, casi a modo de molde y contramolde llamados a encajar perfectamente. Aquel razonamiento era desafortunado en cuanto ignoraba que una cosa es que existan necesariamente destinatarios y otra muy distinta que éstos tengan derecho a exigir información, o algún tipo de información. Sí resulta mucho más lógica la afirmación posterior de aquella misma Sentencia, en el sentido de que con la inclusión en el texto constitucional del derecho a recibir información se amplía el círculo de los legitimados para impugnar vulneraciones de la libertad de información. En tanto que

los medios de comunicación se dirigen por definición a la sociedad (a las «masas», se dice a veces) parece que cualquier facultad jurídica que se reconozca a los receptores implica automáticamente que se multiplique el número de personas que pueden actuar frente a determinadas intromisiones en la comunicación pública libre.

Ahora bien, al decir esto se dice más bien poco: queda claro que los titulares del derecho a recibir información son realmente todos los ciudadanos en condiciones de igualdad. Pero sin embargo aún no se ha avanzado en el posible contenido positivo de este derecho. Si acaso, lo que en este momento del discurso se evidencia es una especial dificultad para descubrir la configuración de la recepción libre de información como un derecho fundamental. Cuando en el texto constitucional se lee: «se reconoce y protege el derecho a recibir información veraz por cualquier medio de difusión», caben varias posibilidades interpretativas. Una vez excluido que pueda ser un derecho a exigir a los periodistas que informen sobre temas determinados o que transmitan unos hechos concretos, podría ser el derecho a que el Estado facilitara a los ciudadanos la información que éstos exigieran; o derecho a acceder libremente a los periódicos y cualesquiera otros medios de comunicación; incluso, literalmente, derecho a que la información que se recibe sea veraz. Veamos brevemente cuál de estas posibilidades tiene más visos de realidad.

2. POSIBILIDADES DE EJERCICIO FRENTE A LOS MEDIOS Y PERIODISTAS

La primera posibilidad a plantearse es la que más concordaría con el planteamiento inicial del Tribunal Constitucional. Si se trata de un derecho complementario a la libertad de informar, conviene ver si podría utilizarse frente a carencias o defectos en las informaciones elaboradas por los periodistas y difundidas desde los medios.

A) EL SUPUESTO DERECHO A LA VERACIDAD

Con frecuencia, al amparo de la declaración constitucional acerca del derecho a recibir información, se ha invocado ante el Tribunal Constitucional el derecho de los ciudadanos a que la información que reciben a través de los medios sea veraz. Y con frecuencia éste, al hilo de sus razonamientos, ha reconocido efectivamente un derecho de ese tipo:

En 1985 el diario cántabro *Alerta* reproduce en su sección «Cartas al Director» una carta firmada por un tal Arturo Rivas López, cuya identidad se desconoce, en la que bajo el título «Lo que cobra Hormaechea» se hacen unas consideraciones acerca de unos supuestos cobros ilegales realizados por el Alcalde de Santander. Cuando éste interpone una querrela criminal contra el diario, se condena a su Director de entonces a dos meses de arresto y al pago de determinadas multas. El periodista acude entonces ante el Tribunal Constitucional alegando su derecho a la libertad de información.

El Tribunal va a desechar la alegación, por considerar que el Director del

periódico había actuado con negligencia al no identificar fehacientemente al autor de la carta:

No cabe olvidar que en el ejercicio de la libertad de la libertad de información por parte del medio no sólo ha de salvaguardarse la delimitación constitucional de este derecho sino también el derecho que corresponde a los lectores, en el caso de la prensa, a recibir una información veraz. Por ello, si a los medios no se les exige la diligencia de comprobar la identidad de la persona que figura como autor de la carta, *quedaría afectado el derecho de los lectores a recibir una información veraz* (STC 336/1993).

Este modo de razonar parece que llena de contenido el derecho a recibir información, haciéndolo equivalente a un «derecho a la veracidad» que podría invocar el público en general frente a las negligencias periodísticas en la comprobación de los hechos que se transmiten a través de los medios. Sin embargo, los problemas que plantea tienen tal envergadura que realmente se vuelve una doctrina inaceptable. Por una parte, viene a instaurar una obligación general de veracidad en la tarea periodística. No se trataría ya de que la información sea veraz para hacer frente a la posible lesión de otros derechos concretos (intimidad, protección de la infancia, honor, etc.) sino de que en cualquier caso en que una información, del tipo que sea, resultara ser falsa ello podría fundar por sí solo una demanda contra el autor por parte de todos y cada uno de los miembros de la sociedad, amparada en que se habría lesionado su derecho individual a recibir información veraz. Es decir, no habría que alegar un daño sufrido sino que el mero hecho de que sea inveraz —aunque el contenido de la noticia no lesione ningún otro interés— podría ser considerado ya como daño al público. De ese modo, en última instancia, llegaría a anularse la propia libertad de expresión: no se olvide que, para la perspectiva actual, un hecho inveraz es en verdad asimilable a una opinión.

Por otro lado, más allá de este argumento puramente utilitarista, hay que señalar que convertir la veracidad no ya en un requisito para disfrutar de la protección constitucional, sino en una condición de legitimidad de cualquier información atentaría contra el principio de libertad que informa todo el artículo 20 CE. Una cuestión es que la Constitución sólo ampara las informaciones veraces y otra muy distinta que todas las inveraces queden automáticamente prohibidas. Resulta mucho más adecuado pensar que el Derecho estatal sólo puede reprimir la falta de veracidad cuando afecte a otros bienes o derechos de terceros. Es decir, que sólo son ilegítimas las informaciones cuya falta de veracidad perjudique a alguna persona. Y, en principio, sólo el perjudicado —y no toda la sociedad— podría defenderse ante el daño sufrido. En última instancia, no se trata de perseguir informaciones mendaces, sino informaciones dañinas. Así, por ejemplo, las inocentadas que regularmente publican los medios de comunicación el 28 de diciembre no pueden ser impugnadas por los lectores, oyentes o espectadores a no ser que les causen un daño comprobado. Del mismo modo, tampoco son perseguibles —porque no vulneran ningún derecho— las publicaciones dedicadas a las «noticias fantásticas», que inventan sucesos inverosímiles; ni los periodistas que elaboran reportajes en los que incluyen entrevistas imaginarias con personas que sólo ellos crearon. Todos estos casos deben entenderse como simples actos de ejercicio de la libertad de creación; no obstante, si

en alguno de ellos una persona puede demostrar haber sufrido algún tipo de perjuicio directamente imputable a la información falsa, pueda reclamar su indemnización ante los tribunales, sin que el periodista pueda acogerse a la garantía de la libertad de información.

Por ello, un supuesto derecho genérico a la veracidad llevaría en sí mismo inaceptables restricciones de la libertad de información. Así se deduce de la más elemental lógica jurídica y así lo había confirmado también antes el Tribunal Constitucional. En 1986 negaba que la obligación de publicar en un periódico un escrito de rectificación enviado por el aludido en un artículo pudiera lesionar el «derecho de la colectividad y de los individuos que la componen a recibir información veraz» aunque se demostrara que los hechos que difundía tal escrito eran absolutamente falsos. Resaltaba entonces que se trata de un derecho cuya satisfacción hay que apreciar del conjunto de los medios e informaciones, de manera que se cumple con la publicación de distintas versiones contrapuestas, no con la rigurosa exigencia de veracidad de cada una de ellas¹. En definitiva, en la actualidad ya está asentada en el Tribunal Constitucional la idea de que realmente la Constitución *garantiza* el derecho de los ciudadanos a recibir una información veraz, pero no existen cauces posibles para reclamar su cumplimiento. En definitiva, pues, se trata de un derecho meramente retórico (que es como decir que no es un derecho) que se invoca en la jurisprudencia para justificar las especiales exigencias de comprobación que se le imponen al periodista², refiriéndose —según una expresión de la STC 240/1992 que se reitera hasta la saciedad desde entonces— a «una actuación razonable en la comprobación de la veracidad de los hechos que expone para no defraudar el derecho de todos a recibir una información veraz». Técnicamente, agua de borrajas. Ningún derecho exigible.

B) OTRAS POSIBILIDADES DE DERECHO FRENTE A MEDIOS Y PERIODISTAS

En realidad, cualquier otra posibilidad que se plantee en este sentido tiene siempre la dificultad de que choca con la libertad de tratamiento y transmisión de informaciones. Para que pueda existir un derecho a recibir información hace falta que alguien elabore y difunda lo que sería el objeto mismo del derecho, de tal modo que resultaría altamente incoherente proteger aquél restringiendo estas actividades. Así, se ha planteado alguna vez que el derecho a recibir información se concreta en que todos los medios de información han de ser accesibles a todos los ciudadanos. Eso implicaría que cualquier ciudadano pudiera reclamar frente a la pretensión de un medio de impedirle el acceso a sus informaciones. En primer lugar, hay que señalar que tal planteamiento sólo sería posible partiendo de que sólo las exclusiones que fueran fruto de una discriminación específica podrían prohibirse. Resulta evidente que un periódico o una televisión pueden establecer que sus informaciones sólo lleguen a aquellos ciudadanos que hayan cumplido unos requisitos o pagado unos importes. Pero ni aun así; porque es que, en realidad, el principio vigente es la libertad de los periodistas para determinar también el ámbito de difusión de sus

noticias. No se olvide que tanto por intereses empresariales (hay medios de comunicación que son internos para una empresa o asociación) como por una simple opción periodística, los profesionales y los medios son los únicos dueños de la información, pudiendo administrarla de acuerdo a sus intereses.

Prácticamente igual sucede si se pensara que lo que quiere amparar la Constitución es el derecho del público a exigir que se informe sobre unos hechos determinados. La selección de temas y enfoques integra el contenido esencial de la libertad de información, así que no puede restringirse imponiendo unos contenidos o temas concretos. En cualquier sistema de prensa libre, y siempre en el ámbito de la titularidad privada, son los periodistas y los responsables de los medios los que seleccionan la información, no los ciudadanos. De ese modo, a estas alturas, visto que es inviable el ejercicio del derecho a recibir información como una facultad del ciudadano frente a los periodistas, no sólo se mantiene la duda acerca de cuál puede ser el contenido del derecho a recibir información, sino que puede dudarse incluso de la existencia real del derecho, pese a la literalidad de nuestra Constitución.

3. LAS POSIBILIDADES DE EJERCER EL DERECHO FRENTE AL ESTADO

De las reflexiones anteriores se deduce la imposibilidad de entender el derecho a recibir información como un derecho fundamental consistente en la posibilidad de exigir una prestación concreta a quienes elaboran y difunden la información. Más allá, tal vez quepan otros contenidos posibles; cabe imaginar tanto los que consistan en exigir al Estado, y los medios de comunicación que de él dependen, unos contenidos informativos concretos como en la posibilidad de defenderse frente a injerencias estatales. Veamos cuánta lógica constitucional pueden tener estas nuevas posibilidades.

A) EL DERECHO A RECIBIR COMO PRINCIPIO RECTOR DEL ORDENAMIENTO

Lo primero que resulta evidente en este aspecto es que de nuevo se repiten idénticas dificultades si se quiere entender que el derecho a recibir medios de comunicación otorga al ciudadano facultades para recabar del Estado determinadas informaciones. En este caso no supondría una traba de la libertad de información, sino una grave alteración de equilibrio de funciones en el Estado y de la competencia de *dirección política de la sociedad* atribuida a sus órganos representativos. Así sucede, por ejemplo, con el supuesto derecho de acceso a los medios de comunicación. Carece de sentido deducir del artículo 20.1.d) CE la posibilidad de los ciudadanos de instar judicialmente a la administración correspondiente para que ponga los recursos que permitan que determinados medios lleguen a su disposición. Si en determinado pueblo no se recibe un diario en concreto, no cabe exigir al Estado que lo haga llegar, ni que cree infraestructuras en caso de que la causa esté en la

deficiente comunicación del lugar. El desarrollo económico y social del país es sin duda un necesario objetivo de los poderes públicos, pero éstos gozan de discrecionalidad a la hora de fijar las medidas, los plazos y la forma en general de darle cumplimiento. Por ello, no cabe hablar de un derecho fundamental, invocable ante los tribunales a conseguir los fines encomendados al Estado.

De ese modo, seguramente pueda afirmarse que los poderes públicos tienen el deber de garantizar que todos los ciudadanos tengan acceso, al menos, a algún medio de información. No se trata, simplemente, de un deber deducible del artículo 20 CE, sino que en la configuración misma de España como un Estado social y democrático de derecho está implícito tanto el desarrollo de una comunicación pública libre que haga posible el sistema representativo, como un régimen de acceso individual y colectivo al máximo de medios de comunicación. Pero aun así, pese a su importancia, no se trataría de un deber que pueda reclamarse directamente ante los tribunales de justicia por parte de los perjudicados. No hay duda de que el mandato de acceso generalizado a la información ha de ser entendido como un *principio rector del ordenamiento* jurídico y, en cuanto tal, es antes un objetivo político que un derecho fundamental exigible. Su régimen jurídico en este aspecto es similar al de los principios contenidos en el Capítulo tercero del Título primero de la Constitución; por ejemplo al «supuesto» derecho a una vivienda digna contenido en el artículo 47 CE. En definitiva, una obligación del Estado con discrecionalidad a la hora de su consecución. En su aplicación, serían indudablemente inconstitucionales las leyes, normas e interpretaciones de la Constitución que frontalmente se opusieran al mandato de lograr que los ciudadanos reciban una información veraz; no lo serían, en cambio, las omisiones o normas e interpretaciones que simplemente evitaran la cuestión y no dispusieran las medidas necesarias para garantizar el acceso de todos los ciudadanos a la información y que se tratara de información veraz.

B) LOS CAUCES DE EJERCICIO COMO DERECHO DE LIBERTAD

Así pues, si aún pretendemos dotar al derecho a recibir información de alguna eficacia jurídica directa como derecho fundamental, la única posibilidad lógica que queda es la de que sirva como *defensa frente a interferencias* ilegítimas en el acceso a la información por parte de los ciudadanos. En tal sentido, lo primero que se puede deducir del artículo 20.1.d) CE, es una facultad de *libre acceso* a los medios de comunicación. No es un derecho a la veracidad, ni derecho a que se elabore y transmita una información concreta, ni siquiera derecho a recibir medios de comunicación, sino *derecho a elegir y acudir a la información que ya ha sido elaborada en la sociedad*. Como se verá no se trata de una, sino de dos facultades complementarias.

En primer lugar, de lo que se está hablando en la Constitución es, en cierta manera, de un derecho a la *autodeterminación informativa*. Del mismo modo que los ciudadanos pueden controlar las informaciones acerca de ellos que obran en poder de la administración y decidir qué datos de su persona circulan en archivos informáticos

y quién puede usarlos, también pueden decidir qué medios de información quieren conocer para formar su opinión, sin que quepan interferencias externas en la decisión al respecto. En segundo lugar, a partir de ello, se garantiza también la posibilidad de hacer realidad esa opción personal acerca de la información; de esta manera, a fin de cuentas el derecho a recibir información podría invocarse ante los tribunales de justicia tanto frente a actos que reprimieran la libertad de opción informativa, como frente a actos que dificultaran el acceso a los medios elegidos. Este tipo de «actos prohibidos» se entiende que son, fundamentalmente, del Estado, aunque éste también tiene la obligación de proteger a sus ciudadanos frente a las agresiones contra sus derechos provenientes de otras personas. Por ello, de manera indirecta, sería un derecho oponible a otros ciudadanos, pero no a los periodistas mismos.

Supuestos en los que podría utilizarse serían, por ejemplo: la represión laboral o administrativa por informarse a través de determinados medios (que atentaría contra la libre opción informativa) y el cierre de medios de comunicación o el secuestro administrativo de productos informativos (que atentaría contra la libertad de acceso). Nótese que estos últimos casos el derecho serviría efectivamente «para ampliar el número de los legitimados para recurrir», de manera que frente a determinadas acciones ilícitas que impiden que determinadas informaciones o medios lleguen hasta los ciudadanos, éstos, en cuanto perjudicados, podrían acudir a un juez tanto como los propios profesionales de la información afectados: cualquier ciudadano podría impugnar la decisión de cerrar el periódico que habitualmente lee. En cambio, cuando se defiende la libertad personal de elección de medios informativos, el ciudadano es el único que podría impugnar la lesión de su derecho a recibir libremente cualquier información. Por ejemplo, el trabajador sancionado por elegir determinado periódico, en realidad en este caso se está ante un reflejo de la libertad ideológica y personal. También atentaría contra este derecho, por ejemplo, la prohibición de escuchar determinadas emisoras de radio o estaciones de televisión (que está vigente en otros países no democráticos) o las restricciones estatales que repriman el acceso a determinada información a través de internet.

4. EL POSIBLE DERECHO A NO RECIBIR MENSAJES

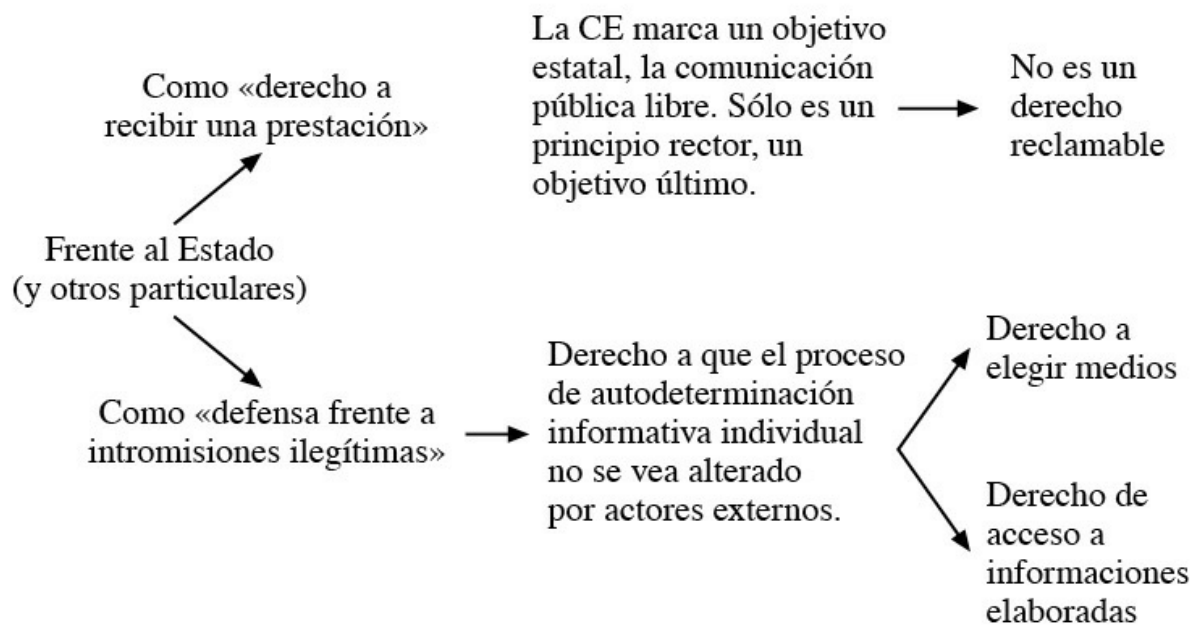
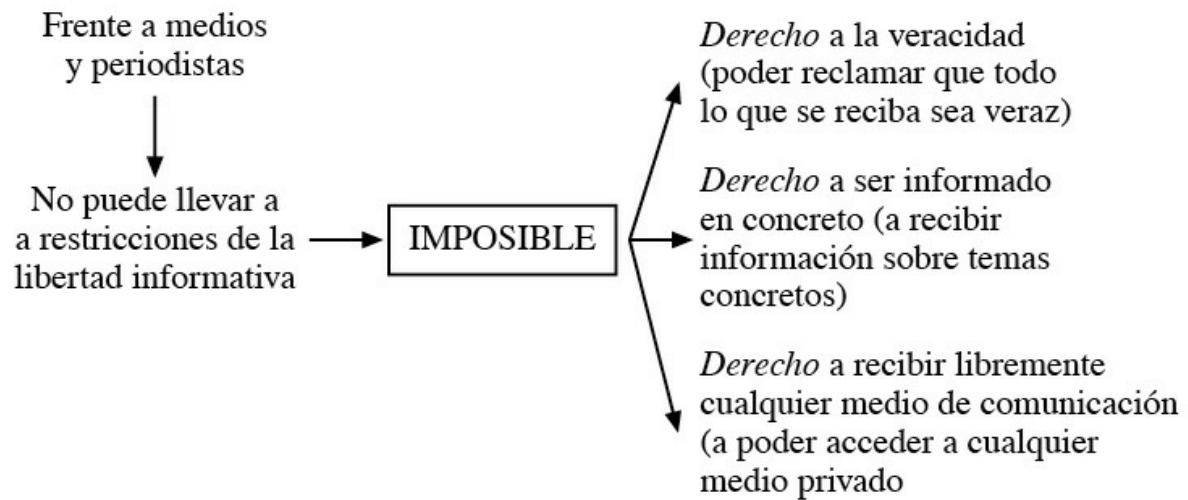
A menudo se afirma que los derechos fundamentales tienen una dimensión positiva y otra negativa. La dimensión negativa sería el derecho a no utilizar la facultad concedida. Así, el Tribunal Constitucional ha reconocido que la Constitución incluye el derecho a no asociarse (art. 22 CE), a no hacer huelga (art. 28 CE) o a no contraer matrimonio (art. 32 CE). Pues bien, del mismo modo la doctrina norteamericana viene hablando en los últimos años de un supuesto derecho a no recibir información.

Se trata de lo que se conoce como «derechos de la audiencia involuntaria». Inicialmente se articuló como la libertad de controlar qué mensajes entraban en el propio domicilio. De este modo, a partir de la doctrina del Tribunal Supremo

norteamericano de que su Constitución preserva la autonomía personal, garantizando a los ciudadanos cierto control de su exposición a material ofensivo, se llegó al reconocimiento de la posibilidad de defenderse ante discursos indeseados. A partir de ahí algunos autores, y Tribunales, han ido extendiendo su vigencia fuera del terreno del propio domicilio.

Así, diferentes sentencias norteamericanas ha concluido que la exposición de dibujos sexualmente explícitos en el pasillo de una universidad supone un asalto a la intimidad individual (asunto *Close v. Lederle*, 424 F2d 988, 1970). Lo mismo respecto a una pintura «vulgar, chocante y de mal gusto» colgada justo en la línea de visión directa de cualquiera que entrase en un Tribunal (asunto *Claudio v. United States*, 836 FSupp 1230, 1993). Se trata, esencialmente, de jurisprudencia de cortes inferiores. Seguramente la Sentencia más significativa del Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre el asunto sea la dictada en el asunto *Hill v. Colorado* (530 US 703, 2003) en la que se prohíbe a las personas que protestan en la puerta de una clínica abortista que para exponer sus mensajes no se acerquen a menos de metro y medio de las personas que entran en el centro hospitalario. En general, pues, no es una doctrina excesivamente desarrollada aunque no cabe duda de la tendencia a extenderse, hasta alcanzar lo que algunos autores denominan «el derecho individual a censurar los mensajes que recibe». En nuestro país esta doctrina aún no ha encontrado eco, pero merece la pena resaltar, cuanto menos, que el derecho a recibir información puede tener una vertiente negativa, defensiva.

EL DERECHO A RECIBIR INFORMACIÓN VERAZ



BIBLIOGRAFÍA

El manual más extenso, aunque muy complejo, sobre el derecho a recibir información es el de I. VILLAYERDE MENÉNDEZ, *Los derechos del público: el derecho a recibir información del artículo 20.1.d) de la constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 1995. Sobre la utilización como derecho defensivo en los EEUU, el libro de P. M. GARRY, *Rediscovering a lost freedom*. Transaction Publishers, New Brunswick, 2006.

¹ Cfr. STC 168/1986, FJ 5.

² De manera marginal, también se ha usado, por ejemplo, para justificar las especiales condiciones laborales de los periodistas, garantizadas por la cláusula de conciencia, vid. STC 199/1999.

LECCIÓN SIETE

EL DERECHO A CREAR MEDIOS DE COMUNICACIÓN

SUMARIO: 1. EFECTIVIDAD Y LÍMITES DEL DERECHO.—2. LOS LÍMITES ESPECÍFICOS DEL DERECHO A CREAR MEDIOS DE COMUNICACIÓN.—3. DERECHO A CREAR MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN DEL LEGISLADOR.—A) *La ausencia de regulación.*—B) *Posibilidades de la regulación legal.*—BIBLIOGRAFÍA.

1. EFECTIVIDAD Y LÍMITES DEL DERECHO

En el artículo de la Constitución referido a la libertad de información no aparece ninguna alusión a la libertad de crear medios de comunicación. La primera tarea es analizar si realmente puede considerarse un derecho vigente. En la medida en que se habla del derecho a transmitir informaciones veraces «por cualquier medio de difusión», parece que debe entenderse que se garantiza también, aunque sea en sentido instrumental, el derecho a crear libremente tales medios. La vinculación directa con la libertad de información del artículo 20 CE permite que el derecho a la creación de medios de comunicación goce de la protección máxima de la Sección primera del Capítulo segundo del Título primero de la Constitución, de modo que —por ejemplo— su vulneración pueda ser impugnada incluso a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, garantía de la que la libertad de empresa no disfruta. Así pues, lo primero de lo que interesa dejar constancia es de que el derecho a crear medios de comunicación se considera incluido en la libertad de información. Como dice el Tribunal Constitucional, referido equivocadamente a la libertad de expresión, «no hay inconveniente en entender que el derecho a difundir las ideas y opiniones comprende en principio el derecho a crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible»¹. A partir de ahí, de lo que se trata es de concretar la eficacia y los límites de este derecho. Para ello habrá que comenzar viendo cuál es el ámbito inicialmente protegido por el derecho y cuáles los límites constitucionalmente reconocidos o, al menos, permitidos.

Antes se hace necesario traer a colación otro aspecto de la actividad informativa, íntimamente relacionado con el derecho a crear medios de comunicación: el sentido económico de los medios como empresas informativas. Desde esta perspectiva puede encontrarse un precepto mucho más claro a la hora de reconocer el derecho que nos ocupa; el artículo 38 que asegura la libertad de empresa. Y en verdad, en la mayoría de los casos va a ser ésta la libertad que perfile la creación de medios de comunicación, por más que convenga señalar de antemano que no todos los medios nacen con vocación empresarial, de modo que es habitual que asociaciones, confesiones religiosas y grupos varios creen medios propios para difundir sus fines y

actividades sin buscar ningún otro beneficio. En todo caso, la vertiente empresarial del derecho a crear medios obliga a una somera reflexión acerca de la libertad de empresa en la Constitución española. De la lectura de ese artículo 38 CE se deducen dos cosas: el reconocimiento de la libre iniciativa privada, en el marco de una economía de mercado y el sometimiento de esa iniciativa a las modulaciones necesarias para el bien de la economía general. Se configura, por tanto, como un derecho que llevará en sí mismo sus limitaciones.

Sobre ellas incide el artículo 128 del texto constitucional: «mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en el caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general». Es decir, que en determinados casos desaparece la posibilidad de iniciativa privada en los sectores en los que prime un interés general que recomiende que sea el Estado el único que desarrolle actividades económicas. La aplicación de este principio a los medios de comunicación, parece anunciar la posibilidad de que en determinados casos (la Constitución habla, en especial, de riesgo de monopolio) sea el Estado el único que pueda legítimamente crear un medio de comunicación, o autorizar a otra persona para que lo cree. Al menos, desde el entendimiento de que se trata esencialmente de empresas, el régimen definitivo del derecho a crear medios de comunicación dependerá en gran parte de decisiones políticas, que se salen del terreno de lo jurídico. Como se ha explicado, la norma constitucional deja un margen muy amplio para que se manifiesten las orientaciones sociales predominantes en cada momento: desde la perspectiva de los arts. 38 y 128 CE, son igualmente legítimos tanto un sistema que dé absoluta libertad para la creación de cualquier medio de comunicación, como otro que los reserve todos para el Estado, siempre y cuando se razone adecuadamente y se protejan proporcionadamente otros derechos. En este sentido, quienes ejercen la dirección política de la sociedad han de ser los que en cada momento configuren el sistema legal regulador de la creación de medios de comunicación. Atribuir a la Constitución, y por ende a los jueces, el diseño completo de este sistema supondría robar a la sociedad posibilidades de autodeterminación y organización.

Así sería para cualquier actividad económica. Sin embargo, no exactamente en lo que afecta al régimen de las empresas informativas por el valor que, como se dijo, tienen en cuanto instrumento necesario para la realización del derecho fundamental a la libertad de información. Por eso, hay que combinar los dos aspectos: de una parte, la necesaria libertad de configuración económica que debe mantener el legislador, dentro de los límites de respeto a la libertad de empresa y al interés general que marca la Constitución; de otra parte, el valor constitucional de la libertad de información y el derecho instrumental a la creación de medios para ello.

2. LOS LÍMITES ESPECÍFICOS DEL DERECHO A CREAR MEDIOS DE COMUNICACIÓN

En efecto, es sabido que cada derecho fundamental tiene sus límites en la propia Constitución. Además de esta delimitación general y más bien abstracta también es necesario delimitar el contenido mismo de cada derecho, indicando dónde termina: éstos son los límites específicos del derecho, los que forman parte de su misma definición. Se deducen del principio de unidad de la Constitución, en virtud del cual es necesario asegurar la protección de todos los derechos e intereses que en ella aparecen, sin que la garantía de unos implique el sacrificio del resto. Un derecho como el de creación de medios, también los ha de tener. Analicemos cuáles:

La sociedad mercantil Antena 3, S. A., presentó el día 12 de diciembre de 1980, ante el Ministerio de Cultura, un escrito, en el que solicitaba autorización administrativa para poder gestionar y explotar la transmisión de imágenes y sonido a través de televisión en todo el ámbito nacional, por ser a su juicio un derecho que ampara la Constitución. Por escrito de 5 de agosto de 1981, la sociedad Antena 3, S. A., acudió ante el Tribunal Constitucional y formuló demanda de amparo contra la denegación por silencio administrativo de la solicitud formulada al Ministerio de Cultura. Pedía la sociedad Antena 3, S. A., que se reconozca su derecho a establecer, gestionar y explotar la producción y transmisión de imágenes y sonidos por medio de la televisión, para todo el ámbito nacional y que se le restablezca en la integridad del referido derecho. Con tal fin, pedía que el Tribunal ordene al Ministerio de la Presidencia la inmediata autorización, que sea pertinente para la plena efectividad del derecho. Todas estas pretensiones las amparaba la sociedad recurrente en la libertad de expresión reconocida en el artículo 20 de la Constitución, que se estima infringido en el acto administrativo contra el que se recurre (STC 12/1982).

¿Debe o, incluso, puede el Tribunal Constitucional acceder a tal petición? Para responder a esta cuestión será necesario, en principio, analizar si con ello se sacrifican otros derechos. Como dice el Tribunal, respondiendo a esa solicitud, «si el principio general de nuestro ordenamiento jurídico-político es el derecho de crear soportes o instrumentos de comunicación, 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 reproducción 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 libre».

Efectivamente, hay medios de comunicación cuya naturaleza misma determina que no todos los ciudadanos puedan ejercerlos por igual: si un individuo crea un canal de televisión, utilizando una frecuencia determinada para emitir, está impidiendo que todo el resto de personas que quieran hagan lo mismo, pues el número de canales posibles con las frecuencias disponibles es limitado. De ese modo, si se reconocía el derecho de *Antena 3* a crear una televisión se la estaba favoreciendo frente a quienes hicieran idéntica solicitud más tarde, cuando ya no quedarán canales libres. Sin embargo, nótese que esta imposibilidad de permitir expresamente a la empresa en

cuestión sus emisiones televisivas no se deriva directamente de la escasez de frecuencias, sino de la ausencia de una normativa que regule la utilización de las frecuencias existentes. Es decir, puesto que hay pocas, no se trata de que sea imposible crear televisiones, sino de que hay que prever un mecanismo para el reparto justo, razonable y democrático de los que hay. En definitiva, no es una prohibición absoluta de ejercer el derecho a crear medios, sino un mandato de adecuarse para ello a las normas existentes en cuanto a reparto y régimen jurídico.

Por otro lado, cabe imaginar un límite más, cuyo carácter económico no lo priva de sentido constitucional frente a la libre creación de medios de comunicación. Cuando un ciudadano utiliza un bien público para obtener un beneficio personal propio y específico es lógico que deba someterse a los requisitos que para ello trace la colectividad. La idea es mantener la relación entre inversión y beneficio de tal modo que si la colectividad participa en la creación o conservación de un bien determinado, participe también la colectividad en los beneficios que se deriven y en decidir de qué manera se derivan. Ése es el argumento de fondo que justifica, por ejemplo, la imposición de tasas especiales a quienes ruedan una película aprovechándose del marco que proporciona una ciudad, o el sometimiento a licencia y el pago de tasas de quienes instalan puestos fijos de venta, o veladores, o similar sobre el acerado público; puesto que van a obtener beneficios especiales del uso del suelo urbano, han de someterse a las normas de quien —por encargo de la sociedad— controla ese suelo, y aportarle parte de sus ganancias. Del mismo modo, resulta lógico que el que quiera usar un bien de titularidad pública para difundir informaciones a través de un nuevo medio de comunicación, también tiene que someterse a la normativa estatal, y no puede por hecho hacerlo libremente. En definitiva la idea es que el derecho a crear medios de comunicación *no incluye en sí mismo el derecho a utilizar medios públicos* para tal fin. Ése es el segundo límite específico. Su ámbito es distinto al anterior, en la medida en que no se trata tanto de un argumento restrictivo de la libertad de creación de medios, sino de especificar algo que no se incluye en el contenido mismo de tal derecho.

Aplicándolo a la práctica, cabe imaginar distintos ejemplos de situaciones en las que puede funcionar el límite en cuestión. Quien emite informaciones televisivas a través de un circuito cerrado, si quiere extender su red de una manzana a otra de la misma ciudad utilizando suelo público para pasar un cable no puede hacerlo sino sometiéndose a las condiciones que fije la administración pública titular del suelo. Igual sucedería con quien quisiera emitir programas de radio o televisión sirviéndose de las antenas de repetición instaladas por el Estado y que son de su propiedad. E incluso con quien quiera utilizar un satélite de titularidad pública para cualquier emisión. En todos esos casos, la creación del medio de comunicación está sometida a las normas estatales y no es, por tanto, libre.

3. DERECHO A CREAR MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN DEL LEGISLADOR

Hasta el momento no se ha hecho más que trazar el ámbito y los límites constitucionales del derecho. A nadie se le escapa, sin embargo, que con ello no basta para hacerse una idea de cuál es la realidad vigente respecto a la posibilidad de crear medios de comunicación por parte de los ciudadanos. En la práctica, estos límites deben ser concretados por el legislador: es decir, que no se trata de una delimitación apriorística del derecho, sino que constituyen los argumentos en los que el poder político puede fundar legítimamente restricciones a la libertad de creación de medios de comunicación. Lo importante, pues, es saber de qué manera articula el legislador el reconocimiento de este derecho, con la posibilidad de limitarlo en aras de esos otros bienes e intereses constitucionalmente reconocidos. Analizaremos someramente cuáles son las posibilidades del legislador.

A) LA AUSENCIA DE REGULACIÓN

Y, entrando en ello, la primera posibilidad que se nos ofrece es la de que no exista regulación alguna. Efectivamente, ningún juez puede sustituir la facultad de conformación política de la sociedad que la Constitución atribuye a los órganos del Estado (tanto Parlamento y Gobierno central, como equivalentes autonómicos e incluso municipales). En caso de que el órgano competente para ello no acuerde dictar las normas jurídicas que regulen una determinada materia, ningún otro poder estatal puede hacerlo. Así pues, si no existe una ley que regule la creación de medios de comunicación, tan sólo el Parlamento puede hacerlo, y tan sólo cuando él mismo voluntariamente decida. Por ello, el primer problema que se plantea es la ausencia de regulación. ¿Pueden crearse libremente medios de comunicación cuando no hay normas jurídicas que lo impidan? La respuesta a esta pregunta habría de ser indudablemente positiva, aunque se haga necesario introducir toda una serie de matices. La respuesta es positiva en el sentido de que cuando realmente no exista ninguna normativa aplicable, de la Constitución se tiene que deducir el principio de libertad absoluta de creación de medios; sin necesidad de someterse a requisito restrictivo alguno, porque no existe. La matización, no obstante, es que en la mayoría de los casos de la vida real pueden existir normas que de manera indirecta obstaculicen el ejercicio del derecho, sin llegar por ello a regular detalladamente los requisitos específicos que hay que cumplir para poder hacerlo. Ésos son los casos complicados.

La empresa de Teledistribución «Alto-Aragón de Sabiñánigo» desde 1988, venía ejerciendo la actividad de vídeo comunitario o televisión por cable en la localidad de Sabiñánigo, previa autorización municipal para el tendido del cable. En concreto, la referida entidad distribuía a los aparatos conectados mediante cable a sus instalaciones material audiovisual, que incluía producciones cinematográficas y programas culturales, deportivos e informativos de índole local. Por Resolución del Gobierno Civil de Huesca, de 28 de abril de 1989, a propuesta de la Dirección Provincial de Transportes, Turismo y Comunicaciones, se requirió a la sociedad actora para que, en el plazo más breve posible, cesase en las emisiones y procediese al desmontaje de la instalación de televisión por cable, por no adecuarse su funcionamiento a la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (el art. 25 LOT establece la necesidad de concesión administrativa para la prestación del servicio de televisión por cable) y constituir el ejercicio de esa actividad una infracción administrativa tipificada en la citada Ley como falta muy grave: aparece descrita en el art. 33.2.a) de la

LOT («la realización de actividades sin título habilitante»), y en tal caso, el artículo 34.3 de la misma Ley permite acordar «la clausura provisional de las instalaciones por un plazo máximo de seis meses como medida de aseguramiento de la eficacia de la resolución definitiva que se adopte. El problema radica, desde el punto de vista de la empresa televisiva en que en abril de 1989 aún no se había dictado normativa estatal alguna que regulara las concesiones administrativa para el servicio de televisión por cable, de manera que el requisito exigido era de imposible cumplimiento²».

¿Qué se ha de hacer en este caso, permitir la creación de la televisión aunque ello en todo caso implicaría infringir la ley, o prohibirla de manera que el derecho fundamental a crear televisiones no se pueda ejercer hasta que el legislador decida dictar la correspondiente ley? Ambas soluciones parecen igualmente negativas, a primera vista. De hecho, durante algún tiempo, el propio Tribunal Constitucional admitió que la omisión del legislador, al no regular modos de creación e impedir simultáneamente la creación sin regulación, implicara necesariamente la negación del derecho a crear medios de comunicación. Según este modo de pensar, el hecho de que el ejercicio no regulado pudiera suponer en última instancia la imposibilidad de que otros ciudadanos ejerzan también luego igual derecho era argumento suficiente para justificar un interés general en que sólo el Estado regulara y controlara la creación de determinados medios de comunicación. Así, se admitió la prohibición de crear —en espera de una ley— televisiones locales por ondas o «vídeos comunitarios»³ que ocuparan varias manzanas. Sin embargo, cuando se planteó el asunto que arriba se recoge, la perspectiva tuvo que cambiar.

Es evidente que no se puede conferir al legislador la facultad de impedir de forma absoluta y prolongada el ejercicio de un derecho fundamental. Ni siquiera de uno, como el que nos ocupa, de carácter exclusivamente instrumental. Una cosa es que el legislador pueda imponer determinados límites (basados esencialmente en que sea imposible un ejercicio generalizado, pero también en que se utilicen medios de titularidad pública, o incluso en el interés general de la actividad) a la hora de que los ciudadanos utilicen su derecho y otra muy distinta que impida el ejercicio del derecho. El legislador no dispone *sobre la existencia misma* de los derechos garantizados en la Constitución, aunque pueda modular de distintas maneras las condiciones de su ejercicio. Puesto que «la ausencia de regulación comporta de hecho no una regulación limitativa del derecho fundamental, sino la prohibición lisa y llana de aquella actividad que es ejercicio de la libertad de comunicación garantizada en el artículo 20 CE, en su manifestación de emisiones televisivas locales y por cable», se termina por reconocer el derecho de la empresa a continuar con sus emisiones. Eso lo único que quiere decir es que la regulación existente no puede consistir en exigir unos requisitos que luego nunca se regulen, porque sería un modo de defraudar a la Constitución, anulando el derecho.

Mucho más fácil de resolver es el supuesto en el que no existe ningún tipo de regulación. Ahí, la libertad de creación de medios es mucho mayor, sin llegar a ser absoluta. Si el legislador o los órganos políticos y administrativos competentes han dejado un tipo de medios sin regular, el particular podrá crearlos, sometido tan sólo a la obligación de no lesionar con ello derechos de terceras personas, lo que será en todo caso controlable por jueces y tribunales. Así, la creación de periódicos impresos,

o de radio por internet es en principio libre. Quien quiera iniciar uno de estos medios deberá someterse a toda la normativa referente a explotaciones comerciales, marcas, registros y similares. Pero no se le podrá impedir. Así, resulta lógico que un periódico no pueda tomar el mismo nombre de otra publicación existente porque lesionaría sus derechos. Del mismo modo, una emisora de radio por internet no puede disponerse de modo que necesariamente bloquee algún servidor y perjudique a terceras personas. Pero eso no son restricciones específicas del derecho a la creación de medios, sino normas generales aplicables a cualquier actividad pública, en especial a las comerciales.

B) POSIBILIDADES DE LA REGULACIÓN LEGAL

Cuando realmente existan normas jurídicas que regulen cómo se ha de crear un medio y quien puede hacerlo, en principio hay que respetarlas. Sin embargo, las normas no pueden establecer cualquier tipo de límites a la libertad de creación de medios, sino tan sólo aquellas que respondan a la necesidad de armonizar este derecho con otros bienes constitucionalmente protegidos, y siempre sometido al criterio de la proporcionalidad. Lo que se restringe no son tanto las medidas que puede acordar el legislador como, sobre todo, la justificación de tales medidas; es decir, el objetivo que se persigue con ellas.

Aquí es donde los límites que vimos al comienzo de la lección cobran todo su sentido: tan sólo en la medida en que una ley establezca limitaciones concretas a la libre creación de medios de comunicación en razón de ellos. O sea, que no se trata tanto de que el ciudadano se vea impedido a priori y en abstracto de crear una emisora de radio porque la cantidad de frecuencias disponibles en el espacio radioeléctrico es limitada y al hacerlo evitaría a otros ciudadanos hacer igual, sino de que el Estado puede disponer que para comenzar emisiones de radio sea necesario obtener una licencia o una autorización previa que garantice el reparto equitativo de las escasas frecuencias disponibles.

En realidad, lo que interesa aclarar en este punto son dos cuestiones: de una parte si es posible o no alegar otros bienes que se añadan a los límites específicos e intrínsecos ya conocidos y cuáles serían; de otra parte cuáles son las medidas que legítimamente puede acordar el Estado para hacerlos valer en la regulación del derecho. La primera es una cuestión prácticamente resuelta a estas alturas. La Constitución, como conjunto armónico y organizado racionalmente debe entenderse de un modo tal que todos sus principios puedan realizarse. Ello implica que los derechos tienen que ser entendidos dentro de su propio entorno constitucional. Así, si la finalidad de la libertad de información es el mantenimiento de una comunicación pública libre que haga posible el sistema representativo, parece lógico pensar que la Constitución plantea una sociedad en la que la estructura de los medios de comunicación sea lo más plural posible, dentro del respeto a la libertad ideológica personal. Así, hay que admitir que la Constitución permite y, seguramente, recomienda que el Estado tome medidas para garantizar el mayor pluralismo posible

en los medios de comunicación privados. En definitiva, el pluralismo puede ser también un límite a la hora de ejercer el derecho a la creación de medios de comunicación; de ese modo el Estado, para evitar los monopolios informativos, puede establecer normas que prohíban a la misma persona poseer cierta cantidad de medios de comunicación distintos. Por ejemplo, prohibir que una misma persona posea más del 25 por 100 de las acciones de distintas televisiones privadas. Este tipo de limitaciones no plantea mayor problema, en la medida en que se trata de dotar a la Constitución en su conjunto de coherencia.

Por lo que hace a las medidas restrictivas posibles, hay que distinguir esencialmente dos tipos: medidas *restrictivas*, que someten el ejercicio de la libertad de creación de medios al cumplimiento de determinados requisitos previos, y medidas *sustitutivas*, que impiden absolutamente la iniciativa privada para la creación de empresas, remplazándola por la pública.

Las primeras son manifestación de las facultades de control y policía que tiene la administración para proteger los intereses comunes y constitucionales. Cabe imaginar, a su vez, dos tipos de ellas. De una parte, que el legislador reconozca la libertad de los particulares para la creación de un determinado medio de comunicación, pero establezca algún tipo de *requisito complementario*. Normalmente (si dejamos aparte los requisitos fiscales, tributarios y otros pensados para las actividades de rentabilidad económica), suele tratarse de la obligación de inscripción en algún registro. En estos casos hay que entender que el legislador no ha hecho más que dar carta de naturaleza a un derecho fundamental de la Constitución. Ello quiere decir que la omisión del requisito no podrá llevar en sí misma la prohibición del derecho, aunque sí otras sanciones. Es decir, que podría hablarse de una analogía con el régimen, por ejemplo, del ejercicio del derecho de asociación: no es necesaria la inscripción en el registro para la mera existencia de la asociación, pero sí se trata de un requisito administrativo de obligado cumplimiento y que puede dar lugar a sanciones. Así, en esencia, el derecho a la creación de medios no quedaría afectado en su ejercicio por este tipo de obligaciones previas impuestas.

Por otra parte, están las medidas auténticamente restrictivas del derecho. El caso más claro y frecuente es el de la *autorización administrativa*. Se trata de condicionar la posibilidad de inicio de una actividad a estar expresamente facultado por la administración para ello. Normalmente es el mecanismo que utiliza el Estado para asegurarse que el desarrollo de una actividad económica no va a acarrear perjuicios para otros bienes o derechos constitucionales. Así, la prohibición de abrir al público una sala de teatro si no se dispone de los mecanismos de seguridad y emergencia necesarios, o la de poner en marcha una fábrica sin un previo estudio sobre su impacto sobre el medio ambiente. En relación con la creación de medios de comunicación, el sistema de autorización sólo puede justificarse por intereses similares, y sólo cuando no baste con el mero control a posteriori de requisitos formales. Aunque actualmente la legislación existente no acude con demasiada frecuencia a este sistema, es indudable que resulta muy útil en cuanto que permite la armonización de derechos constitucionales sin excluir la iniciativa privada. Ello

permite prever que en el futuro tenga una creciente importancia.

En la actualidad, las medidas más relevantes en cuanto a la intervención estatal sobre la creación de medios de comunicación son las substitutivas. Se trata de la asunción por parte del Estado de la titularidad misma de los medios: lo que se conoce como nacionalización o declaración de servicio público. Nótese que hablamos de *titularidad*, exclusivamente, porque en verdad el servicio público ofrece distintas posibilidades en cuanto a la *gestión*. Por un lado, cuando se nacionaliza un sector, el Estado puede recurrir a la *gestión directa* del mismo. Es decir, a que sea el propio aparato estatal, a través de sus funcionarios y de su burocracia, el que se encargue de la actividad. Es el caso, por ejemplo, del servicio de autobuses urbanos en muchas ciudades: el Estado declara que se trata de un servicio público y crea una sociedad estatal que se encarga de comprar autobuses, buscar chóferes y diseñar itinerarios, o sea, de la gestión del servicio. Pero, en ocasiones, en vez de ello se prefiere encargar a un particular de la prestación del servicio, que es lo que se conoce como *gestión indirecta*. Así, aunque nominalmente siga siendo una actividad estatal en la práctica son empresas privadas las que organizan la actividad. En tal caso, la administración abre un concurso público al que han de presentarse quienes aspiren a gestionar el servicio; de entre ellos se selecciona al que presenta la oferta más ventajosa para el beneficio de toda la sociedad y se le adjudica. El adjudicatario recibe la licencia o concesión administrativa para gestionar el servicio por un tiempo limitado, durante el cual suele ser él el encargado de poner materiales, planes y personal, recibiendo — como pago — parte de los beneficios resultantes de la actividad. La administración conserva en todo caso facultades de revisión y control tendentes a que la gestión privada se dirija al bien común. Un ejemplo de gestión indirecta puede ser el servicio de cafetería en el interior de una Facultad. La ley de contratos del Estado regula cómo ha de seguirse todo el procedimiento descrito, desde los modos posibles de convocatoria hasta la duración de la concesión y las posibilidades de control administrativo.

La característica más definitoria del sistema español de creación de medios de comunicación es, sin duda, la consideración de la televisión y la radiodifusión como servicios públicos. En efecto, el artículo 1.2 de la Ley 4/1980, del «Estatuto de la Radio y la Televisión» las declara como servicio público de titularidad estatal, lo que excluye automáticamente la posibilidad de iniciativa privada en estos sectores. La medida, producto de un pacto entre los dos principales partidos políticos de la época, se justifica tanto en razones de orden técnico (la escasez intrínseca a las ondas hercianas) como en una opción política a partir de la trascendental importancia de estos medios para la formación de la opinión pública. Desde algunos sectores doctrinales se ha criticado esta segunda argumentación puesto que de ser llevada a sus extremos implicaría la desaparición de todos los medios privados de comunicación. En cualquier caso, lo cierto es que ante una situación de escasez en cuanto a las posibilidades de creación de un medio de comunicación tiene lógica la intervención del Estado, distribuyendo los medios existentes entre los distintos aspirantes del modo más justo posible. Ello no quiere decir que la declaración como

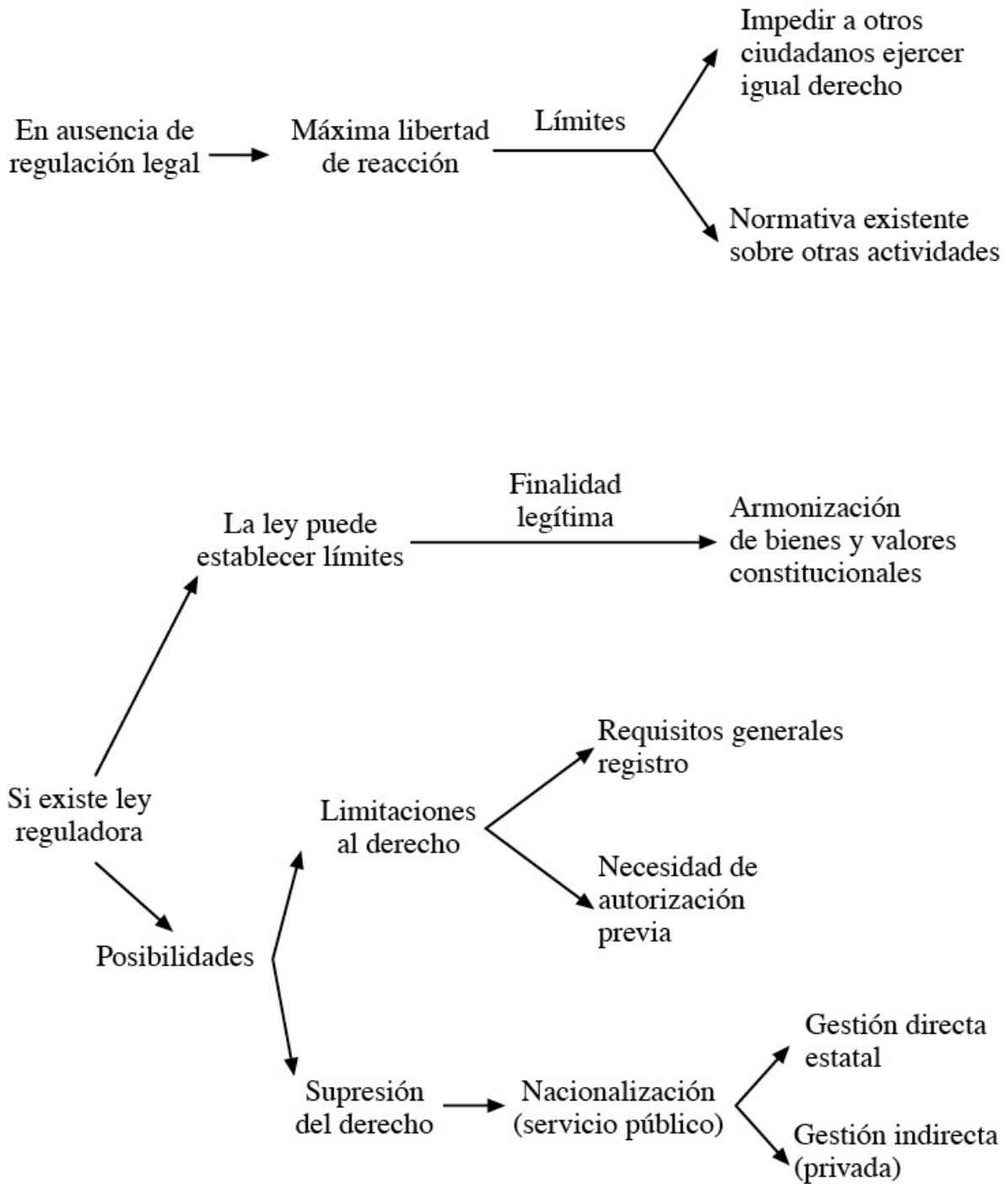
servicio público fuera la única opción posible: otras técnicas, como la autorización habrían llevado a un resultado muy similar; bastaría con hacer depender la autorización de que se solicite en un plazo y de que la oferta presentada sea la mejor de entre las presentadas. En contra del servicio público se argumenta que al hacerse una declaración tan genérica puede impedir la iniciativa privada radiotelevisiva incluso en modalidades (cable, satélite, circuito cerrado) en las que constitucionalmente no cabe encontrar razones que justifiquen una limitación del derecho a crear medios.

BIBLIOGRAFÍA

Un buen resumen de la jurisprudencia en Francisco J. BASTIDA FREIJEDO, «El derecho a crear medios de comunicación social y sus límites (Prontuario de jurisprudencia constitucional)», en *Repertorio del Tribunal Constitucional*, Tomo IV, Aranzadi, Madrid, 1998 pp. 351-445. Del mismo Francisco J. BASTIDA FREIJEDO, «Problemas constitucionales de la creación de empresas informativas», en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 10, 1996, pp. 11-48. Sobre el tema, también, Javier GARCÍA ROCA, «¿Existe un derecho a crear televisión?», en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 10, 1996, pp. 147-182.

DERECHO A CREAR MEDIOS DE COMUNICACIÓN

(Derecho instrumental para la libertad de información)



[1](#) STC 12/1982.

[2](#) STC 91/1994.

[3](#) Respectivamente, SSTC 206/1990 y 189/1991.

LECCIÓN OCHO

DERECHOS AL HONOR, LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN

SUMARIO: 1. TRES DERECHOS FUNDAMENTALES Y DISTINTOS.—A) *El derecho al honor.*—A) *Concepto subjetivo, objetivo y social de honor.*—B) *El derecho a la intimidad.*—A) *El ámbito protegido por la intimidad.*—B) *Las renunciaciones a la intimidad.*—C) *El pasado y el derecho al olvido.*—C) *El derecho a la propia imagen.*—A) *Las facultades de control de la propia imagen.*—2. LA DISTINCIÓN ENTRE LOS TRES DERECHOS Y SU RELEVANCIA.—A) *La titularidad de personas jurídicas.*—B) *El fallecimiento del titular.*—A) *Otros efectos de la distinción.*—3. LA PROTECCIÓN A LA INFANCIA.—A) *El valor constitucional de la protección a los niños y jóvenes.*—B) *Los niños como objeto y sujeto de la información.*—BIBLIOGRAFÍA.

1. TRES DERECHOS FUNDAMENTALES Y DISTINTOS

El artículo 20.4 CE enumera algunos de los límites posibles de la libertad de información. Con ello quiere poner en evidencia que hay bienes constitucionales cuyo contenido y configuración, en razón del aspecto de la vida social en el que se desarrollan, están permanentemente en contacto con los de la libertad de información. Así la delimitación de estos bienes se vuelve también delimitación del ámbito protegido por la libertad de información: al concretar el contenido de unos se están fijando en negativo las fronteras de la otra. Entre los bienes constitucionales a los que nos referimos destacan tres derechos fundamentales que se recogen de manera específica: al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Conocer cuál es el contenido de estos derechos es una buena manera de descubrir también, por eliminación, el contenido de la libertad de información.

Para ello debe comenzarse por diferenciar los tres derechos en cuestión. Aparecen recogidos en el mismo artículo de la Constitución, el 18, y se citan siempre conjuntamente, sin embargo la lógica lleva a pensar que se trata de derechos distintos. Conviene, pues, definir cada uno de ellos en positivo y, a continuación, ver cómo funcionan comparativamente.

A) EL DERECHO AL HONOR

En nuestro idioma, la expresión «honor» es decididamente polisémica. Sucede con otras palabras que designan ideas similares: dignidad, valor, estima... Todas sufren la contradicción de que se utilizan tanto para referirse a una escala de valores como al valor supremo de esa escala. Así, lo digno es inevitablemente muy positivo, aunque cada uno tiene su dignidad, mayor o menor. Y cada cosa tiene su valor, pero lo valioso es algo de gran valor. Del mismo modo hablamos de «conceder honores» para aludir a la estimación positiva social de alguien. La idea de honor, por otro lado,

inevitablemente lleva a otras del mismo campo semántico: esencialmente la fama y la honra. El honor constitucional se parece más a la fama que a la honra. Lo honroso es lo valioso en la escala social, mientras que lo deshonroso te hace descender en ella; en cambio la fama puede ser tanto buena como mala. Jurídicamente, no tendría sentido que el derecho al honor fuera derecho a tener siempre mucho prestigio, con independencia de que uno se lo merezca o no. La Constitución no puede garantizar el derecho a disfrutar de una buena imagen pública a quien por sus actos no se lo haya ganado. Lo único que la Constitución está en grado de asegurar es que cada uno tenga en la estima ajena el lugar que le corresponde por sus propios actos. Por tanto, al hablar de honor no nos vamos a referir a la estima positiva por parte de los demás, sino al lugar en la escala valorativa ajena que ocupa cada uno... sea positivo, negativo o indiferente.

Algo queda, pese a todo, de la idea de honor como «buena reputación»: lo que prohíbe la Constitución exclusivamente son los *descensos* inmerecidos en la consideración ajena. Si se le provoca a alguien un reconocimiento social superior al que se merece, aunque se altera su reputación sin intervención de sus propios actos, no se le está dañando el honor, puesto que no se le causa un perjuicio inmerecido. Esta matización puede llegar a tener su aplicación práctica:

Tras la muerte de Manuel dos Santos, «Garrincha», uno de los máximos ídolos del fútbol brasileño, el periodista Ruy Castro publica en 1995 una biografía sobre el deportista. En la misma, además de recordar su conocida adicción al alcohol, causa de su fallecimiento, el autor menciona que el órgano genital de *Garrincha* «debía medir unos 25 centímetros» y se dice que era «una máquina de hacer sexo» y se habla de «su ya legendaria potencia sexual». Ante ello, las hijas del astro del fútbol interponen una demanda contra el periodista por lesión del derecho al honor del fallecido.

¿Cómo deberá resolver el asunto el juez brasileño? ¿Se ha lesionado el honor del futbolista? Aunque se trata de una cuestión cultural, como más adelante veremos, es fácil llegar a la conclusión de que en Brasil en esa época no era negativo tener un miembro sexual grande. De ese modo, la revelación podrá afectar quizás a otros derechos, seguramente a la intimidad, pero no supone un descenso en la reputación de un futbolista. Así que no se le causa un daño, de manera que no puede haber lesión del derecho al honor.

Al hablar de honor, por otro lado, se evocan valores íntimamente personales y producto de la autodeterminación individual de cada uno dentro de su grupo. Tanto, que a veces se llega a negar cualquier eficacia del mundo del derecho sobre el plano del honor; es conocida la afirmación del personaje de Calderón: «al Rey la hacienda y la vida se han de dar, pero el honor es patrimonio del alma y el alma sólo es de Dios». Por eso es posible hablar de «hombres de honor» para aludir a miembros de la mafia, manifiestamente contrarios a los valores del derecho pero no al honor; del mismo modo, las fórmulas rituales de juramento incluyen a menudo alusiones a la conciencia y el honor en tanto valores personales, jurídicamente incontrolables.

Estamos, pues, en el ámbito de los valores que sustentan íntimamente al individuo, de tal forma que el Derecho no sirve para reconocer o negar el honor personal, sólo para protegerlo. Así, la inclusión del honor en el catálogo de derechos fundamentales tiene originariamente un sentido exclusivamente defensivo, para impedir cualquier

intromisión —en principio estatal— sobre la honra personal, y con estos mimbres ha de interpretarse el artículo 18 de la Constitución. Como hemos dicho, no se trata del derecho a tener la máxima consideración ajena dentro de la sociedad (derecho a la buena imagen) sino, como mucho, del *derecho a no sufrir un descenso en la consideración de los demás, ajeno a los propios actos*. El bien protegido es **el mérito personal como responsable de la propia fama**, en aras del principio de autonomía de la persona. Está claro que el prestigio que cada uno goce en las relaciones sociales nunca va a depender exclusivamente de su propio actuar porque influye además toda una serie de otros factores; sin embargo, el objetivo constitucional parece ser minimizar en lo posible el resto de influencias, en beneficio de las decisiones personales del sujeto. En este sentido el derecho al honor no es sino una realización del derecho a la igualdad: nadie debe sufrir invasiones que menoscaben su fama para que todos partamos de un mismo nivel de consideración ajena, que sólo se va modificando con nuestras propias decisiones a lo largo de la vida.

Esto supone sin duda una evolución importante. En los primeros momentos del constitucionalismo histórico, lo que destacaba era el sentido profundamente liberal del derecho al honor. Lo que se protegía en estos inicios, era la dignidad, la esencia misma de la personalidad. En esta época cualquier lesión a la propia dignidad, fuera con publicidad o sin ella era una ataque contra la persona, prohibido a través del reconocimiento del derecho al honor. Atentar contra éste suponía lesionar la esencia de la integridad personal. Luego, progresivamente se convierte en un derecho que permite al individuo hacerse valer por sus propios méritos, excluyendo intervenciones ajenas. Así deja de ser un valor absoluto, porque uno mismo puede arriesgar su honor o sacrificarlo. Cualquier ciudadano tiene derecho a poner en juego su reputación, a actuar de tal modo que descienda la consideración que de él tiene el resto de la sociedad; pero él es el único que puede hacerlo. Así hay un *contenido positivo* en el honor, que es el derecho a disponer de la propia fama, y un *contenido negativo* que es el derecho a que nadie más disponga de ella. Es de este modo como está siendo progresivamente superada la visión liberal por una perspectiva mucho más social, que ve en el derecho al honor una garantía de participación en la sociedad: se garantiza el libre desarrollo de la persona en la convivencia social sin sufrir afrentas públicas. La tendencia, por ello, ha de ser limitar la protección constitucional a las lesiones al honor que se realicen con publicidad. Ya no se protege la *integridad* de la persona, tanto como sus *posibilidades de interacción social*.

a) Concepto subjetivo, objetivo y social de honor

Visto esto, para que el derecho resulte operativo en la vida jurídica es necesario también un acuerdo acerca del modo por el que se determina qué es un descenso en la estima de los demás. Es decir, hace falta un consenso general acerca de cómo se reconoce cuál es la reputación de una persona en un momento y cómo se identifican a partir de ahí los ataques contra dicha reputación que hayan de considerarse ilegítimos. El mero hecho de que con carácter previo sea necesario un consenso social hace imposible un *concepto subjetivo de honor*. Lo que sea la honra de una persona no es

algo que dependa de la idea de cada uno, sino que ha de ser algo más general. El derecho al honor no puede ser derecho a la imagen de sí mismo que tenga cada uno. Una persona puede tener una muy alta estima de sí, que no se corresponda con la realidad y pensar equivocadamente que se le lesiona el derecho al difundir opiniones o hechos que realmente no son ofensivos para su reputación. Así que no se puede dejar exclusivamente en manos de la víctima la decisión acerca de si una imputación es o no deshonrosa. Llevándolo al absurdo, si se afirma de alguien que es muy atractivo físicamente no cabe apreciar que se haya lesionado su honra, ni siquiera aunque el afectado considere que la belleza física es deshonrosa.

En cualquier caso, pues, se trata de un derecho muy relacionado con la vida en sociedad. La reputación de las personas, por tanto, está muy vinculada con el entorno en que se muevan, por la cultura en la que vivan. Hay hechos que se consideran honorables en unos entornos culturales y deshonrosos en otros. Incluso la intensidad de la lesión al honor depende del contexto cultural:

En 1990 el Tribunal Constitucional tiene que decidir acerca de la demanda planteada por la antigua novia de El Lute, famoso delincuente de los setenta, contra una película en la que se narraba la vida de éste. Se queja especialmente de una escena en la que aparece bañándose desnuda y aprovecha para provocar verbalmente a un joven que pasa por allí. Alega la señora que ella pertenece al grupo étnico de los quincalleros —frecuentemente confundido con los gitanos— y que entre ellos el que una mujer se bañe desnuda y charle mientras con un desconocido es algo deshonroso. Tan deshonroso que a causa de esa imagen de la película ella entiende que ha disminuido extremadamente su reputación dentro de su grupo social (STC 136/1990).

Evidentemente, algo que para un ciudadano *gachó* no resulta especialmente deshonroso, puede serlo para alguien de etnia gitana, o que viva en una cultura distinta a la mayoritaria. Así, tampoco cabe un concepto absolutamente objetivo de honor —que implicaría la posibilidad de definir jurídicamente imputaciones deshonrosas válidas universalmente, sino que debe optarse por el *concepto social de honor*, variable según el entorno cultural y social de la persona. Lo que sea deshonroso dependerá de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento y en cada grupo humano, fluctuando a lo largo del tiempo.

Dicho esto, conviene señalar cierta tendencia de la jurisprudencia, con base en alguna ley¹, a recuperar el concepto subjetivo de honor, aludiendo a la estima que cada uno tenga de sí mismo, con la excusa de la dificultad de aprehender un concepto socialmente variable. Con ello se intenta devolver el derecho al honor al plano de la dignidad íntima, en perjuicio de la comprensión social. Con ello, al entender —a la manera liberal— que se lesiona el honor de una persona cuando se le desprestigia ante sí mismo, se le da excesivo valor a la opinión personal, incontrastable: bastaría con la palabra de quien se sienta desprestigiado para condenar acciones de otras personas; sin posibilidad de comprobar externamente que esa deshonra efectivamente se ha producido. Es por eso por lo que, pese a todo, resulta más adecuado constitucionalmente el concepto social de honor, pese a que introduzca un factor de relativización en función del contexto social.

Y precisamente para paliar el efecto de esta relativización del concepto, se hace necesario incluir algunas *matizaciones a la luz de la Constitución*. La utilización del

contexto social como criterio de qué se considera deshonroso encuentra su límite en las calificaciones que constitucionalmente no son contrarias al honor, y en las que constitucionalmente siempre han de serlo. Hay conductas que aunque socialmente se consideren reprobables, en realidad suponen el ejercicio del derecho a la autodeterminación personal y gozan por ello de protección constitucional. Así, por ejemplo, la homosexualidad. No sería conforme con la Constitución considerar que las tendencias o prácticas homosexuales suponen una deshonra para la persona. Constitucionalmente hablando, no puede ser considerado deshonroso tildar a alguien de homosexual, ni debe admitirse ninguna acción ante los Tribunales en defensa del propio honor que considere deshonroso lo que —como la libertad sexual— es en verdad un valor reconocido por la Constitución. Nótese que tanto con el concepto subjetivo de honor, como con el concepto meramente social cualquier ciudadano podría considerar que atenta contra la estima que él y su entorno tengan de sí el que lo califiquen de homosexual. Si nos quedásemos ahí, habría que terminar por reconocer que en un grupo de radicales xenófobos el llamar a alguien «negro» o «judío» vulneraría su derecho al honor. Para evitar esto es para lo que se introduce la referencia a la Constitución. Hay características y actitudes que constitucionalmente nunca pueden ser consideradas deshonorosas, con independencia de que el revelarlas tal vez pueda vulnerar el derecho del aludido a la intimidad.

Del mismo modo, también es cierto que los valores defendidos en la Constitución imponen la obligación de considerar deshonorosas determinadas conductas, a pesar de que ni para quien las realiza ni para su entorno se consideren desprestigiantes. Así, por ejemplo, los delitos. El hecho de que alguien reconozca públicamente sentirse orgulloso de ser un estafador, y que en su entorno de delincuentes eso sea meritorio, no le impediría en ningún caso presentar una demanda de protección de su honor si se le acusa públicamente de alguna estafa, porque constitucionalmente siempre ha de entenderse como un desprestigio. Ése sería el lado «negativo» de la matización constitucional.

Por último, hace falta aludir a la relación entre honor y veracidad. En su debido momento ya se adelantó que normalmente el respeto del requisito de la veracidad exime de violaciones al del honor. Hace falta aclarar brevemente este punto: en realidad de lo que se trata es de que el titular del derecho al honor, a través de sus acciones cotidianas suele aceptar implícitamente sufrir determinados desprestigios. Ya se dijo que el derecho al honor consiste en la facultad de evitar descensos en la consideración ajena *que no obedezcan a actos propios*. Ello implica que cuando es la propia persona la que adopta una conducta que socialmente se considera reproducible o deshonorosa no puede luego invocar la protección constitucional. Así, quien comete un delito acepta implícitamente que entre las consecuencias de su acto está —en caso de ser descubierto— el desprestigio inherente a la consideración de delincuente. No puede actuar contra sus propios actos, impugnando el ser considerado como un ladrón. La veracidad atiende a la comprobación de que efectivamente se han realizado actos de este tipo. De esa manera, un periodista al informar de alguien puede decir que es un ladrón, siempre y cuando ello sea veraz, porque el propio afectado ha de

soportar la deshonra implícita en sus actos. Si el informador tiene pruebas de que es cierto, puede decirlo sin lesionar con ello el honor. De hecho, las cláusulas de estilo periodísticas que imponen calificativos del tipo «presunto» o «supuesto» son sólo eso, cuestiones de estilo. Jurídicamente, es tan posible lesionar el honor de una persona al denominarla «supuesto delincuente» sin ningún tipo de indicios o pruebas, como no lesionarlo al llamarlo directamente «delincuente», si ello es veraz. En este sentido, y de ello se ha de hablar detenidamente más adelante, no siempre que se impute un delito a alguien que no ha sido aún condenado judicialmente se le vulnera su derecho al honor, pues la veracidad exigible a un periodista no es equiparable a la verdad judicial y a efectos de lesión del honor lo que importa es que el sujeto realmente haya cometido esos actos, no que se le haya condenado o no. Tampoco es evidente que en esos casos, que pueden llegar a constituir auténticos «juicios paralelos en prensa» se vulnere la presunción de inocencia. Ese derecho, que suele utilizarse erróneamente como fundamento de las cláusulas de estilo a que antes nos referíamos, está pensado tan sólo para garantizar que en el juicio de los tribunales ninguna persona tiene la obligación de demostrar su inocencia, y que —al contrario— es quien lo acuse quien debe demostrar su culpabilidad. De ese modo, en principio, el derecho que pueden violar los periodistas al publicar noticias inveraces es exclusivamente el del honor. Sólo cabrá entender vulnerado el derecho fundamental si la persona a la que se atribuye un acto socialmente reprobable no lo ha realizado.

B) EL DERECHO A LA INTIMIDAD

Lo íntimo es aquella esfera de la vida personal de cada uno que nadie, más que el protagonista, puede decidir si publicar o no. Al contrario que el derecho al honor, el derecho a la intimidad es, pues, personalísimo. No es un derecho creado para fomentar la interacción social sino justo lo contrario, un derecho a mantener un espacio propio excluido de la vida colectiva. Se trata, por tanto, de un derecho de origen liberal y estrictamente defensivo frente a las intromisiones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es la persona en cuanto ser individual necesitado para su desarrollo de un espacio privado que sólo él puede decidir exponer o no a los demás. A partir de aquí, para entender cómo funciona la intimidad, hay que analizar cuál es ese ámbito de la vida de cada uno que la Constitución considera privado, prohibiendo su publicación.

Históricamente, intimidad y libertad son ideas muy relacionadas; hasta el punto de que llega a definirse la libertad como «el apacible disfrute de la independencia privada». A finales del siglo XIX en los Estados Unidos se formula definitivamente la idea de *privacy*, basada en que el derecho a la vida es también «derecho a que nos dejen en paz». De ese modo, en un contexto bastante tradicional, la intimidad se hace muy pronto equivalente a la vida familiar; cualquier ataque contra la tranquilidad de la vida familiar sería entonces un atentado contra la intimidad. Esto incluía acciones variopintas: desde la publicidad, hasta los registros de propiedades, el uso del nombre, la filmación, etc. Todas ellas podían quedar prohibidas si de algún modo

obstaculizaban el disfrute en privado de la libertad propia². El derecho a la intimidad tarda en incorporarse a los textos constitucionales europeos, y cuando lo hace será teniendo ya en cuenta toda la evolución de la doctrina norteamericana de la *privacy*.

En la Constitución española aparecen distintas manifestaciones del derecho a la intimidad. Aparte del reconocimiento genérico del derecho a la intimidad personal y familiar, se recogen explícitamente en el artículo 18 CE el derecho a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones. El Estado, por otra parte, queda obligado a limitar el uso de la informática para proteger la intimidad y lo que afecte a este derecho se excluye del conocimiento general en el derecho a consultar los archivos de la administración (art. 105 CE). En definitiva, la intimidad se configura en nuestro ordenamiento constitucional como un límite genérico a la acción del estado y de los particulares que viene a informar la regulación sobre materias muy diversas. En estas lecciones trataremos, sin embargo, exclusivamente la intimidad como límite a la libertad de información.

a) El ámbito protegido por la intimidad

Aunque la intimidad pueda incluir el derecho a resistirse frente a atentados contra la tranquilidad de la vida familiar, a la libertad de información le afecta su valor como *protección frente al conocimiento ajeno de la vida privada*. La idea básica es que los ciudadanos han de poder desenvolverse libremente en la sociedad sin que el resto de la población tenga acceso a los detalles de su vida personal. Para entender esta afirmación hay que partir de la distinción entre la vida privada y la vida pública que no es sino un mero reflejo de la diferenciación ideal entre Estado y sociedad. En el ámbito público el ciudadano acepta que los demás conozcan datos y detalles suyos; en el terreno íntimo, en cambio, mantiene el control de lo que se puede saber.

La cuestión más polémica es cómo se determina jurídicamente qué es privado y qué es público. ¿Atenta contra la intimidad contar que a una persona le gustan las trufas de chocolate?, ¿y revelar que tiene un *piercing* en el clítoris? Para contestar a estas preguntas, hay una primera teoría —que, como siempre, podemos llamar *subjetiva*— que deja a la elección de cada ciudadano el determinar qué es para él íntimo y qué resulta en cambio publicable. La persona seleccionaría así entre sus datos aquéllos que no le importa que sean difundidos por la sociedad y aquéllos otros que no quiere que se conozcan. Se parte, pues, de que uno es libre a la hora de establecer los límites de la propia intimidad. Si alguien quiere mantener en privado su predilección por las trufas heladas, pues eso forma parte de su intimidad. Frente a esto surge otra teoría —que podemos denominar, como siempre, *teoría objetiva*— que insiste en el importante papel de las convenciones sociales a la hora de determinar qué se considera íntimo y qué público. Se afirma, desde esta perspectiva, que hay datos personales que socialmente se consideran públicos y otros que se consideran privados, aunque su titular pueda convertirlos en públicos. La teoría subjetiva responde a una concepción liberal y personalista del contenido de los derechos fundamentales, a pesar de que el moderno Estado social implica que los derechos, para su defensa, tengan una orientación colectiva. Por ello parece que

resulta más adecuado a nuestro sistema constitucional optar por la visión objetiva de lo íntimo, aunque con ciertas matizaciones, producto de una más amplia concepción *social*, de manera que la definición *a priori* de lo que es público y lo que es privado no puede ser nítida ni válida universalmente.

En principio, en nuestra sociedad el dato acerca de los adornos del clítoris de alguien resulta protegido por la intimidad, mientras que no atenta contra ningún derecho la revelación de su predilección por las trufas. Sin embargo, esta definición no es definitiva en cuanto a apreciar que se lesionó o no la intimidad. Pues la persona en cuestión, por ejemplo, puede trabajar en un espectáculo pornográfico, o exhibir su foto en un taller de *piercing*, etc. Es decir, que la consideración social inicial acerca de lo que es público y privado no basta por sí sola para resolver ningún asunto conflictivo: supone simplemente un primer paso que es necesario complementar con los actos de revelación que cada persona decida realizar.

El modo en que opera el derecho a la intimidad en ese primer paso de *determinación de lo socialmente íntimo* es similar a un eje de coordenadas —entre lo absolutamente público y lo absolutamente íntimo— en el que se han de situar las distintas informaciones referentes a la vida de una persona. Hay datos que se consideran muy íntimos, como la vida sexual. Otros son francamente públicos, como el tipo de ropa que se usa. Entre medias cabe apreciar toda una gama de matices. Cada dato que se revela sobre alguien ocupa un lugar en esa escala, tiene su cantidad de intimidad o publicidad. El mundo del Derecho lo que hace en principio es trazar una línea imaginaria a mitad del eje, de modo que lo que queda a un lado puede revelarse y lo que queda al otro está protegido por el derecho a la intimidad. Así, puede decirse que la salud es algo íntimo pero menos que la vida sexual. Las distintas partes del cuerpo también tienen distinto grado de intimidad. Los gustos gastronómicos, en cambio, son datos publicables, pero menos públicos que la ropa. Esta situación de cada tipo de informaciones en un lugar del eje entre intimidad y publicidad es una tarea esencialmente sociológica, de determinación de valores. Resultará, pues, variable en razón del momento histórico y de la cultura concreta en la que se quiera trazar. De ese modo obtendremos, en todo caso, nuestro punto de partida, el de la calificación social del dato como íntimo o no.

b) Las renunciaciones a la intimidad

A partir de ahí es cuando hay que tomar en consideración la actitud del sujeto. Una persona puede convertir en público algo de su vida que *a priori* debiera ser considerado privado. En principio se trata de *renunciaciones puntuales* a alguna manifestación de la intimidad. Pueden consistir, por ejemplo, en contar públicamente detalles de la propia vida sexual o exhibir partes del cuerpo. Esta facultad del titular de la intimidad es producto del llamado contenido positivo del derecho: la posibilidad de controlar las informaciones sobre uno mismo. Por diversas razones, las «renunciaciones» a la intimidad constituyen el aspecto más problemático de su regulación Constitucional.

i) Normas generales sobre renuncia a la intimidad

Como regla general, cualquier renuncia es siempre *puntual*, y sólo afecta a *unos datos determinados*. O sea, que en principio no cabe renunciar de manera genérica a toda la propia intimidad. Cuando alguien expone a la curiosidad pública parte de su vida privada, está desistiendo de mantener en su intimidad esa información concreta, pero únicamente ésa, no el resto. Así cuando alguien hace público un romance suyo, o una operación de cirugía a que se ha sometido, no está renunciando a que su vida sentimental o sus operaciones médicas formen parte de su vida privada, tan sólo a la privacidad de esa operación o ese romance en concreto. Ésta es la norma general.

La cuestión se complica porque cabe la posibilidad de que la renuncia no sea expresa, sino implícita; deducible de los propios actos. En la interrelación cotidiana con el resto de personas a menudo difundimos deliberadamente aspectos de nuestra vida privada; en otras ocasiones no es tan deliberado, sino que simplemente aceptamos la posibilidad de que se conozcan datos íntimos. De hecho resulta prácticamente imposible convivir en sociedad sin asumir ese riesgo, pero algunas veces uno se expone más que otras. Cuando la renuncia es expresa, lo que determina su alcance es el control sobre las personas que acceden a la información. Quien revela a su mejor amigo que padece una enfermedad renuncia, evidentemente, con mucha menor intensidad que quien revela su enfermedad en televisión. En todos estos casos, y con mayor razón cuando la renuncia es implícita, la mejor manera de valorar su alcance es analizando el riesgo asumido. El que le contó a su amigo que estaba enfermo creía estar evitando que todo el mundo lo supiera, aunque se arriesgaba a que el amigo lo revelase. El que lo contó en televisión asumía perfectamente la posibilidad de que todo el país pudiera saberlo. En todo caso, hasta la renuncia más mínima e implícita conlleva siempre un cierto riesgo de difusión; quien toma el sol desnudo en la azotea de un piso alto asume el riesgo remoto de que desde un avión o incluso un satélite lo observen o fotografíen, aunque ello no entre dentro de lo inmediatamente previsible.

Jurídicamente lo que importa es apreciar a partir de qué momento el riesgo aceptado es de tal intensidad y tan previsible que efectivamente supone la renuncia a esa parte de la intimidad:

En 1990, una joven y famosa actriz de teatro está pasando sus vacaciones en la isla de Menorca. Un día decide ir a la playa. Para ello se desplaza hasta una pequeña cala recóndita en el norte de la isla. De hecho gran parte del trayecto a la misma ha de hacerse a pie. Allí, rodeada de muy pocos bañistas, la actriz toma el sol cubierta únicamente por la parte de debajo de un bikini. Poco después, una revista publica sus fotos, bajo el epígrafe de «*Top-less en Menorca*». La actriz interpone una demanda por vulneración de su derecho a la intimidad corporal. La revista se defiende alegando que la playa era un lugar público y que al exhibirse allí de esa manera está renunciando a que la imagen de sus pechos forme parte de su intimidad.

Evidentemente, lo que hay que hacer es intentar deducir de los actos de la actriz cuál era su grado de renuncia a la propia intimidad. En este caso concreto puede llegarse fácilmente a la conclusión de que ha adoptado suficientes precauciones para que sus pechos no los vea nadie que ella no desee que lo haga. Ha elegido un sitio escondido y de difícil acceso en el que lógicamente supone que puede controlar

quiénes son los que ven sus pechos desnudos. Por supuesto que el fotógrafo tuvo acceso legítimo a los pechos, pero no parece que el que pasara una barca con un teleobjetivo fuera en este caso una eventualidad previsible. El criterio, por tanto, ha de ser siempre el de la *determinación de las personas que previsiblemente tienen acceso a la intimidad*. Mientras el titular mantenga el control sobre cuáles son las personas que en cada momento conocen datos o imágenes de su intimidad, no cabe hablar de renuncia más que respecto a estas personas. Quien se desnuda ante su pareja renuncia a la intimidad corporal sólo ante ella. Quien cuenta un dato íntimo a varios amigos, sólo renuncia a que ese dato les esté vetado a esos amigos... y a quienes previsiblemente puedan estar en contacto más directo con los mismos amigos. En cambio, cuando uno pierde ese control y acepta el acceso de una cantidad indeterminada de personas a los datos propios está efectivamente renunciando a ese dato o imagen. Así, quien pasea desnudo por una calle —o incluso una playa— concurrida, acepta que lo vean los otros viandantes que están allí y no se preocupa de quienes sean; no da un consentimiento individualizado, sino que renuncia realmente a ese aspecto de su intimidad. Aunque sea de modo puntual.

Por más que resulte incomprensible desde el punto de vista de la doctrina de los derechos fundamentales, hay que señalar aquí una reciente doctrina del Tribunal Constitucional mucho más restrictiva. Así, en ocasiones, el alto Tribunal exige el «consentimiento expreso, válido y eficaz prestado por los titulares» para dar validez a cualquier renuncia a la intimidad. Destaca especialmente el caso enjuiciado en la STC 176/2013:

El 7 de enero de 2004, en el programa televisivo *Crónicas marcianas*, se mostraron unas imágenes de don Francisco Álvarez Cascos —a la sazón Ministro del Gobierno de España— y de doña María Porto en las que se hacía evidente la existencia de una relación sentimental entre ambos. Las fotografías habían sido captadas mediante teleobjetivo con ocasión de su estancia vacacional en el hotel Princesa Yaiza de Lanzarote, mientras ambos estaban en la terraza abierta al público de dicho establecimiento. Los recurrentes ya habían acudido anteriormente en público a diversos actos, de modo que habían hecho pública su relación.

Cuando el Tribunal Constitucional se enfrenta a la posible lesión de su derecho a la intimidad, le da relevancia decisiva al hecho de que las imágenes fueran captadas mediante teleobjetivo, lo que les impidió ser conscientes de las mismas y, por ende, dar o no su consentimiento a la publicación. Así se establece una peligrosa doctrina que viene a extender extraordinariamente el ámbito de la intimidad en detrimento de la libertad de información; según la absurda comprensión del TC no se trataría tanto de renunciar o no a la intimidad, como de autorizar expresamente cualquier uso de dicha renuncia: «hay que rechazar que el carácter accesible al público de algunas dependencias del establecimiento hotelero tenga la capacidad de situar la actuación de los demandados extramuros del ámbito de protección del derecho a la intimidad, pues ante una faceta estrictamente reservada de su vida privada y no existiendo consentimiento expreso, válido y eficaz prestado por los titulares de los derechos afectados, se produce una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales a la intimidad». Esta misma doctrina ha sido luego utilizada para justificar que la intimidad prohíbe la difusión de actividades cariñosas de una pareja en plena calle

(STC 2/2014), o la exposición del propio cuerpo en una playa concurrida (STC 19/2014). En este punto, por tanto, la lógica de la Constitución y la doctrina del Tribunal Constitucional van por caminos opuestos.

ii) La Fama y los Famosos

Junto a la renuncia puntual, ya sea expresa o implícita, nos encontramos con otra más amplia; afecta a una generalidad de datos y se hace por ello duradera en el tiempo. Supone un auténtico *cambio de estatus personal* respecto a la intimidad. Se trata, especialmente, de las personas que deciden llevar su vida al terreno de lo público en el que se instalan. Hacen de la publicidad de sí mismos un modo de vida. Es el caso de quienes deciden dedicarse a profesiones consideradas públicas: cantantes, políticos, toreros, futbolistas y famosos en general. Estas personas aceptan un mayor nivel de intromisión en la esfera de su vida privada que el resto de ciudadanos, pero no por ello renuncian de manera absoluta a todo su derecho a la intimidad. ¿A qué renuncian en realidad? Pues, continuando con la imagen gráfica del principio, hay que entender que este tipo de personas desplaza la línea imaginaria que separa lo socialmente público de lo socialmente privado, ampliando los datos publicables. No cabe trazar de antemano donde se sitúa la separación entre lo íntimo y lo público para todas estas personas, sino que cada una de ellas, a través de sus actos, delimita donde queda situada esa línea para sí mismo. Así, quien acepta de manera generalizada y frecuente que determinados aspectos de su vida privada aparezcan reflejados en los medios de comunicación, está dando a entender que sitúa el reducto de su privacidad más allá de esos datos. En palabras del Tribunal Constitucional la renuncia «ocurre cuando la propia —y previa— conducta de aquél o las circunstancias en las que se encuentre inmerso justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con él» (SSTC99/1994, FJ 5; 14/2003, FJ 5; 13/2010, FJ 4).

No basta, por supuesto, con que una vez se admita la publicidad de un hecho (eso sería una renuncia individual) sino que hay que entender conjuntamente en qué nivel de intimidad decide instalar su vida cada ciudadano. En definitiva, es necesario atender al comportamiento general de cada una de las personas que deciden —expresamente o al aceptar una profesión u ocupación— exponer su vida a los ojos de la sociedad, para descubrir hasta dónde está retrasando la línea de protección de su intimidad. De hecho, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha diferenciado expresamente entre «personajes públicos» que son «las autoridades y funcionarios públicos, quienes deben soportar, en su condición de tales, el que las actuaciones en el ejercicio de sus cargos y funciones se vean sometidos al escrutinio de la opinión pública y, en consecuencia, a que no sólo se divulgue información sobre lo que digan o hagan en el ejercicio de sus funciones, sino, incluso, sobre lo que digan o hagan al margen de las mismas, siempre que tenga una directa y evidente relación con el desempeño de sus cargos» (STC 54/2004, FJ 3), y las personas «con notoriedad pública» que son «aquellas personas que alcanzan cierta publicidad por la actividad profesional que desarrollan o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de

su vida privada, o que adquieren un protagonismo circunstancial al verse implicados en hechos que son los que gozan de esa relevancia pública» (STC 99/2002, FJ 7). En la práctica unos y otros han renunciado a determinado aspecto de su intimidad, pero no a toda. Por ello, en cada caso concreto habrá que analizar a qué se ha renunciado el afectado y a qué no.

En 1984, la empresa Prographic S. A. pone a la venta un vídeo sobre la vida y muerte del torero D. Francisco Rivera Pérez, conocido públicamente como «Paquirri». La mayor parte de su contenido se dedica a actuaciones y comentarios taurinos, así como a remembranzas del torero por parte de críticos y colaboradores. De esta línea se apartan imágenes de su boda y de su entierro, así como otras de la mortal cogida que sufrió en la plaza de toros de Pozoblanco y de su posterior tratamiento médico y agonía en la enfermería de dicha plaza. Estas mismas imágenes habían sido difundidas en programas informativos de la televisión estatal gracias a que en aquel momento se permitió el acceso a la enfermería de un buen número de personas. Sin embargo, contra su comercialización, la viuda del torero, Doña Isabel Pantoja, interpone un recurso por vulneración de su derecho a la intimidad (STC 231/1998).

¿Puede alegarse contra esta pretensión de la viuda el hecho de que quien acepta dedicarse profesionalmente al toreo está aceptando también el riesgo inherente de ser corneado e incluso muerto a la vista del público? Pues parcialmente, sí. Resulta evidente que la persona que decide ser torero no puede pretender mantener en el ámbito de su intimidad una eventual cogida, e incluso su muerte en la plaza, pues cotidianamente acude a torear delante del público que le paga para ello. Ahora bien, la previsión de dicha eventualidad no implica que el torero renuncie a todo el resto de su intimidad. En el caso concreto que nos ocupa, parece claro que el ser torero no implica la autorización de una persona para la difusión pública de su tratamiento y agonía en el interior de una enfermería. En la sociedad en general se considera que el tratamiento médico de una persona forma parte de su intimidad, igual que sucede con los momentos anteriores a la muerte. Así que la difusión de esas imágenes, sí que vulneran su derecho fundamental a la intimidad, al contrario de lo que sucede con las de la cogida en la plaza de toros. Por si quedara alguna duda, el Tribunal Constitucional insiste frecuentemente en que no se debe confundir la renuncia a parte de la propia intimidad por haberse uno instalado a vivir en el mundo de lo público con la autorización constitucional de intromisiones que carezcan de interés público y busquen «la simple satisfacción de la curiosidad humana por conocer la vida de otros» (STC 83/2002, FJ 5).

Nuestro Tribunal Constitucional, igual que sus homólogos de otros países europeos, ha tenido siempre bastantes problemas a la hora de valorar la importancia de la fama en cuanto renuncia tácita a la privacidad. Constantemente recuerda que los famosos también tienen vida privada, a pesar de que hayan renunciado a diversos aspectos de su intimidad. El problema se plantea a la hora de aplicar en concreto estos principios generales: en ese terreno, los tribunales gozan de una discrecionalidad que, a menudo, les permite revestir como jurídicas decisiones que en verdad están basadas exclusivamente en su propia moral o, en el mejor de los casos, en la equidad. Un buen ejemplo de la tendencia europea en este tema es un asunto resuelto en 2012 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

Entre 2002 y 2004 las revistas alemanas *Frau im Spiegel* y *Frau Aktuell* publicaron varias fotos de Carolina Von Hannover, princesa de Mónaco: La primera la mostraba durante sus vacaciones de esquí en Saint-Moritz. Va acompañada de un artículo titulado: «El príncipe Rainiero—No está solo en casa». El artículo dice lo siguiente: «Las primeras flores de magnolia se abren en el parque del palacio de Mónaco pero el príncipe Rainiero (78 años) no parece percatarse de la primavera que renace. Pasea con su hija Estefanía (37 años). Ella lo sostiene. Camina arrastrando los pies. Tiene frío pese a que hace sol. El viejo señor está cansado. [...] El príncipe Alberto, la princesa Carolina y la princesa Estefanía se turnan para cuidar de su padre».

La segunda fotografía, publicada en febrero de 2003, la muestra en Saint-Moritz dando un paseo. La leyenda correspondiente dice: «Ernst August von Hannover y su esposa, la princesa Carolina de Mónaco, disfrutan del sol y la nieve en Saint-Moritz.»

En la tercera fotografía, publicada en marzo de 2004, la pareja está en un telesilla en Zürs am Arlberg durante sus vacaciones de esquí. Otra fotografía ocupa la mitad de la página y muestra a la demandante en el Baile de la Rosa.

Las tres fotografías ilustran el artículo titulado «La princesa Carolina. Todo Mónaco la espera», cuyos pasajes pertinentes dicen lo siguiente: «La princesa Carolina y su marido Ernst August Von Hannover abrirán el Baile de la Rosa con un vals. Ambos celebraron en enero su quinto aniversario de boda. Y había algo más que celebrar en la casa von Hannover: el príncipe cumplió 50 años el 26 de febrero. Celebró su cumpleaños en compañía de Carolina y algunos amigos en la mundana estación de Saint-Moritz, toda nevada. A decir verdad, la pareja pasaba sus vacaciones en Zürs am Arlberg pero, para la fiesta de cumpleaños, bajaron algunos días al Palace Hotel de Saint-Moritz».

La princesa de Mónaco acude al TEDH denunciando el acoso constante de la prensa y pretendiendo que se castiguen estas fotografías y se prohíba en el futuro la captación y publicación de otras similares. Al resolver el asunto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace un buen resumen de su doctrina sobre la fama: «Mientras que un particular desconocido para el público puede aspirar a una protección especial de su derecho a la vida privada, no sucede lo mismo con las personas públicas. No se puede asimilar un reportaje sobre unos hechos susceptibles de contribuir a un debate en una sociedad democrática, sobre personalidades de la política en el ejercicio de sus funciones oficiales por ejemplo, a un reportaje sobre detalles de la vida privada de una persona que no ejerce tales funciones. Si en el primer caso el papel de la prensa corresponde a su función de “perro guardián” encargada, en una democracia, de comunicar ideas e informaciones sobre cuestiones de interés público, este papel parece menos significativo en el segundo. Asimismo, si en circunstancias concretas el derecho del público a ser informado puede incluso referirse a aspectos de la vida privada de personas públicas, concretamente cuando se trata de personalidades de la política, no es así, aun cuando gozaran de cierta notoriedad, cuando las fotografías publicadas y los comentarios que las acompañan se refieren exclusivamente a detalles de su vida privada y tienen el único propósito de satisfacer la curiosidad del público a este respecto. En este último supuesto, la libertad de expresión requiere una interpretación menos amplia».

Aplicando esta teoría al caso concreto, el TEDH ratificó la interpretación de los tribunales alemanes, en el sentido de que la enfermedad del príncipe reinante de Mónaco podía considerarse un suceso de interés general y que la prensa estaba legitimada, en consecuencia, para informar de cómo los hijos del príncipe conciliaban sus obligaciones de solidaridad familiar con las necesidades legítimas de su vida privada, de la que formaba parte el deseo de irse de vacaciones. Asimismo, confirmó que existía suficiente conexión entre las imágenes publicadas y los hechos descritos

en el artículo. Por tanto, no hubo vulneración de la intimidad.

c) El pasado y el derecho al olvido

Se entra, por fin en la última dimensión de la renuncia: no sólo hay que distinguir entre renunciaciones puntuales o generales, y entre renunciaciones para un número indeterminado o determinado de personas; también hay que tomar en cuenta el *aspecto temporal*. El pasado de una persona puede llegar a formar parte de su intimidad. Entre los ámbitos de la vida que socialmente se consideran íntimos puede incluirse el pasado. De ese modo, por ejemplo, quien haya sido condenado por un delito hace muchos años puede pretender que no salga a la luz pública una vez que haya sido completamente olvidado. La aplicación de esa idea ha llevado a defender lo que se conoce como «derecho al olvido». En el ámbito de la intimidad supone que aunque uno haya hecho pública en un momento determinado parte de su vida privada —y no sólo renunciaciones puntuales, sino incluso instalándose a vivir así— con el transcurso del tiempo podrá «recuperar» la intimidad. Con carácter general, el pasado forma parte de lo íntimo, pero hay excepciones; el del olvido no es, ni mucho menos, un derecho absoluto. Por razones de interés general, entre las que se incluyen las históricas, puede considerarse que salgan de la intimidad hechos del pasado:

El 27 de noviembre de 1994, la cadena televisiva TV3 emitió el programa titulado «Sumaríssim 477» en el que se hacía una semblanza biográfica y política de don Manuel Carrasco i Formiguera, político catalán y fundador de la Unión Democrática de Catalunya durante la Segunda República, que en el año 1937 fue sometido a Consejo de Guerra, condenado a pena de muerte por la comisión de un delito de adhesión a la rebelión militar y ejecutado por fusilamiento. El reportaje finalizaba con la narración y simulación del Consejo de Guerra al que fue sometido el Sr. Carrasco i Formiguera en Burgos. En el mismo se hacía mención en dos ocasiones a la participación como testigo de don Carlos Trias Bertrán, leyendo extractos de sus declaraciones ante el Juez instructor del sumario en las que informaba sobre la ideología y trayectoria políticas del Sr. Carrasco y confirmaba su supuesta participación en actividades delictivas. El reportaje finalizaba señalando que los testigos que declararon en contra del acusado habían ocupado puestos de relevancia en la Administración y prensa franquista después de 1940. A raíz de la emisión, los hijos del aludido Carlos Trias iniciaron un procedimiento judicial contra el canal televisivo alegando la vulneración de su derecho al honor (STC 43/2004).

A pesar de que en el asunto tan sólo se discutió efectivamente la posible lesión del derecho al honor, no cabe duda de que es un buen ejemplo de la imposibilidad de amparar en la intimidad un eventual derecho al olvido. Lo que, por cualquier razón, fue público en el momento en que se produjo y pudo entonces ser difundido podrá volver a contarse, siempre y cuando concurra un efectivo interés público en la noticia.

De ese modo entramos en las excepciones al régimen general de la intimidad debidas no ya a la voluntad personal del sujeto —ya sea ésta puntual o general—, sino a las necesidades del funcionamiento de la sociedad en su conjunto. En ocasiones, las circunstancias que rodean a un asunto, o a su protagonista, hacen que aspectos que normalmente deberían ser considerados como integrantes de la vida íntima pasen a ser vistos como públicos en razón de su relevancia. Así, por ejemplo, el caso de un político que esté favoreciendo indebidamente a la persona con la que mantenga una relación amorosa extramatrimonial: en principio las relaciones

sentimentales y sexuales forman parte de la vida privada de las personas, sin embargo en ese caso la relación cobraría una especial trascendencia pública, ligada a la función de control democrático asignada a la libertad de información. Igual sucedería si el heredero de la Corona fuera homosexual y se negara explícitamente a perpetuar la dinastía, en cuyo caso algo tan íntimo como las preferencias sexuales de la persona cobraría relevancia pública por su trascendencia para el futuro del Estado. Son imaginables otros muchos ejemplos similares y en todos ellos la conclusión ha de ser la misma: la relevancia pública de una información implica que en el seno de la sociedad democrática se considere que no forma parte de la vida íntima de sus protagonistas. De algún modo se trata de riesgos incluidos en la opción de esas personas de dedicarse a la vida pública.

La extensión de las nuevas tecnologías y, en particular, de internet, dotan de una nueva dimensión a la protección de la intimidad como consecuencia del paso del tiempo. La gran cantidad de información disponible en internet y su fácil acceso pueden traer a la actualidad momentos del pasado que tradicionalmente quedaban olvidados. El derecho al olvido cobra así una nueva importancia. En este sentido, resulta interesante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En una relevante Sentencia de 13 de mayo de 2014, este Tribunal señala que los motores de búsqueda en internet permiten acceder a una variedad de datos sobre cualquier persona. Esta combinación de datos diversos tiene una indudable trascendencia sobre la intimidad de las personas. En este marco, el Tribunal de Justicia considera que, al menos, debe garantizarse a las personas el derecho a que determina información veraz sobre su persona se olvide transcurrido un lapso de tiempo. Por ello determina que los buscadores deben establecer un mecanismo que, en este terreno, asegure el derecho al olvido, en aras de la protección a la intimidad.

Dicho todo esto, hay que hacer una importante matización: el hecho de que un aspecto de la vida privada de un ciudadano haya sido desvelado ilícitamente y se haya convertido en cuestión de dominio público sólo es en parte equivalente a la renuncia. Cuando alguien sufre una violación de su intimidad, los datos difundidos públicamente parecería que dejan de ser íntimos. No tendría sentido castigar a quien no hace sino repetir lo que ya todos saben. Sin embargo, si se aceptara así estaríamos permitiendo que un ataque ilícito contribuyera a definir el ámbito de la intimidad de la víctima. La jurisprudencia ha encontrado una solución a esta paradoja resaltando que quien ve revelada públicamente una parte de su intimidad sin consentir en ello, sufre efectivamente una merma en su intimidad; lo revelado pasa a ser público; sin embargo simultáneamente nace un derecho al olvido de especial intensidad, que le permite actuar frente a quien quiere insistir en recordar a la sociedad lo que se publicó ilícitamente cuando ya empezaba a olvidarse. Veamos un ejemplo:

En el número 208 de la revista *Época*, D. Jaime Campmany publica un artículo en el que entre otras cosas dice: «Dama, dama, de alta cuna y de baja cama. Es verdad que en esta historia, en toda esta historia de cuernos, de alcoba, de desbrague, de dagas florentinas y de navajas cabriteras, el personaje que ha salido crucificado es el que menos estaba en la danza. Marta Chávarri estaba, sí, en la danza del fuego, pero no en la danza de los miles de millones. Y ella es la que ha ardido, aunque alguno de los demás salga chamuscado. Quizá sea natural, porque no se debe andar por ahí sin bragas y en adulterio flagrante cuando a una señora le van a reconocer como bisnieta del conde de Romanones..., cuya cojera

no es heredable, como nieta del marqués de Santo Floro, título que ahora pide mi querida Natalia Figueroa, como esposa del marqués de Cubas, como cuñada del marqués de Griñón, concuñada de Isabel Preyler y prima política de la duquesa de Alba, la que dice que jode todas las noches con Jesús Aguirre, además de como amante de Alberto Cortina, la gabardina más acaudalada de este guardarropa.»

A raíz de ello, la aludida interpone una serie de recursos que terminan con una decisión del Tribunal Constitucional. Éste da especial importancia a la referencia a que «no se debe andar por ahí sin bragas y en adulterio flagrante». En especial a su primera parte. Se trataba de una alusión a unas fotos publicadas tiempo antes que mostraban la parte de su cuerpo ocultada bajo su falda. La difusión de dichas fotos fue considerada lesiva de su intimidad por el Tribunal Supremo. Así, el constitucional indica que:

El dato mencionado fue, efectivamente, de conocimiento público, como consecuencia de la publicación de ciertas fotos, lo que integraba ya una vulneración del derecho a la intimidad, tal como declaró la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la Sentencia de 17 de julio de 1993. Y así las cosas, será de destacar que la publicación ilícita de elementos a todas luces incluidos en el ámbito reservado propio de la intimidad, no destruye la protección del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.1 CE, es decir, no permite la reiteración de la publicación, que sigue integrando lesión del derecho, manteniendo en la memoria pública el dato e incluso ampliando el campo de personas que llegan a conocerlo (STC 99/2002).

Es decir, que aunque se trata de un dato público, puesto que lo es por una intromisión ilegítima anterior, su reiteración —a sabiendas— supone un *plus* de violación a la intimidad y queda también prohibida.

C) EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

De los tres derechos del artículo 18.1 de la Constitución, éste es sin duda el más difícil de entender. Su objeto principal es la imagen, y no es evidente a qué se refiere la Constitución cuando habla de imagen, ni por qué viene a protegerse así. Para la Real Academia Española la imagen es la «figura, representación, semejanza y apariencia de una cosa». En lenguaje cotidiano, suelen usarse dos acepciones distintas de imagen: alude tanto a la representación física, como a la consideración mental que causa algo en las demás personas. En este último sentido, el tener buena o mala imagen es equivalente al derecho al honor, y se usa imagen como reputación. Evidentemente, si de lo que se trata es de darle autonomía al derecho a la imagen, habrá que quedarse tan sólo con la acepción que alude al aspecto físico. Sin embargo, incluso el concepto físico que da la RAE tiene un componente ideal que va más allá de la identificación de la imagen exclusivamente con la representación gráfica de la persona, o incluso —de manera aún más estricta— con su fotografía. Debemos, pues, considerar como imagen *toda evocación singular de una persona referida a su aspecto externo, con independencia del formato en que se presente*. A partir de ahí, ¿en qué ha de consistir el derecho fundamental a la propia imagen? Ya hemos desechado que se trate de dar protección al derecho a una imagen determinada, vinculada con una escala determinada de prestigio social y con el honor, puesto que de lo que se habla es de la representación de la persona y ésta se corresponde siempre

con ella. Ha de tratarse entonces de un derecho relacionado con la autonomía y, sobre todo, el control de la propia imagen. Parece que del mismo modo que el principio de libertad permite a todo ciudadano definirse a sí mismo como persona, el ciudadano libre ha de poder controlar también el uso que se hace en la sociedad de la evocación directa de su persona. Así, la Constitución reserva a toda persona la exclusividad de las decisiones relativas al uso público de su imagen.

Sin embargo, puesto que se trata de un derecho que se ejercita dentro de la sociedad, hay que admitir que la vida en común implica, en sí misma, la aceptación de acceso del resto de ciudadanos a la imagen de uno. La perspectiva de la imposibilidad de control absoluto sobre la propia imagen facilita la compatibilización entre este derecho y la libertad de información, así como su diferenciación con la intimidad, pues el derecho a la imagen propia no puede implicar la facultad ilimitada de controlar cualquier uso por terceras personas de la propia representación personal. Sin ir más lejos, de una interpretación sistemática de nuestro texto constitucional se deduce que la utilización con fines exclusivamente informativos de la representación externa de alguien no atenta contra su derecho a la imagen, incluso aunque se haga sin su consentimiento. Por otro lado, el uso de la imagen en los casos en los que el titular rehuye a que en razón de su contenido sea pública o conocida (desnudo, por ejemplo) está prohibido por el derecho a la intimidad, no por el de la propia imagen. Delimitándolo de este modo, puede llegarse a la conclusión de que el ámbito de eficacia del derecho que nos ocupa ha de quedar limitado al *uso lucrativo* y sin consentimiento de la imagen ajena. Únicamente cuando alguien se sirve de la imagen de otro con la intención de obtener un beneficio directo de ella se está vulnerando la facultad concedida en este punto por el artículo 18 CE a los ciudadanos. Es por ello que no es en absoluto descabellada la afirmación de que el derecho a la propia imagen tiene un contenido esencialmente patrimonial, lo cual no excluye su íntima relación con la dignidad humana.

La idea de que sólo lesiona la propia imagen el uso lucrativo de la evocación ajena tiene origen norteamericano. Frente a ello, en los sistemas jurídicos de derecho civil suele insistirse en que está prohibido cualquier uso inconsentido de la imagen ajena, como si fuera un bien absoluto. Esta concepción europea está vinculada al antiguo concepto de los derechos individuales liberales y tiene el problema de que una vez afirmado que es un derecho absoluto a que nadie use tu propia imagen, tiene que justificar por qué en algunos casos caben excepciones. El Tribunal Constitucional español se inclina, sin embargo, por esta concepción. En toda su jurisprudencia se afirma siempre el principio general de que el derecho a la imagen permite a su titular impedir cualquier uso inconsentido de la misma... para seguidamente establecer que el derecho tiene muchos límites. Y se establecen tantos límites que, en la práctica, el único uso ilegítimo sin consentimiento es aquél en el que la otra persona saca un beneficio de la propia imagen. O sea, el uso lucrativo.

La publicación de fotografías de una persona en un periódico, con una finalidad ilustrativa o informativa resulta legítima, desde el punto de vista de la imagen, incluso sin su consentimiento. Frente a ello, está prohibido el uso tendente a la

obtención de un beneficio. Esto implica la necesidad de aclarar qué se considera beneficio y cómo se determina la finalidad con la que se difunde una imagen.

En las elecciones generales de 1982 el partido político «Esquerra Republicana de Catalunya» utiliza para un cartel electoral la fotografía —alterada— de una serie de trabajadores que no habían dado su autorización para ello. La finalidad no es conseguir un beneficio económico directo, sino difundir un mensaje político en campaña electoral.

¿Podría este cartel afectar al derecho a la propia imagen de los trabajadores? Parece obvio que sí; que si lo que la Constitución protege es a la persona con la intención de evitar que otros exploten su representación fáctica no debe distinguirse en razón de la posibilidad de su expresión monetaria o no. Así pues no se puede limitar la idea de beneficios a su mera plasmación económica: por ejemplo, una ONG que utilice la imagen de alguien para obtener nuevos voluntarios también está sacándole beneficios, aunque no sean monetarios y ni siquiera valorables. Igual sucede con un ayuntamiento que decida decorar una ciudad con fotos de ciudadanos: está obteniendo un beneficio que es el cumplimiento de sus fines como entidad.

Frente a eso, destacan dos casos recientes que ponen en evidencia la legitimidad del uso informativo:

El periódico *Diario 16* en su edición correspondiente al día 2 de octubre de 1992 publicó en portada una fotografía tomada durante una actuación profesional de auxilio a una comisión judicial para el desalojo de determinadas viviendas, fotografía que identificaba plenamente y en primer plano a una Sargento de la Policía Municipal de Madrid, que aparecía de espaldas, inclinada hacia delante, pero mirando a la cámara. La fotografía se correspondía con el titular «Desalojo violento». Más tarde, en la información aparecida sobre el mismo desalojo en la página 27 del periódico correspondiente al día 9 de octubre de 1992, se incluyó una fotografía de los afectados por el desalojo en actitud de protesta, en la que se observa la utilización de la fotografía de la demandante que apareció en la portada. Como consecuencia de ello, la Sargento inició acciones legales por una presunta intromisión en su derecho a la imagen (STC 72/2007).

A la hora de resolver el asunto, el Tribunal Constitucional debería valorar si la información tiene interés informativo y se encuentra, por ello, fuera del ámbito reservado al derecho a la propia imagen. Efectivamente, la STC 72/2007 toma en consideración que se trataba de una información veraz y con trascendencia y que la fotografía resulta accesoria a la información, completando a ésta. Ello debería bastar para excluir que fuera lesiva de la imagen, si bien el Tribunal, menos constitucional aquí que en otras ocasiones, también valora el hecho de que se tratara de un acto público, de un funcionario ejerciendo sus funciones, como si la publicidad del trabajo de cada uno tuviera algo que ver con la cesión o no de su propia imagen. En todo caso, el modo de resolver estos asuntos se entiende mejor en otro ejemplo:

En octubre y diciembre de 1994, el diario *El País* publicó en distintas ocasiones, tanto en su portada como en páginas interiores, una fotografía de Javier de la Rosa mientras comía un bocadillo en su celda de la cárcel Modelo de Barcelona, donde había ingresado por haberse ordenado prisión preventiva en su contra. La primera ocasión, el 23 de octubre de 1994, en portada, a la imagen le acompañaba el siguiente texto: «Javier de la Rosa come en la celda. El financiero Javier de la Rosa fue captado anoche por el fotógrafo cuando comían un bocadillo en la celda en que vive con otros tres reclusos. De la Rosa, encarcelado desde la madrugada del martes en la Modelo de Barcelona, recibió ayer la primera visita de su mujer, Mercedes Misol, quien declaró que su marido, con el que permaneció durante 20 minutos, echaba mucho de menos a sus hijos. Joan Piqué Vidal, abogado de Javier de la Rosa, presentó ayer un recurso contra el auto de prisión y mañana lo hará contra la fianza civil de 13.333 millones de

pesetas impuesta por el juez». Como consecuencia de ello, el financiero inició acciones por vulneración de sus derechos a la imagen y la intimidad (ATC 176/2007).

En el Auto que resuelve este asunto, el Tribunal Constitucional hace toda una declaración de qué es y como funciona el derecho a la propia imagen:

Hemos definido el derecho a la imagen como derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública. Consiste, en esencia, en poder impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad —informativa, comercial, científica, cultural, etc.— perseguida por quien la capta o difunde. Desde este punto de vista el derecho a la propia imagen se refiere a las imágenes de manera «neutral», en el sentido de que no afecta a este derecho el contenido en sí de las imágenes, sino el formato. Cuando la imagen difundida resulta denigratoria, dañina para el prestigio o invasora de la privacidad, tales efectos han de enjuiciarse desde el punto de vista del derecho al honor y del derecho a la intimidad, pero no desde el de la imagen. Pese a todo ello, y como no podía ser de otra manera, el derecho a la propia imagen cede ante otros bienes constitucionales. En especial cuando la propia —y previa— conducta del titular o las circunstancias en las que se encuentre inmerso justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél (ATC 176/2007).

Es decir, que más allá de sostener la visión amplia del derecho a la imagen como facultad de control frente a cualquier uso, se insiste en que esta facultad cede cuando las imágenes tienen interés público. De hecho, en el caso se defiende la legitimidad de las fotografías porque «esta vez la noticia era la fotografía en sí misma». Ello implica que sólo está prohibido el uso no autorizado que carezca de interés público; es decir, que la Constitución impide utilizar imágenes ajenas cuando sólo tengan interés particular para el que la usa. Esta concepción viene a ser equivalente de la teoría norteamericana que prohíbe exclusivamente el uso lucrativo en sentido amplio.

Un buen ejemplo de las posibles aplicaciones de esta concepción aparece en la STC 19/2014:

En las páginas 30 a 34 de la revista *Interviú*, en su número de la semana 20 al 26 de junio de 2005, se publicó un reportaje titulado «Melanie Olivares. De la calle a la playa», constituido por dos columnas de texto y nueve fotografías de la actriz española, captadas y difundidas sin su consentimiento, en las que aparece paseando y tomando el sol en *top-less* en una playa de Ibiza, junto a unas amigas. Una de las fotografías se reproducía en la portada del mismo número de la revista.

A la hora de enfocar la legitimidad constitucional de esta publicación el Tribunal (con alguna duda) no se centra en una posible lesión del derecho a la intimidad, pues la actriz se paseaba en *top-less* en una playa abierta al público, aceptando de ese modo una cierta renuncia a la privacidad de su configuración física. En cambio, analizando la información desde el punto de vista del derecho a la propia imagen se llega a conclusiones diferentes, pues la revista se está lucrando con el uso de la representación gráfica del cuerpo de la actriz, sin que medie un interés público de ningún tipo: «ni la proyección pública de la recurrente ni la circunstancia de que las imágenes se captaran en un lugar abierto al público le debieron privar de su derecho a la propia imagen, el cual le faculta para decidir —bien para consentirla o para impedirla— la reproducción de imágenes que se limitaban a la representación de su aspecto físico tal y como se presentaba en ese momento a través de un medio de comunicación social».

En cuanto al criterio para poder considerar que una imagen ajena se está utilizando

ilegítimamente sin interés público hace falta que pueda establecerse racionalmente una *relación de causa-efecto* entre la imagen y el beneficio perseguido con su publicación. En primer lugar, ello exige cierto grado de *individualización personal* en la imagen, es decir que no puede tratarse de una imagen perdida entre otras muchas con las que forme un todo. Así, por ejemplo, la imagen de una manifestación o de un partido de fútbol que una empresa utilice con fines publicitarios no se considera vulneración del derecho a la propia imagen de todas las personas cuyos rostros sean reconocibles, en la medida en que el beneficio no se pueda vincular a la imagen concreta e individual de ninguna de esas personas, sino al acontecimiento en sí. En segundo lugar, la relación causal implica también la *individualización de la imagen* respecto al beneficio: en esencia, que el lucro que se quiere conseguir pueda asignarse directamente a la representación de alguna persona, no al producto en su conjunto. Este requisito ha de interpretarse de manera moderada: en principio un periódico no obtiene un beneficio concreto imputable a cada una de las fotos de personas que publica, sino que el beneficio responde a un trabajo de documentación e información —en el que las fotos pueden ocupar un importante lugar— que se plasma en el periódico completo como producto; en cambio, una revista que publica una serie de fotos de una mujer famosa desnuda sí puede llegar a obtener beneficios individualizados de la imagen en sí misma, no imputables a la revista como producto. Tan sólo en este último caso se estaría afectando al derecho fundamental a la propia imagen. Nótese que no es necesario alegar un uso informativo para excluir la afectación del derecho, sino que basta con que no se pueda deducir una utilización lucrativa directa, lo que abre un campo de libertad en la utilización de imágenes que está sólo limitado por otros derechos como el honor o la intimidad.

Por último, hay que señalar que a la vista del concepto amplio de imagen del que partimos, los modos de vulneración son diversos. No se trata simplemente de la utilización lucrativa de fotografías ajenas, sino que cabe imaginar multitud de referencias a la expresión externa de una persona: en el terreno puramente gráfico pueden afectar a este derecho también dibujos, caricaturas, incluso perfiles reconocibles de una persona:

La entidad Proborín, S. L., publicó, sin consentimiento ni autorización de D. Emilio Aragón, una serie de anuncios publicitarios en diversos medios de comunicación en los que, evitando reproducir el nombre y la imagen de aquél, se utilizaban una serie de expresiones y representaciones gráficas, consistentes en un dibujo de unas piernas cruzadas, vistiendo unos pantalones negros y calzando unas botas deportivas de color blanco, conjuntamente con una leyenda que decía: «La persona más popular de España está dejando de decir te huelen los pies.»

D. Emilio Aragón interpuso demanda contra la mencionada entidad mercantil, por vulneración del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE). En ella se alegaba que el Sr. Aragón, conocido actor, había popularizado una peculiar forma de vestir en sus apariciones televisivas, que se reproduce en ese anuncio publicitario; y que, además, es compositor e intérprete de una canción titulada «Me huelen los pies». Se añadía que tales circunstancias llevaban a concluir que si la entidad demandada utilizó como reclamo publicitario la expresión «La persona más popular de España está dejando de decir te huelen los pies», reproduciendo a continuación la imagen de unas piernas vistiendo pantalones negros y zapatillas deportivas blancas, era evidente que no podía perseguirse otra intención que la de aprovechar la fama y popularidad del Sr. Aragón para resaltar el artículo que se promocionaba, lesionando la imagen del actor (STC 81/2001).

¿Se lesiona el derecho a la imagen de Emilio Aragón? En principio no hace falta que aparezca su fotografía, bastaría con la utilización de simbología que socialmente evoque al actor. En ese sentido éste sería un ejemplo típico de vulneración de derecho a la imagen, porque es indudable la búsqueda de un beneficio individualizado a partir de ella. De hecho, el Tribunal Constitucional lo reconoce aunque en el caso concreto no le diera finalmente la razón a Emilio Aragón porque la imagen utilizada no era la suya, sino la de su *personaje*: lo que la Constitución protege es la utilización de la evocación de la persona, como garantía de la dignidad humana, no los derechos de autor sobre un personaje o carácter de ficción.

En otros ámbitos puede citarse la utilización de la voz o incluso de objetos personales (un sombrero, una capa, una peluca...) que evoquen en el contexto social a una persona concreta. Lo que interesa, pues, es la reconocibilidad de la persona. Una foto borrosa o oscura del rostro de alguien seguramente no afecte a su imagen, mientras que a veces la mera silueta (piénsese en alguien voluminoso) o incluso alguna parte del cuerpo (por ejemplo, un personaje con una nariz muy significativa) pueden llegar a afectarlo si evoca claramente a la persona.

Se plantea, por último, la cuestión relativa a la manipulación de la imagen. Es discutible que la Constitución contenga un derecho a que no se manipule la imagen propia, similar al derecho que tienen los autores de una obra intelectual a que no se modifique sin su consentimiento. La cuestión se plantea respecto a caricaturas y montajes basados en fotografías, así como en las imitaciones visuales o de la voz. A primera vista resulta complicado deducir de la Constitución un derecho a la integridad de la imagen. El art. 18.1 CE pretende sacar del comercio a la persona en cuanto tal y a su representación, ésa es su única finalidad. Lo otro supondría crear un derecho a la conservación de la imagen, sin cobertura en el texto constitucional. No obstante, la cuestión puede plantearse desde el punto de vista del derecho al honor, o incluso a la intimidad:

En su edición de 1 de mayo de 1995, la revista humorística *Noticias del Mundo*, hoy desaparecida, publicó un reportaje caricaturesco sobre doña Isabel Iglesias Preysler, por aquel entonces personaje conocido y habitual de la prensa. En el mismo, bajo el titular «La doble de Chabeli se desnuda» y «gran exclusiva» aparecía una composición fotográfica en la que se conjuntaba la cabeza y el rostro de la señora Iglesias con el cuerpo de otra mujer, mostrado hasta los muslos y cubierto exclusivamente por un taparrabos a la cintura. El texto que acompañaba a la fotografía, firmado por Juan Tárrega, en ningún momento revelaba que se tratase de un montaje fotográfico, narrando que la imagen correspondía a una bañista encontrada por azar en la playa, de asombroso parecido con la señora Iglesias. Bajo la fotografía aparecía un recuadro en forma de cupón recortable, con la leyenda «Usted decide: ponga una X donde considere: —creo que los pechos de la auténtica Chabeli no pueden ser tan bonitos como los de su doble, María Solana; —creo que los pechos de Chabeli deben ser más bonitos que los de su doble». Junto a cada opción hay un recuadro en blanco para marcar la opción elegida y todo el cuadro está enmarcado con una línea de puntos con el símbolo de una tijera al lado y lleva debajo el texto: «recorte por la línea de puntos y envíelo a *Noticias del Mundo*. Cardenal Herrea Oria, 3. 28034 Madrid». La aludida inició acciones en defensa de sus derechos a la intimidad y propia imagen.

Para resolver la cuestión de la supuesta vulneración del derecho a la imagen no es necesario abordar la cuestión de la integridad de la imagen. Tampoco podrá considerarse parte de la imagen de la recurrente el cuerpo desnudo de otra persona.

En vez de ello, un correcto análisis desde el punto de vista del derecho constitucional a la propia imagen se centra en valorar las circunstancias de la utilización inconsentida del rostro de un personaje famoso: así, en la STC 13/2010, el Tribunal Constitucional resuelve el caso a partir exclusivamente del análisis de la relevancia pública de la publicación del montaje caricaturesco. Concluye que «que la intención de la revista al utilizar la imagen de la actora era la de provocar, con un marcado sesgo sexista, la burla sobre su persona, a partir exclusivamente de su aspecto físico y obteniendo con ello un beneficio económico para la empresa periodística en cuestión. Difícilmente puede apreciarse interés público alguno en este uso de la imagen desvinculado de cualquier finalidad legítima de crítica política o social, de modo que la publicación de la fotografía manipulada en nada contribuye a la formación de una opinión pública libre».

a) Las facultades de control de la propia imagen

Una vez aclarado a qué utilización de la imagen propia alude la Constitución, hace falta detenerse brevemente en cuáles son las facultades de control que tiene el ciudadano sobre su imagen. Controlar, en principio, quiere decidir autorizar o no su difusión. Esa autorización puede tomar formas muy variadas; básicamente puede ser gratuita o a cambio de una contraprestación, aunque cabe luego imaginar muchas variedades de contraprestación. En cualquier caso, no cabe duda de que el control sobre la propia imagen viene a darle a este derecho fundamental un contenido marcadamente patrimonial; hasta el punto de que se ha llegado a hablar de «derecho a cobrar» por el uso de la imagen propia.

Esta perspectiva plantea un problema teórico de cierto calado a la hora de estudiar la justificación constitucional de tal privilegio. Es evidente que la Constitución no eleva al rango de derecho patrimonial unas facultades puramente económicas en torno a la propia imagen. El bien protegido no es, desde luego, la capacidad de enriquecimiento, sino la dignidad de la persona. El ciudadano tiene derecho a controlar los usos lucrativos de la evocación de su persona, precisamente para evitar que un valor tan ligado a la idea misma de persona —como es su representación— pueda ser explotado comercialmente. La utilización de la imagen de un ciudadano para estos fines supone un modo de humillación que viene a degradar el concepto mismo de persona. Por eso lo prohíbe la Constitución. Sin embargo, en un Estado basado en el principio de libertad, no podría impedirse una mercantilización consentida de la persona. De todos modos, no hay que perder la perspectiva de la justificación constitucional, que se proyecta sobre todo el régimen jurídico de los negocios concertados sobre la propia imagen. Veamos un ejemplo:

Mediante documento privado fechado en Roma el 28 de enero de 1985, Doña Ana García Obregón reconoció, gratuitamente, al fotógrafo italiano Don MIMO Cattarinich «el pleno derecho de distribuir en todo el mundo, con fines periodísticos», una serie de fotografías obtenidas recientemente y por ella «seleccionadas y aprobadas». El 13 de marzo de 1985 se publicaron algunas de esas fotografías en la revista *Interviú*. En septiembre 1986 el fotógrafo cedió a la empresa editora de la Revista *Play Boy España* los derechos de reproducción del reportaje para su publicación en un solo número de la citada revista, percibiendo por ello un millón de pesetas. En octubre de ese mismo año, Doña Ana Obregón

comunicó a la editorial su total oposición a la publicación o cesión a terceros de las referidas fotografías. Esta comunicación se recibió veinte días antes de la tirada del ejemplar, cuando ya estaba compuesta la revista, en fase avanzada de impresión y posterior distribución. Ello no obstante, la revista *Play Boy España* publicó las fotografías en su número de noviembre de 1986, presentando la afectada una demanda ante el juzgado de Primera Instancia de Barcelona por intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen (STC 117/1994).

¿Puede, efectivamente, anularse un contrato de cesión de la imagen durante su período de vigencia? Los principios generales del Derecho, en lo referente a este tipo de negocio jurídico, indican que los contratos tienen que cumplirse. Quien se obliga a algo voluntariamente, ha de cumplirlo luego: si alguien vende un coche, no puede pretender luego que se lo devuelvan. Igual sucede si se vende cualquier otra cosa, incluso un logotipo, una patente o los derechos de explotación de una canción. Sin embargo, el hecho de que la Constitución recoja el derecho a la imagen es signo de una preocupación por la protección de la persona que se extiende a su evocación externa. Puesto que la finalidad última es impedir la mercantilización indeseada de la persona, parece lógico entender que la gran novedad que introduce la Constitución sobre los negocios relativos a la propia imagen es la de que son siempre revocables por el ciudadano. Uno puede siempre, en cualquier momento o fase de su aplicación, anular cualquier obligación relativa a la propia imagen contraída con terceros. Siempre se puede recuperar el control sobre la imagen propia, a pesar de haberla cedido a cualquier otra persona, con independencia de las cláusulas y condiciones del contrato. En cierto modo puede decirse que la posibilidad de revocación se ha convertido en la práctica en el principal efecto de la constitucionalización del derecho a la propia imagen.

Dicho esto, no hay que entender que la Constitución permite con ello al titular beneficiarse de este privilegio en perjuicio de terceros. Supondría un clarísimo «fraude de ley» el ampararse en el artículo 18 CE para —por ejemplo— vender la propia imagen y, una vez cobrado un dinero por ello revocar el contrato, obteniendo una ganancia sin causa. Por ello, en casos como el citado, la jurisprudencia se ha venido encargando de dejar muy claro que el derecho a la revocación de los contratos sobre la propia imagen lleva implícita la obligación de indemnizar a los perjudicados: se trata de que, si el individuo causa un daño a otros por su cambio de decisión acerca de ceder o no la imagen, él mismo debe correr con esos gastos. Así, el Tribunal Constitucional entiende que Doña Ana García Obregón en caso de querer revocar el contrato de cesión de sus fotos, impidiendo la publicación en *Play Boy*, debía previamente indemnizar a esta revista por los gastos derivados del hecho de tener ya el número en cuestión maquettato y parcialmente impreso. En definitiva, se reconoce el derecho a la revocación, pero a condición de asumir el coste del perjuicio que se cause a terceras personas.

2. LA DISTINCIÓN ENTRE LOS TRES DERECHOS Y SU RELEVANCIA

Si se parte de un concepto de Constitución como conjunto normativo organizado y racional, hay que considerar que cada uno de los derechos fundamentales reconocidos en ella tiene un ámbito propio y específico de eficacia. Sólo así la persona dispondrá de un abanico completo de derechos y facultades que diseñen su estatuto jurídico como ciudadano. Esto quiere decir que resulta más adecuada la interpretación según la cual el derecho a la intimidad abarca unas situaciones distintas de las protegidas por el de la imagen, y éste de las amparadas por el del honor. Pero es que, además, cada derecho tiene unas características propias en cuanto a su titularidad y funcionamiento. Así, al analizar las diferencias entre el régimen jurídico de cada uno de ellos, estaremos en verdad estudiando como funcionan. Empecemos por ver quiénes son los que pueden invocar cada derecho.

A) LA TITULARIDAD DE PERSONAS JURÍDICAS

En el lenguaje del derecho se habla de «personas jurídicas» para aludir a las empresas, asociaciones, fundaciones, entidades y similar. Se trata de entes que no tienen vida «física», pero que en el tráfico jurídico cotidiano actúan prácticamente como si fueran auténticas personas: tienen capacidad para realizar contratos, disponer de un patrimonio, interponer una demanda o recibir una herencia, por ejemplo. No obstante, hay ciertos aspectos en los que su estatuto jurídico no se asimila completamente a las personas físicas; así, por ejemplo, no pueden cometer delitos ni ser condenadas —en buena lógica— a penas de prisión. La causa radica en que determinados derechos y obligaciones por su propia razón de ser son sólo predicables de los seres humanos. Históricamente, los derechos fundamentales, como expresión constitucionalizada y garantizada de los «derechos humanos» sólo eran una garantía para las personas «de carne y hueso», para los ciudadanos. La razón estaba en que se protegía esencialmente la vida humana y la libertad personal. Con el progreso y el avance de la técnica jurídica empieza a hacerse evidente que algunos derechos también deben proteger al ciudadano integrado en entidades y que algunos derechos de los entes jurídicos —por ejemplo, derechos de los partidos políticos o de las confesiones religiosas— vienen a permitir que el ciudadano ejerza su libertad individual. De ese modo, también a propósito de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen puede plantearse si son o no susceptibles de ser invocados por las personas jurídicas.

En su edición de 7 de diciembre de 1987, el *Diario de la Mañana* publicó un reportaje titulado «los andorranos buscan en el Seu sus paraísos prohibidos», con los subtítulos «Atravesar la frontera se convierte para ellos en garantía de placeres vetados»: el «chocolate», las revistas y el «relax» «atrae a chicos y cuarentones»; «La localidad fronteriza es un “oasis” para amantes de la noche»; «La presión policial propicia este tipo de “emigración”». Por otra parte, en el cuerpo del escrito podía leerse «La Seu d’Urgel se ha convertido en los últimos años en el “oasis” al que acuden los que participan en las movidas noches andorranas. Los fines de semana algunos jóvenes del Principado bajan a buscar a locales de la Seu y a casas de amigos pequeñas cantidades de hachís. “La policía andorrana controla demasiado y si te pillan con una china te llevan al talego”, comenta un muchacho que reside desde hace unos meses en Andorra. “En la Seu es diferente, si te lo montas y tienes amigos es fácil encontrar chocolate”, añade el mismo joven». El reportaje se ilustra con una fotografía claramente definida de la fachada de la discoteca llamada «Luxury», sin que a lo largo del reportaje se hiciese mención alguna a

la misma. A resultas de la publicación del reportaje periodístico, los propietarios de la mencionada discoteca interponen una demanda por vulneración de su derecho al honor.

¿Puede defenderse ante los tribunales de justicia el honor de una discoteca? En la medida en que lo protege el derecho al honor es la reputación, impidiendo descensos en la consideración que los demás tienen de uno ajenos a la propia voluntad, no parece imposible. Así, aunque tradicionalmente se entendía que los derechos de la personalidad no podían atribuirse a entes ficticios con personalidad jurídica, en este caso el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que efectivamente hay un interés en juego, que es la pretensión de la entidad de no sufrir desprestigios que interfieran en su aceptación por la sociedad, que puede entenderse amparado por el derecho al honor. Sin duda la respuesta habría sido muy diferente si se hubiera invocado el derecho a la intimidad en vez del honor. Puede entenderse que a una empresa le interese no sufrir un desprestigio inmerecido (que llevaría además a pérdidas económicas o a reducir su eficacia en el cumplimiento de sus fines sociales), sin embargo, resulta difícil atribuirle una vida privada o íntima. Mientras que puede insultarse a una compañía de seguros diciendo que es una estafadora, no cabe contar públicamente las enfermedades o la vida sexual de ninguna empresa o entidad, especialmente porque no existen.

Dicho esto, hay que señalar que no siempre que sea posible el ejercicio de un derecho por una persona jurídica ha de reconocerse dicha titularidad. Lo que quiero decir es que de que el derecho a la intimidad, por su propia naturaleza y definición, sólo pueda invocarlo un ser humano y en cambio el del honor sea susceptible de ejercicio por entidades, no se deduce automáticamente que cualquier ente ficticio pueda tener derecho al honor. Una cosa es que la intimidad *no pueda* predicarse de las empresas y otra que el honor *tenga* que ser atribuido a empresas y grupos. Así, por ejemplo, en ocasiones se ha defendido la posibilidad de que colectivos indeterminados (el pueblo judío, el colectivo homosexual, las mujeres...) puedan invocar un específico derecho al honor del grupo que permitiera responder frente a insultos o expresiones de desprestigio dirigidos contra ellos. La jurisprudencia lo ha aceptado en alguna ocasión pero la regla general es negarlo, no ya porque sea imposible imaginar que el pueblo judío tenga un honor específico, sino por los numerosos problemas que plantea a la hora de su reivindicación y porque podría suponer una excesiva limitación a las libertades de expresión e información.

En cuanto al derecho a la propia imagen, su atribución a entes de existencia meramente jurídica adopta una forma peculiar: las empresas, fundaciones o asociaciones no tienen un rostro o un cuerpo en sentido estricto. Sin embargo, sí que tienen otro tipo de signos identificadores como el nombre de la entidad, el logotipo, algún edificio significativo donde resida, etc. Evidentemente, al ordenamiento legal le interesa garantizar que nadie haga un uso comercial de estos signos —reflejo de la personalidad jurídica— sin el consentimiento de su titular: es un requisito básico para la seguridad en el tráfico jurídico. Se trata, pues, de un interés público muy similar al que subyace tras el derecho a la propia imagen. Sin embargo, visto que el valor último protegido no es en este caso reconducible a la idea de dignidad humana, ni al

deber de respeto a la vida o a los valores indisolubles a la persona, se ha optado por diversos modos de protección que no tienen, no obstante, valor de derecho fundamental. Así, toda la normativa mercantil relativa a marcas y patentes, igual que las que regulan los registros de asociaciones, entidades diversas y fundaciones, están dirigidas a la protección de los signos que hacen reconocibles a las personas jurídicas. Por ello, no cabe en principio hablar de derecho a la imagen de los entes sin existencia física, aunque un interés sustancialmente idéntico al de este derecho sí que les debe quedar protegido a través de otras normas emanadas del principio de seguridad jurídica.

En definitiva, las personas jurídicas sí pueden ser titulares del derecho al honor, no pueden serlo del derecho a la intimidad y disfrutan, por seguridad jurídica, de un ámbito de protección que equivale prácticamente al del derecho a la imagen. Cada uno de los derechos, pues, tiene a este respecto una eficacia distinta. Dependiendo de cuál se invoque en cada caso ante los tribunales de justicia, el resultado podrá ser uno u otro.

B) EL FALLECIMIENTO DEL TITULAR

También el supuesto de que el titular del derecho deje de existir sirve para ejemplificar la diversidad de regímenes jurídicos de cada uno de los derechos fundamentales recogidos en los artículos 18 y 20.4 CE. Sobre este peliagudo tema hay que dejar claro desde un principio que en buena lógica *los muertos no tienen derechos fundamentales*. Como ya se ha dicho varias veces, los derechos fundamentales surgen del reconocimiento del valor de la vida y la dignidad humanas. Tienen el más alto rango entre todas las normas del Estado precisamente porque son el fundamento que permite afirmar que todo el sistema jurídico se basa en el respeto a la persona. Por eso ha de reservarse la categoría para los supuestos en los que verdaderamente estén en juego las condiciones mínimas para asegurar una vida digna y valiosa dentro del Estado. En última instancia, el presupuesto para los derechos fundamentales en su sentido más clásico es, pues, la existencia de vida humana. Cuando un ciudadano fallece pierde automáticamente su personalidad jurídica y se «cosifica» convirtiéndose —para el derecho— tan sólo en un cadáver. Los cadáveres son objetos; los muertos, recuerdos. Sin embargo, el ordenamiento jurídico les otorga cierta protección en cuanto que evocan íntimamente a personas desaparecidas y constituyen por ello un reflejo del respeto a la dignidad humana que se propugna como objetivo de nuestro orden constitucional. Eso hace que aunque un cadáver no pueda tener derechos sí que es un objeto estrechamente protegido frente a actos que demuestran un claro menosprecio del sentido de la dignidad. Por ejemplo, las normas penales que sancionan la profanación de cadáveres no buscan tanto proteger la integridad corporal del muerto como un sentimiento general acerca del concepto de ser humano.

Del mismo modo que se protege así el cadáver, cabe también imaginar una protección de la *memoria comunitaria* de quien ya falleció. Y ésta es la vía que

permite hablar de protección jurídica del honor, intimidad o propia imagen del fallecido: no tanto como derechos fundamentales de quien ha muerto sino como bienes abstractos constitucionalmente relevantes. Pues bien, también de este modo reflejo, el alcance de la protección constitucional será diferente para cada uno de los derechos.

Fijémonos, por ejemplo, en el «caso Patiño» del que hablábamos hace algunas lecciones. Allí se consideraba irrelevante el detalle —incluido en un reportaje periodístico— acerca de que un piloto accidentado convivía extramaritalmente con una azafata que se encontraba en esos momentos embarazada de varios meses. En ese caso sí que resultaba razonable que recurriera la familia del piloto fallecido, porque a todos ellos les afectaba la divulgación de los problemas familiares del comandante Patiño.

Conviene aquí recordar que el reconocimiento constitucional del derecho a la intimidad habla de «intimidad personal y familiar». De esa expresión suele deducirse la idea de que la intimidad de cualquiera de los miembros de una familia puede afectar también a la de los demás, pues todos juntos forman una unidad con su propia intimidad, la familia. Si, por ejemplo, se cuenta de un fallecido que le era infiel a su mujer (igual que si se revela su homosexualidad) no se sacan a la luz tan sólo datos de la vida privada del muerto sino también de su familia. En este caso, los familiares no actuarían para reivindicar la dignidad del fallecido tanto como para reivindicar un derecho personal a que ciertas informaciones no trasciendan del ámbito familiar:

En agosto de 2005, en el programa de televisión *Aquí hay tomate* se difundieron una serie de manifestaciones relativas a la identidad del padre de don Gonzalo Miró mediante la emisión de una serie de reportajes con voz en *off* y a través de manifestaciones directas de ciertos «periodistas» que participaban en el debate suscitado al efecto. Así, en el programa *Aquí hay tomate* emitido el día 16 de agosto de 2005, la voz en *off* afirmaba: «Gonzalo Miró [...] esconde un gran secreto. Nunca se ha sabido la identidad de su padre. Pilar Miró se llevó el secreto a la tumba. Sin embargo, él siempre ha sabido quién es». En el programa emitido el día 17 de agosto de 2005 la voz en *off* del reportaje afirmaba: «Ayer la periodista Pilar Eyre desveló las iniciales del padre de Gonzalo Miró, J.L.B. Luego veremos unas imágenes comparativas donde podremos comprobar el parecido entre las dos personas». Estos comentarios se acompañan con sendas imágenes de los rostros de Gonzalo Miró y José Luis Balbín. A continuación, se decía «También hay quien dice que, salvo pequeños detalles, el hijo de la cineasta es idéntico a su padre... Los numerosos *affaires* del Pilar Miró le habrían servido para mantener en el anonimato la identidad del padre de su hijo». Como consecuencia de estas manifestaciones, don Gonzalo Miró presenta una demanda civil en su propio nombre y en el de su difunta madre.

A la hora de resolver este asunto en la STC 190/2013, el Tribunal Constitucional se ve obligado a recordar que «una vez fallecido el titular de estos derechos, y extinguida su personalidad [...] lógicamente desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional, que está encaminada a garantizar, como dijimos, un ámbito vital reservado, que con la muerte deviene inexistente» (STC 231/1988). No obstante, tratándose de la intimidad el derecho se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar. Así, «no cabe dudar que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra

sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad». De ese modo, cuando se hace pública la intimidad de familiares fallecidos, ello puede afectar al derecho propio del familiar superviviente. Al hacer públicas las relaciones afectivas o sexuales de su madre, también se está afectando al derecho a la intimidad del recurrente.

Frente a esto, la afectación del honor de un muerto difícilmente atañería también al de sus familiares, a no ser que estuvieran directamente aludidos. Por tanto, la reivindicación del honor de quien ya ha fallecido ha de adoptar la forma de «derecho a la memoria», es decir, derecho a que no se altere la imagen pública de una persona que ya ha fallecido ni la huella que dejó en sus familiares.

En buena lógica jurídica esto haría que una vez muerto el aludido no se pudiera defender su derecho al honor y el de la intimidad tan sólo pudiera ser reclamado en los casos en que estuviera también implicada la intimidad de sus familiares. Por lo que hace al derecho a la propia imagen, en razón de su contenido patrimonial, podría permitirse que a la muerte del titular el derecho siga existiendo, en manos de sus herederos. Aunque desaparezca la persona, la imagen en cuanto referencia externa a ella sigue viva (igual que la memoria) y nada impide que el derecho del titular a participar en las ganancias derivadas del uso de su imagen pase directamente a sus herederos. Es cierto que desaparecería la posibilidad de autorizar el uso consentido de la imagen por su titular, pero la posibilidad de obtención de beneficios no se altera. Así pues, el derecho a la imagen es fácilmente transmisible a los herederos, el de la intimidad puede invocarse en su vertiente familiar y el del honor debería desaparecer a efectos jurídicos con la muerte del sujeto.

Sin embargo, esta diferenciación de tratamiento jurídico según cuál sea el derecho que se invoque no tiene un reflejo real en la práctica judicial. En gran medida, a causa de la Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. La norma se dictó con la intención, vana, de concretar a qué se iba a considerar lesión de estos derechos fundamentales. En ese sentido, es una ley inútil desde su mismo nacimiento pues, como se sabe, no cabe especificar de una vez y con eficacia general conductas lesivas del honor, la intimidad o la imagen: en cada caso concreto habrá que tener en cuenta las circunstancias concurrentes, así como la intención del autor de la supuesta lesión, los posibles actos implícitos de renuncia, etc. Contradictoriamente, el efecto más directo de la ley fue la confusión entre los distintos derechos: en la mayoría de sus preceptos mezcla las violaciones de honor, intimidad e imagen como si fueran todas una. Además, en caso de fallecimiento del titular, establece la posibilidad de sucesión en los herederos para la reivindicación de sus derechos. Los jueces han acogido con entusiasmo esta previsión, seguramente porque ofrece un eficaz medio de impugnación frente a acciones que atentan contra el valor constitucional de la dignidad personal. Así se evita que queden sin sanción conductas constitucionalmente reprobables, obviando que para ello haya que encontrar derechos fundamentales donde realmente no los hay. En cualquier caso, la tendencia a la «patrimonialización» del honor y la intimidad —

que se hacen cada vez más equiparables socialmente a dinero— tampoco es ajena a este éxito de la pervivencia de los derechos incluso tras la muerte de quien los disfruta.

En los últimos años, el Tribunal Constitucional parece que empieza a tratar el hecho del fallecimiento del titular de la intimidad no como un problema de legitimación para recurrir sino como un elemento decisivo a la hora de valorar el daño producido:

En la novela semi-autobiográfica *Jardín de Villa Valeria* del escritor Manuel Vicent, editada por Santillana, S. A., se contiene un fragmento del siguiente tenor: «Bajo los pinos había jóvenes que luego se harían famosos en la política. El líder del grupo parecía ser Pedro Ramón Moliner, hijo de María Moliner, un tipo que siempre intervenía de forma brillante. Era catedrático de industriales en Barcelona, aparte de militante declarado del PSOE. Tenía cuatro fobias obsesivas: los homosexuales, los poetas, los curas y los catalanes. También usaba un taparrabos rojo chorizo, muy ajustado a las partes. Solía calentarse jugueteando libidinosamente bajo los pinos con las mujeres de los amigos para después poder funcionar con la suya como un gallo». Ello provocó que la viuda de la persona aludida en este pasaje, que ya había fallecido al publicarse la obra, demandase civilmente al autor y la editorial por vulneración del honor y la intimidad personal y familiar de su difunto marido (STC 51/2008).

Al resolver esta cuestión no se va a plantear ninguna duda en cuanto a que la viuda pudiera acudir a los tribunales, no defendiendo un derecho propio sino esgrimiendo un «interés legítimo» en que se protejan los derechos de su marido. Sin embargo, el Tribunal considera que el que haga ya once años del fallecimiento del aludido colabora decisivamente a mitigar una posible lesión de su honor.

a) Otros efectos de la distinción

Finalmente, para acabar de demostrar el distinto régimen de cada uno de los tres derechos, podrían traerse también a colación algunos otros aspectos. Nos limitaremos a enunciarlos. Así, a propósito del papel del *consentimiento* en la definición del ámbito protegido por cada uno de ellos. El ámbito de aplicación del derecho a la imagen viene profundamente marcado por la existencia o no de consentimiento de titular, hasta el punto de que el derecho se define como facultad de que no se use la representación propia sin consentimiento del titular. En cuanto a la intimidad, hay un aspecto de lo íntimo que aparece previamente determinado por la sociedad, pero se permite un margen de alteración producto del consentimiento explícito o implícito (a través de sus actos) del titular. El honor, en cambio, se define sin necesidad de tener en cuenta el consentimiento o no del titular en el desprestigio producido, aunque se excluyen los desprestigios cuya causa comprobada es su propia actitud. Frente a ello, mientras que en el derecho a la propia imagen la posibilidad de revocación de los actos de disposición sobre la misma es parte integrante del derecho, en el caso de la intimidad sucede lo contrario: cuando alguien revela algo a la opinión pública no puede pretender luego volver a traerlo al ámbito de su vida privada, sino que el hecho en concreto se convierte en algo público definitivamente.

También podría tomarse en cuenta la distinta trascendencia de la *intencionalidad* a la hora de determinar las conductas vulneradoras de estos derechos. Mientras que en el derecho a la intimidad no parece que sea necesario tomar en cuenta la intención de

quien revela unos datos íntimos (es suficiente con la mera divulgación de algo privado), cuando alguien utiliza una imagen ajena, la intención con la que lo haga es definitiva a la hora de decidir si se vulnera o no el derecho a la propia imagen del afectado. Si la intención es informativa y genérica, no cabe alegar violación constitucional de ese derecho. En cuanto al honor, la intención expresa de desprestigiar puede convertir en deshonrosas expresiones o informaciones aparentemente neutrales, aunque la norma general es la apreciación objetiva de aquello que es o no deshonroso sin necesidad de valorar la intención de periodista.

Podrían seguir trayéndose a colación aspectos (por ejemplo, la contenido prestacional por parte del estado que integra cada uno) que demuestran la necesidad de individualizar en cada caso cuál es el derecho afectado para poder valorar adecuadamente cuáles son sus condiciones de ejercicio y decidir cuándo ha sido violado. No obstante, por el momento lo que interesa esencialmente es dejar claro simplemente esta idea, sobre la que se volverá cuando hablemos de cómo se resuelven los conflictos entre estos derechos y la libertad de información.

3. LA PROTECCIÓN A LA INFANCIA

El artículo 20.4 CE habla también de la protección a la infancia como un límite a la libertad de información. En la práctica son escasísimos los casos en los que el Tribunal Constitucional ha aplicado este apartado del precepto. Quizás la explicación radica en que suscita inmediatamente un problema teórico trascendente: la protección a la juventud y la infancia no constituye ningún derecho fundamental con valor constitucional, claramente oponible a la libertad de información. De hecho, en el texto el constitucional tan sólo se encuentran alusiones a los niños y la juventud en el Capítulo III del Título Primero, es decir entre los principios rectores de la *política social*. Así, el artículo 39.4 CE al hilo de la protección a la familia establece que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por sus derechos»; por su parte, el artículo 48 CE impone a los poderes públicos promocionar la participación de la juventud «en el desarrollo político, social, económico y cultural».

Nótese que no se trata de derechos fundamentales de niños y jóvenes, sino de *mandatos dirigidos a los poderes públicos* para orientar sus políticas, que también informan la práctica judicial. De ese modo, es verdad que los jueces y tribunales pueden intervenir en especial a favor de los niños, para garantizarles su derechos internacionalmente reconocidos, pero se hace bastante difícil justificar que valores tan poco delimitados y, sobre todo, referidos a categorías genéricas puedan efectivamente constituirse en límite de la libertad de información, como no sea en tanto que manifestaciones del orden público constitucional. Puesto que en ocasiones no se trata de imponer un límite externo al ejercicio de la libertad de información, sino de armonizarla con otros derechos, se impone recurrir a construcciones más complejas para dotar de eficacia a la última referencia del artículo 20.4 CE.

A) EL VALOR CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN A LOS NIÑOS Y JÓVENES

La protección a la infancia tiene que ser considerada como uno de los valores esenciales de nuestro sistema constitucional. La Constitución descansa en el respeto a la persona, y ese respeto ha de incluir una especial protección en su etapa de formación. La infancia tiene especial trascendencia constitucional en tanto que implica un proceso de creación personal en el que el sujeto va madurando su conciencia y su personalidad. Esta visión evolutiva ha llevado con frecuencia a encontrar una referencia a la infancia en el artículo 10 CE cuando habla del «libre desarrollo de la personalidad» como fundamento del orden político. En verdad se trata de una cláusula importada del derecho constitucional alemán, donde sirve como principio general de libertad, de manera que el libre desarrollo sería la justificación genérica contra cualquier intromisión del poder público sobre los ciudadanos que no apareciera prohibida por ningún otro precepto de la Constitución.

En nuestro país, la jurisprudencia ha negado que de esa referencia del artículo 10 CE pueda deducirse una serie de dogmas de nuestro derecho que sirvan para declarar la inconstitucionalidad de ninguna norma. Por lo general se limita a usarla para explicar el sentido de algunos derechos: notablemente del derecho al honor, del que se dice que permite que el ciudadano pueda desarrollar normalmente su personalidad dentro de la sociedad sin sufrir injerencias indeseadas (STC 219/1992). Alguna vez, no obstante, el Tribunal Constitucional ha hallado también un valor prestacional al libre desarrollo de la personalidad que se acerca más a lo que aquí nos interesa ahora. Así, ha deducido de esa cláusula, por ejemplo, que la Constitución no sólo protege a la familia que se constituye mediante el matrimonio sino también a la familia como realidad social, entendida por tal la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable, de una pareja (STC 47/1993).

En el mismo sentido, resulta más que evidente que la etapa en la que la personalidad del ciudadano está más claramente en proceso de formación (por más que eso sea un proceso que no se acaba nunca en la vida) es la infancia. De ese modo, no es difícil entender que el libre desarrollo de la personalidad durante la infancia es un *valor constitucional* merecedor de una especial protección. La idea es que durante el tiempo en el que la personalidad del individuo está en formación resulta mucho más vulnerable a cualquier tipo de estímulos o injerencias *externas*. La personalidad se forma a través de la asimilación de experiencias y parece que la Constitución prohíbe que esas experiencias vengan impuestas al niño por personas ajenas al proceso educativo socialmente reconocido como tal. O sea, que socialmente los padres y educadores tienen la misión de orientar la personalidad del niño durante su formación, pero sólo ellos. En tanto que los estímulos provenientes de estos sujetos formativos no se salgan de lo habitualmente entendido como «educación del niño», sus opciones son jurídicamente inatacables. En cambio, cuando una persona de fuera de ese círculo pretende alterar la elección educativa de quienes están legitimados para ello, puede violarse el derecho al libre desarrollo de la personalidad del niño. En estos casos creo que puede realmente hablarse de un derecho fundamental del niño; aunque

no se formule expresamente en la Constitución, el artículo 10.2 CE faculta para interpretar nuestro texto constitucional de conformidad con los pactos internacionales suscritos por España, entre los que se encuentra el relativo a los derechos de la infancia. Puesto que se trata de un derecho al desarrollo libre de la personalidad, parece que podría entenderse implícitamente incluido en el de la intimidad. Veamos un ejemplo de en qué caso puede entenderse violado:

Don José Tous y doña María Antonia Abad, en nombre y representación de sus hijos adoptivos menores de edad, demandan a la revista *Pronto* por una entrevista publicada en la misma en la que se desvela la relación existente entre el hijo adoptado de ambos, don José Zeus Tous Abad, con la señora doña Gisela Martínez, quien dice ser su madre biológica. En ella, se alude a algo demostrado como veraz, que el matrimonio Tous-Abad pagó por el niño a la que dice ser su madre biológica. La revista responde que esta afirmación se sustenta en la calificación provisional evacuada por el Ministerio Fiscal en el sumario penal número 79/86 seguido ante el Juzgado de Instrucción número 1 de Alicante por la presunta existencia de una trama de venta de niños. Recuerda que en realidad, fueron los padres adoptivos, don José Tous y doña María Antonia Abad, quienes difundieron primero el dato de la adopción, mintiendo sobre el origen del menor en una rueda de prensa en la que dijeron haberlo adoptado en latinoamérica: Con posterioridad se divulgó la existencia de una investigación sobre una supuesta red de tráfico de niños en Alicante, en la que parecen resultar implicados los señores Tous-Abad. Con motivo de dicha información se hizo un gran despliegue informativo, dado el impacto público de los hechos y de quienes podían verse implicados en los mismos. La revista *Pronto*, próximo a celebrarse el juicio en el que doña Gisela Martínez era una de las principales implicadas, la localizó en la «barra americana» en que trabajaba, y concertó, previo pago de cierta cantidad, las declaraciones en cuestión.

Con la publicación indicada, puede llegar a oídos del niño que: uno, sus padres no son sus padres, sino que es adoptado; dos, la que es su madre biológica lo vendió a sus padres actuales; y tres, su madre biológica se mueve en ambientes cercanos a la prostitución. Claramente, el hecho de que un niño se entere de estas cosas afecta muy negativamente a la formación de su personalidad. La persona adulta resultante puede llegar a ser muy diferente de lo que sus padres y educadores querrían a causa de ello, por eso supone una vulneración de derecho al libre desarrollo de su personalidad. Nótese que si las mismas informaciones se la dan al menor sus propios padres, dentro de una decisión educativa, no se estaría afectando al mismo derecho. De modo similar a lo que sucedía con el derecho al honor, no es derecho a que no haya injerencias externas en la personalidad, sino derecho al control de esas injerencias.

B) LOS NIÑOS COMO OBJETO Y SUJETO DE LA INFORMACIÓN

A la hora de determinar en qué ámbitos ha de aplicarse la protección a la infancia conviene delimitar de un lado quién es el sujeto protegido y de otro cuáles son las informaciones o expresiones que pueden atacar su derecho. En cuanto a lo primero, puede pensarse tanto en la defensa de la juventud o la infancia en cuanto categorías genéricas, como en la protección de niños o jóvenes concretos. Como se ha visto, ambos casos no son iguales. Cuando se trata de la protección de un niño o joven en concreto, lo que se está invocando es un derecho fundamental, ya sea el del libre desarrollo de la personalidad, ya se entienda incluido en el de la intimidad. Cuando, en cambio, se habla de protección a la infancia lo que se quiere traer a colación es un

interés genérico, un mandato estatal, que tiene un valor limitador similar al que se pueda atribuir, por ejemplo, al concepto de orden público. Las lesiones al derecho fundamental son propias de las informaciones que *se refieren a niños o jóvenes concretos*, mientras que las del interés público son propias de informaciones *dirigidas a menores*. Veamos cada uno de estos casos.

Las informaciones referidas a menores pueden lesionar el derecho de éstos al desarrollo de su personalidad. Esto sucede cuando un medio de comunicación difunde datos relativos al menor que incidan negativamente en su crecimiento. Entre las intromisiones de este tipo cabe imaginar la publicación de fotografías en las que se asocie a un menor con una determinada práctica delictiva, la divulgación de hechos propios o familiares que impliquen alguna connotación socialmente negativa o constituyan un perjuicio previsible para su crecimiento, etc. Todas ellas son prácticas en las que concurre la divulgación de un dato —real o ficticio— con una incidencia dañina. O sea, que en cierto modo son similares a las conductas contrarias a la intimidad y en parte similares a las que atentan contra el honor. En todos estos casos puede originarse un conflicto de derechos: en ocasiones será necesario decidirse por sacrificar o el derecho del niño a su libre crecimiento o el del periodista a difundir libremente información.

De este modo, en los casos en los que se confronte el derecho de un menor a desarrollarse libremente con el de un periodista a informar sobre un hecho relevante y veraz relacionado con él, será necesario examinar todas las circunstancias que rodeen el caso para decidir si se protege a uno u otro. A priori, está claro que la información no gozará de protección constitucional si no es relevante o si es inveraz. Del mismo modo, el menor no puede alegar el derecho al libre desarrollo de su personalidad cuando la información no perjudique a éste de ningún modo. Así, por ejemplo, si aparece en un medio la fotografía perfectamente identificable de un menor pero en el marco de un reportaje sobre la familia feliz, o sobre la vuelta al colegio y sin connotaciones negativas. En cambio será cuando la noticia sea veraz y relevante pero a la vez el menor sufra una injerencia en su normal y libre desarrollo, cuando habrá que ponderar qué derecho se sacrifica y cuál se protege. Fuera de cada caso concreto se puede decir muy poco, así que son difícilmente imaginables leyes que regulen apriorísticamente informaciones prohibidas y permitidas en razón del derecho de los menores implicados.

En cambio, las publicaciones o informaciones dirigidas a menores no atentarán directamente contra un derecho fundamental, sino contra la protección de la infancia como interés público. Ello hace que no sea necesario acreditar una lesión explícita del derecho de ningún menor en concreto para restringir la información: basta con que se considere que puede ser lesiva de los derechos de la infancia. Así, puede prohibirse la exhibición de ciertos contenidos televisivos (violencia, sexo explícito, consumismo exacerbado, incitación al alcohol y el tabaco, etc.) en horario en el que la audiencia se integre claramente de niños. Como no es necesario ponderar específicamente cada caso concreto para decidir proteger un derecho u otro, en este terreno sí que caben leyes que limiten o restrinjan las informaciones, si bien tales normas —y su

aplicación— estarán sometidas eventualmente al control de Tribunal Constitucional respecto a si la restricción que introducen es razonable y proporcionada.

El señor R. L., dueño de la empresa editorial «Loguez Ediciones», ordenó en su día la publicación del libro titulado *A Ver*, destinado a la educación sexual de los niños, siempre a través de sus padres o tutores, por cuya publicación fue procesado junto con otras dos personas, mediante denuncia del Presidente de la Confederación Católica Nacional de Padres de Familia y Padres de Alumnos y otras 16 asociaciones más de carácter confesional-católico la mayoría de ellas, presentando querrela el Ministerio Fiscal e incoándose sumario por el delito de escándalo público. El señor R. L., formula recurso de amparo contra la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo y suplica se declare su derecho a publicar en España la obra titulada *A Ver*, la nulidad de todas las resoluciones que se lo han impedido, que menciona en su escrito, y, en consecuencia, que se le restablezca en la integridad de sus derechos, dejando sin efecto la intervención y decomiso de los ejemplares editados de la citada obra y de los fotolitos necesarios para su edición, declarando a favor del recurrente su derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas, opiniones e imágenes contenidas en la obra *A Ver*, y se declare en el momento procesal oportuno la inconstitucionalidad de los artículos 431 y número 5 del 566 del vigente Código Penal (STC 62/1982).

Para resolver esta demanda, el Tribunal Constitucional razona que el legislador puede castigar conductas que estarían en principio amparadas en el artículo 20 CE en aras de la protección a la infancia, siempre y cuando el castigo no sea desproporcionado. El criterio es que, de acuerdo con lo que dice el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los poderes públicos pueden adoptar medidas restrictivas de la libertad de información con el único requisito de que estén 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 CEDH (orden público, moralidad, protección juventud e infancia, etc.); por otra parte, la aplicación de tales medidas no podrá efectuarse más que con la finalidad para la cual han sido previstas.

En la actualidad, las normas generales que introducen limitaciones de este tipo tienen rango europeo, nacional y autonómico. Así, respecto a las transmisiones televisivas, cabe citar la directiva europea conocida como «televisión sin fronteras», que dedica su capítulo IV a la protección de los menores. El artículo 17 de la ley que la incorpora a nuestro ordenamiento (Ley 22/1995) es un ejemplo claro de limitación de las informaciones y emisiones en general dirigidas a menores:

[...]

2. La emisión de programas susceptibles de perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores sólo podrá realizarse entre las veintidós horas del día y las seis horas del día siguiente, y deberá ser objeto de advertencia sobre su contenido por medios acústicos y ópticos.

[...]

3. Al comienzo de la emisión de cada programa de televisión y al reanudarse la misma, después de cada interrupción para insertar publicidad y anuncios de televenta, una advertencia, realizada por medios ópticos y acústicos, y que contendrá una calificación orientativa, informará a los espectadores de su mayor o menor idoneidad para los menores de edad.

En el caso de películas cinematográficas esta calificación será la que hayan recibido para su difusión en salas de cine o en el mercado del vídeo, de acuerdo con su regulación específica. Ello se entiende sin perjuicio de que los operadores de televisión puedan completar la calificación con indicaciones más detalladas para mejor información de los padres o responsables de los menores. En los restantes programas, corresponderá a los operadores, individualmente o de manera coordinada, la calificación de sus emisiones.

[...]

4. En las emisiones realizadas por operadores de televisión bajo jurisdicción española, habrán de respetarse, en todo caso, los preceptos constitucionales.

Más genéricamente la Ley Orgánica de protección jurídica al menor (LO 1/1996), también dedica apartados al menor como receptor de informaciones, aunque se trata de una norma que, sin establecer sanciones ni prever medidas concretas difícilmente se aplicará como límite a la libertad de información; esencialmente es una guía de lo que los jueces podrán considerar como orden público general en materia de información destinada a la infancia. Es decir, se trata antes de una ley marco que de una norma restrictiva de la actividad periodística. Su artículo cinco recoge que:

1. Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo.
 2. Los padres o tutores y los poderes públicos velarán porque la información que reciban los menores sea veraz, plural y respetuosa con los principios constitucionales.
 3. Las Administraciones públicas incentivarán la producción y difusión de materiales informativos y otros destinados a los menores, que respeten los criterios enunciados, al mismo tiempo que facilitarán el acceso de los menores a los servicios de información, documentación, bibliotecas y demás servicios culturales.
- En particular, velarán porque los medios de comunicación en sus mensajes dirigidos a menores promuevan los valores de igualdad, solidaridad y respeto a los demás, eviten imágenes de violencia, explotación en las relaciones interpersonales o que reflejen un trato degradante o sexista.
4. Para garantizar que la publicidad o mensajes dirigidos a menores o emitidos en la programación dirigida a éstos, no les perjudique moral o físicamente, podrá ser regulada por normas especiales.

En el ámbito autonómico, puede citarse, por ejemplo, la Ley 1/1998 de la Junta de Andalucía de protección del menor. En esta ocasión, se trata de una norma más detallada. Curiosamente se recogen los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen del menor frente a los medios de comunicación, aunque sea simplemente para legitimar a la administración para informar al fiscal de violaciones de estos derechos detectadas. Por lo demás, insiste de nuevo en la tutela de la infancia, en general, como receptora de publicaciones y emisiones. Lo hace en el artículo siete:

1. Las Administraciones Públicas de Andalucía [...] fomentarán que los medios de comunicación social en sus difusiones para menores resalten los valores democráticos y solidarios, con especial atención al respeto a la propia dignidad humana.
 2. Las Administraciones Públicas de Andalucía velarán para que en los medios de comunicación social no se difundan programas o publicidad contrarios a los derechos de los menores y, en particular, se atenderá a que no contengan elementos discriminatorios, sexistas, pornográficos o de violencia. Igual vigilancia se extenderá a los sistemas informáticos de uso general o cualesquiera otros derivados de la aplicación de nuevas tecnologías.
 3. Las Administraciones Públicas de Andalucía promoverán cuantas acciones sean necesarias para evitar que las imágenes de los menores aparezcan en espacios o anuncios publicitarios en los que se vulneren sus derechos e, igualmente, impedir que su participación en los mismos pueda perjudicarles moral o físicamente.
 4. La publicidad en los medios de comunicación social no perjudicará moral o físicamente a los menores, debiendo respetar, a tal efecto, la legislación específica sobre la materia.
- Del tiempo máximo que puedan dedicar a la publicidad los medios televisivos, sólo podrá emplearse hasta un veinte por ciento para inserciones dirigidas a los menores.
5. El lenguaje y los mensajes contenidos en la información y publicidad destinada a los menores deberán adaptarse a los niveles de desarrollo de los colectivos a quienes se dirijan.
 6. Para el cumplimiento y seguimiento de lo previsto en el presente artículo, se establecerá la necesaria colaboración entre las Administraciones Públicas de Andalucía y los medios de comunicación social, especialmente en aquellos supuestos en que se produzca un grave perjuicio para la adecuada formación de los menores receptores de la información o publicidad.

Esta normativa, sin embargo, incurre en un defecto que ilustra muy bien la diferencia entre los menores como titulares de un derecho individual oponible a la

libertad de información y el deber general de respeto a la infancia como destinataria de información: a la hora de fijar sanciones administrativas, considera como infracción grave el «difundir o utilizar por parte de los medios de comunicación social la identidad o imagen de los menores cuando ello suponga una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación o sea contrario a sus intereses, aun cuando medie su consentimiento o el de sus representantes legales». Evidentemente para hacer efectiva esta sanción será necesario en cada caso ponderar adecuadamente entre la libertad de información y los derechos supuestamente vulnerados al menor. Tan sólo cuando deban prevalecer los derechos del menor concreto podrá acordarse la sanción. Frente a ello, si se trata de prohibiciones genéricas sobre informaciones dirigidas a menores, las sanciones pueden acordarse desde que se compruebe que se ha realizado el acto prohibido, sin necesidad de ponderar en concreto.

BIBLIOGRAFÍA

Sobre los tres derechos en conjunto hay numerosas obras y artículos, si bien la inmensa mayoría no se detienen en definirlos como realidades separadas, sino que prefieren analizarlas en su conjunto. Eso reduce enormemente su utilidad real. Aun así, puede consultarse como primera lectura el artículo de Javier PARDO FALCÓN, «*Los derechos del artículo 18 CE en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*» *REDC*, n.º 34, 1992.

Entre las obras globalizadoras una de las más utilizadas es la de Fernando HERRERO-TEJEDOR, *Honor, intimidad y propia imagen*, Colex, Madrid, 1994. Del mismo tenor, Antonio MAGDALENO ALEGRÍA, *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de derecho*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2006. También Lucrecio REBOLLO DELGADO, *Límites a la libertad de comunicación pública*, Dykinson, Madrid, 2008.

Para conocer las líneas maestras de la jurisprudencia, como obra esencialmente de consulta, puede usarse la de José Luis CONCEPCIÓN RODRIGUEZ, *Honor, intimidad e imagen: un análisis jurisprudencial de la LO 1/1982*, Bosch, Barcelona, 1996.

Específicamente sobre el derecho al honor, uno de los estudios más «clásicos» es el de María Luisa BALAGUER CALLEJÓN, *El derecho fundamental al honor*, Tecnos, Madrid, 1992. También, Tomás VIDAL MARTÍN, *El derecho al honor y su protección desde la Constitución Española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

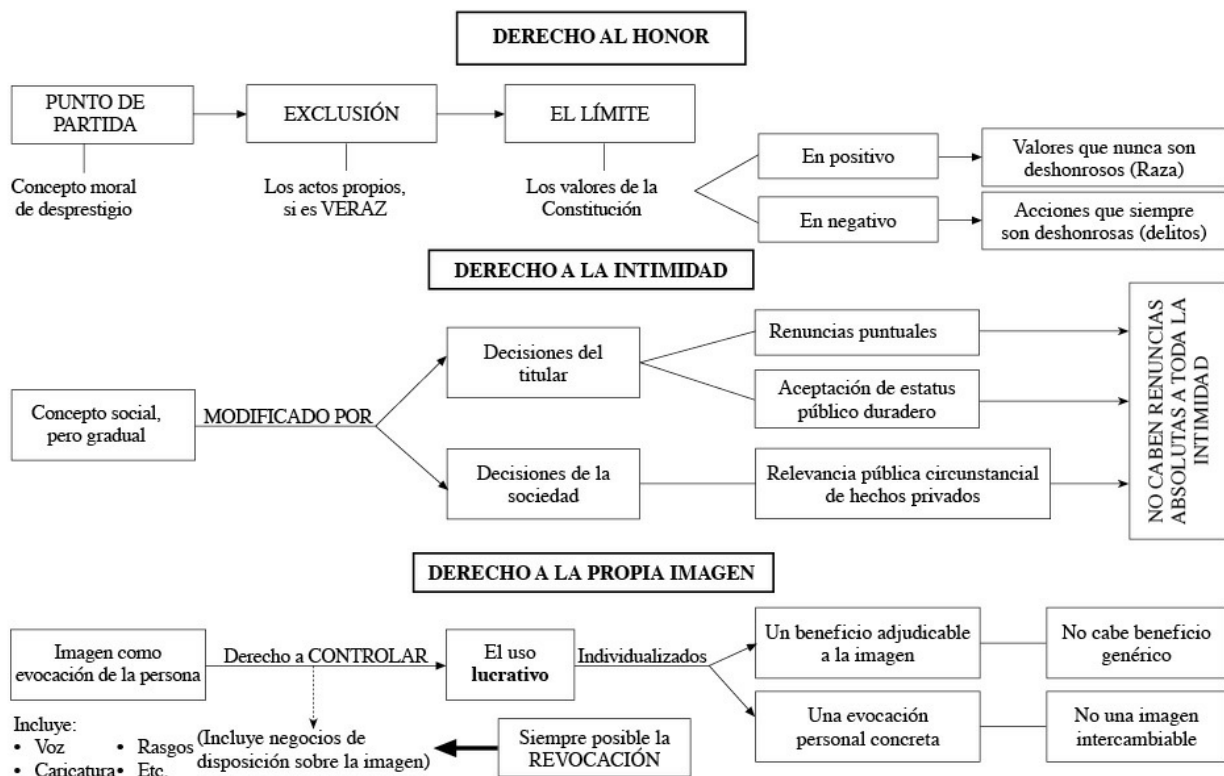
Sobre el derecho a la intimidad resulta ilustradora —aunque detallista y de marcado enfoque civil— la obra de Ana Laura CABEZUELO ARENAS, *Derecho a la intimidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998. Más constitucional, la de Antonio FAYÓS GARDÓ, *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000. Con posterioridad se han publicado también las obras de Mercedes GALÁN JUÁREZ, *Intimidad: nuevas dimensiones de un*

viejo derecho, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2005; Manuel MEDINA GUERRERO, *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; y Aurelia María ROMERO COLOMA, *La intimidad privada: problemática jurídica*, Scientia Iuridica, Madrid, 2008.

Menos estudiado que los otros dos, a finales de los años noventa se publicaron casi simultáneamente varias obras sobre el derecho a la propia imagen que resultan interesantes: Ana AZURMENDI ADARRAGA, *El derecho a la propia: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Cívitas, Madrid, 1997; Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ, *El derecho a la propia imagen*, Tecnos, Madrid, 1997; también, con otra perspectiva, María E. ROVIRA SUEIRO, *El derecho a la propia imagen (especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito)*, Comares, Granada, 2000.

Sobre los temas más específicos también abunda la bibliografía. Así, puede citarse, por ejemplo, Aurelia María ROMERO COLOMA, *Honor, intimidad e imagen de las personas jurídicas*, Montecorvo, Madrid, 1996; Teresa MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, «El derecho al honor de las personas jurídicas», en *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 55-77; María Eugenia BODAS DAGA, *La defensa post mortem de los derechos de la personalidad*, Bosch, Barcelona, 2007.

En cuanto a la protección del menor, se trata sorprendentemente de un tema poco estudiado por la doctrina. Para tener una primera perspectiva jurídica, puede consultarse: María LINACERO DE LA FUENTE, *Protección jurídica del menor*, Montecorvo, Madrid, 2001. También es de utilidad el artículo de Marta SALANOVA VILLANUEVA, «Tutela y protección de menores en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Aranzadi Civil*, T. I (2003), pp. 1945-2005.



¹ Se trata del artículo 7.7 de la LO 1/1982 que considera ilegítima, desde el punto de vista del derecho al honor, «la imputación de hechos o manifestación de juicios de valor [...] que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona [...] atentando contra su *propia estimación*».

² Más recientemente, una Sentencia del TEDH condena a España con la consideración de que los malos olores que penetran en una vivienda como consecuencia de un cercano vertedero atentan contra su derecho a la intimidad. Vid. STEDH asunto «López Ostra».

LECCIÓN NUEVE

LÍMITES DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y CONFLICTO DE DERECHOS

SUMARIO: 1. LOS DERECHOS Y SUS LÍMITES: EL CASO DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN.—A) *Restricciones verticales de derechos fundamentales.*—B) *Los conflictos entre derechos.*—2. LA PONDERACIÓN DE DERECHOS.—A) *El caso «Soria Semanal».*—B) *El supuesto valor preferente del derecho a la información.*—C) *La práctica de la ponderación.*—3. LAS RELACIONES HONOR-VERACIDAD E INTIMIDAD-RELEVANCIA PÚBLICA.—BIBLIOGRAFÍA.

1 LOS DERECHOS Y SUS LÍMITES: EL CASO DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN

Ya vimos que el artículo 20.4 CE dice que la libertad de información «tiene su límite» en el respeto a otra serie de derechos. Esta afirmación plantea más problemas de los que resuelve, porque en realidad lo que hace es anunciar la posibilidad de un choque entre el derecho a informar y los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, sin aportar soluciones. El artículo 20.4 CE viene a decirnos que uno no puede ampararse en el ejercicio de las libertades de expresión e información para lesionar cualquiera otro de los derechos que también están en la Constitución. Lo que no indica es cómo se sabe hasta dónde puede llegar la protección de cada uno de los derechos y a partir de qué punto se convierte en lesión del otro.

Esta preocupación por dejar claro que la libertad de expresión no es una patente de corso que permita decir impunemente cualquier cosa que se le ocurra a uno, viene de antiguo. En el artículo 11 de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano, aprobada en agosto de 1789 en Francia, se establece la libertad de comunicar ideas y opiniones «pero se deberá responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley». Es decir, la libre información tenía límites y la ley era la encargada de establecer cuáles. No obstante, mientras que la tendencia histórica fue incidir en la prohibición de abusar del derecho, sin aludir a los otros bienes posiblemente perjudicados, en la actualidad se prefiere la idea de que la única limitación posible de la libertad de información es la que se deriva de la protección de otros derechos y bienes que tienen su mismo rango constitucional. Eso no es más que un efecto del desarrollo de la noción de derechos fundamentales: inicialmente el poder político podía poner cortapisas de cualquier tipo a los derechos fundamentales y actualmente sólo es la propia Constitución la que puede hacerlo.

Así pues, nuestro artículo 20.4 CE es exponente de un concepto muy contemporáneo de derechos fundamentales: son derechos que vinculan al legislador y cuyo contenido constitucional es inalterable y debe respetarse por todos los poderes del Estado; sus únicos límites son los que derivan de la concordancia interna de la

propia Constitución, para asegurar el máximo de vigencia a *todos* los derechos. Sin embargo, no todos los textos jurídicos modernos han asumido unánimemente el valor del concepto actual de derechos fundamentales. Así, el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos incluye toda una sarta de limitaciones posibles a los derechos, basadas en intereses sociales difusos: «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 la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos»; este listado sería inconsecuente en derecho español porque aquí el ejercicio de los derechos sólo puede restringirse para la protección de otros bienes protegidos por la propia Constitución. Esta diferencia sólo se manifiesta a la hora de explicar cuáles son los intereses por los que se puede limitar el ejercicio de un derecho. El resultado de la limitación, sin embargo, es bastante similar en todos los países de nuestro entorno jurídico: de un modo u otro, está claro que en todos sitios la libertad de información queda sometida a parecidas restricciones. Así, la invasión tanto del derecho al honor como del de la intimidad puede volver ilícita una noticia en cualquier país. También en todos los países existen normas relativas a revistas que sólo pueden dirigirse al público adulto o películas que sólo se pueden exhibir en determinadas salas de cine. Lo que cambia de un lugar a otro es la intensidad de este tipo de limitaciones y, sobre todo, la explicación de por qué se hacen, en coherencia con el valor que en cada lugar se dé al concepto de derechos fundamentales.

No es fácil construir una teoría de la limitación de derechos fundamentales. Mucho menos exponerla brevemente. De hecho, el principal problema de la teoría general de los derechos fundamentales es integrar la necesidad de armonizar los derechos entre sí y con otros bienes, junto al carácter vinculante de su contenido, resistente al legislador. Por un lado hay que reconocer que ningún derecho fundamental puede entenderse ni ejercerse ilimitadamente, por otro hay que determinar en qué consiste exactamente el derecho como bien jurídico inalterable. Hoy día apenas es posible explicar de manera satisfactoria el funcionamiento de esta dualidad. Sólo existen algunas «grandes teorías» sobre la limitación de derechos que intentan aportar una solución. Como punto de partida se hace necesario distinguir entre las limitaciones previas, incluidas en la configuración jurídica del derecho (en su misma definición) y limitaciones posteriores, derivadas de la articulación entre el ejercicio de derecho y el del resto de derechos. O sea, que las restricciones que puede sufrir un derecho fundamental son, esencialmente, de dos tipos: *restricciones verticales*, operadas por una norma al regular el ejercicio del derecho, como fruto de las necesidades del orden público constitucional; y *conflictos horizontales*, en los que un derecho fundamental sufren limitaciones a causa de la necesidad de articular su existencia con la de otros derechos. Hablamos de restricciones verticales cuando se trata de normas jurídicas que al establecer cómo se utilizan los derechos fijan una serie de supuestos prohibidos. Los conflictos horizontales, en cambio, se producen entre derechos iguales por problemas de desajuste cuando ambos se intentan utilizar de manera enfrentada. Aquí nos interesará, sobre todo, explicar cómo se solucionan los casos de conflictos entre libertad de información y derecho al honor. Sin embargo,

para ello, conviene aclarar antes cómo funcionan las limitaciones previas.

A) RESTRICCIONES VERTICALES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

A partir del tenor literal de los preceptos de la Constitución, nuestro principal reto teórico en este punto va a ser diferenciar entre tres conceptos muy similares: limitación, delimitación del contenido y regulación del ejercicio.

En nuestro sistema constitucional parece *prohibida la limitación de derechos*, en el sentido de que los derechos son lo que son, y su fuerza radica, precisamente, en que no pueden ser restringidos ni limitados por el poder en perjuicio de los ciudadanos. Esta idea, en la práctica, es más que nada una declaración de intenciones: inmediatamente se dice que aunque la limitación está prohibida, *sí es posible la delimitación*, que sería la operación por la cual se aclara cuál es el contenido de un derecho. O sea, que los poderes públicos no pueden atentar contra los derechos fundamentales, pero sí pueden especificar en qué consisten los derechos fundamentales. Por ejemplo, no está permitido negar el derecho de manifestación, pero sí se puede especificar que no ampara las manifestaciones espontáneas que obstaculicen el tráfico de vehículos. Esta especificación la hace el legislador, a través de sus normas, y con el límite de no establecer un contenido excesivamente reductivo, en cuyo caso el Tribunal Constitucional podría decidir que la delimitación del contenido, se ha convertido en ataque contra el derecho. En último lugar estaría la *regulación del ejercicio*, que es la fijación estatal de los requisitos necesarios para ejercer el derecho: así, el Estado puede fijar en qué ventanilla hay que informar previamente cuando se quiera convocar una manifestación y con qué plazo, si que ello suponga entrar en el contenido del derecho de manifestación, sino tan sólo ordenar de qué manera se puede utilizar.

Aplicado todo esto a la libertad de información hay que entender que el legislador no puede establecer límites a la libertad de información: no puede establecer que la libertad de información no cubra la difusión de informaciones veraces y públicamente relevantes a través de cualquier medio de difusión y sin incluir insultos. En cambio, sí puede delimitar la libertad de información y decidir que no está incluido en ésta, por ejemplo, la difusión de informaciones televisivas pornográficas en determinados horarios, o la emisión radiofónica en determinadas frecuencias. Por último, puede también fijar los requisitos para el ejercicio de la libertad, indicando, por ejemplo, cómo y cuándo se ha de pedir autorización para crear una emisora de televisión, o el porcentaje de accionistas extranjeros que se permiten en un medio de comunicación.

Como, en verdad, la discrepancia entre lo que inicialmente se define como el derecho fundamental y lo que finalmente se puede ejercer llega a ser en algunos casos muy notable, se hace necesario acudir a una explicación teórica que aúne ambas realidades. A partir de ahí surge la idea de que los derechos fundamentales tienen dos funciones, y dos contenidos: de una parte sirven como *derechos de los ciudadanos* invocables ante los tribunales de justicia; y en este sentido su contenido efectivo es el que se deriva de todas las normas que los regulan. De otra parte son *mandatos a los*

poderes públicos para orientar la organización de la sociedad y en ese sentido su contenido es un ideal, integrado por la definición del derecho como si no tuviera límites. El *contenido ideal* de la libertad de información es la libre difusión de informaciones veraces y relevantes. Su *contenido efectivo* implica que en el caso de las emisiones radiofónicas por ondas —por poner un ejemplo— hace falta obtener una licencia administrativa para poder difundir libremente información veraz y relevante.

En las lecciones anteriores hemos visto bastantes ejemplos de restricciones verticales y cómo funcionan. Así, el orden público constitucional, aconseja limitar la libertad de creación de medios de comunicación estableciendo límites en cuanto a la concentración de medios en una misma persona o en cuanto a la cantidad de emisoras por ondas electromagnéticas permitidas. En esos casos era el Estado el que, a través de sus leyes, tenía que especificar cómo se ejerce la libertad de información. Las restricciones eran legítimas en la medida en que se basaban en la protección de bienes constitucionales como es el pluralismo o el principio de igualdad en cuanto a la creación de radios y televisiones. Además hacía falta que las medidas legales en defensa del pluralismo no fueran irrazonables, estableciendo restricciones desproporcionadas a la libertad informativa; de ese modo, serían inconstitucionales —por ejemplo— las leyes que, para garantizar el pluralismo, prohibieran absolutamente las emisoras de televisión o radio. Hemos visto también que el orden público constitucional puede restringir la libertad de información para proteger a la infancia. En ese caso, las prohibiciones de dirigir ciertos contenidos a menores o la de exhibir ciertos productos en cualquier sala cinematográfica resultan constitucionales en primer lugar porque tratan de proteger un bien constitucionalmente protegido, el desarrollo de la infancia y en segundo lugar porque no lo hacen de manera desproporcionada. La difusión de productos pornográficos no está prohibida totalmente, sino tan sólo cuando se hace de manera que los menores pueden acceder a ella.

En definitiva, la libertad de información puede sufrir restricciones apriorísticas en su ejercicio pero sólo son legítimas si cumplen con una serie de requisitos: deben venir previstas en una ley, tienen que utilizarse para la defensa de un bien protegido constitucionalmente y no pueden suponer la afectación desproporcionada del derecho en cuestión, yendo más allá de lo necesario. Cuando se den estos tres requisitos el informador queda sometido a lo que determinan las leyes y no puede ejercer su derecho más allá. Si no se dan podrá recurrir cualquier medida contraria a su libertad de información por ser inconstitucional, hasta conseguir que se anule. Así, en esos casos serán los tribunales ordinarios, o el propio Tribunal constitucional a través de un recurso de amparo, los que ordenen que no se cumpla la restricción por ser contraria al artículo 20 CE. Da igual que sea una limitación contenida en una norma con rango de ley, puesto que el valor de los derechos constitucionales es, precisamente, su primacía frente a la ley.

Posteriormente, puede suceder que aunque el ciudadano cumpla con los requisitos legítimos la información tampoco quede protegida por la Constitución. Esto sólo se

puede deber al choque de su derecho con otros.

B) LOS CONFLICTOS ENTRE DERECHOS

En principio, cada derecho fundamental protege al ciudadano en un ámbito distinto de la realidad. Por eso hemos dicho que no hay dos derechos iguales; porque no puede haber dos derechos que regulen el mismo aspecto de la vida de una persona. Esta idea podría llevar a pensar que tampoco son posibles conflictos entre derechos, y ciertamente en la mayoría de las situaciones es así. Visualmente, puede decirse que los derechos fundamentales del ciudadano son como las piezas de un puzle: todas juntas configuran el estatuto jurídico de la persona y cada una de ellas encaja perfectamente con las otras, sin que se produzcan solapamientos. Una misma actividad de la vida no puede estar regulada por dos derechos a la vez, de modo que —en principio— nunca se plantearía el dilema de tener que elegir entre proteger un derecho u otro: siempre será posible proteger a todos los derechos a la vez, sin que entren en colisión. Esta visión ideal y pacífica no es tan ingenua como podría parecer; teóricamente se sustenta en el «principio de concordancia práctica de la Constitución», que exige interpretar el texto constitucional de modo que ninguno de sus artículos entre en contradicción con los otros. En última instancia, se quiere entender la Constitución como un conjunto armónico dotado de lógica interna racional en el que cada derecho y cada mandato ocupan su propio lugar, perfectamente consecuente con el de los demás. Como construcción ideal, éste es el único punto de partida válido: los derechos nunca chocan entre sí.

Aun así, en la realidad se producen en ocasiones auténticos conflictos normativos. Son situaciones en las que resulta completamente imposible reconocer y proteger simultáneamente dos derechos porque su ejercicio enfrentado obliga a optar por uno u otro. No hay que deducir inmediatamente que se trate de supuestos de antinomia constitucional (normas opuestas entre sí) sino que constituyen ejemplos en los que la interpretación de la Constitución no puede hacerse de manera apriorística para determinar la norma aplicable. Es decir, en esos casos hay que esperar a ver las circunstancias concurrentes para poder determinar qué ordena la Constitución. De cualquier manera, cuando dos derechos se ejercen dentro de lo establecido por las leyes y la Constitución y sin embargo resulta imposible garantizar ambos jurídicamente de modo que hay que elegir entre sacrificar uno u otro, estamos ante un *verdadero conflicto de derechos*. En lo que en este curso nos interesa, los conflictos más habituales se producen entre la libertad de información y los derechos al honor, la intimidad, la propia imagen y el libre desarrollo de la infancia.

Lo más importante, evidentemente, es saber cómo se resuelven. De entrada, hay que señalar que no es lo mismo un conflicto meramente aparente que uno real. En la práctica, la mayoría de conflictos no son tales y la delimitación del contenido de cada uno de los derechos que ha ido haciendo el Tribunal Constitucional hace que en la mayoría de litigios se termine decidiendo que no cabía invocar la libertad de información, o que no cabía invocar el otro derecho. Veamos estos *conflictos*

aparentes un poco más detalladamente.

En las lecciones anteriores nos hemos detenido en los requisitos para el ejercicio legítimo de todos los derechos fundamentales citados. Lo primero que se hace ante un conflicto en potencia es comprobar que se dan todos. Así, si un periodista al que se le reprocha que sus informaciones han vulnerado el derecho al honor o la intimidad de otra persona quiere alegar que él estaba ejerciendo su legítima libertad de informar deberá demostrar: que lo publicado es veraz, o sea, que al menos ha sido contrastado suficientemente; que es relevante públicamente, en el sentido de que tiene trascendencia para el desarrollo de la sociedad; que no contiene insultos; que se ha transmitido a través de un medio institucionalizado de comunicación; que la información se consiguió legítimamente. Si falla alguno de estos requisitos no podrá haber conflicto, puesto que no estará en juego la libertad de información. Del mismo modo, si se alega el derecho al honor, deberán cumplirse los requisitos que se exigen para invocar el derecho al honor: que haya un descenso en la consideración ajena; que no se deba a actos propios del titular, etc. Igual sucede con cualquier derecho que se haya invocado. Normalmente con esta comprobación bastará para resolver la inmensa mayoría de los aparentes conflictos.

Así, si resulta que de los derechos enfrentados uno no cumple con sus requisitos constitucionales y el otro sí, pues está claro cuál es el que prima: ese único protegido en la Constitución de entre los que aparentemente chocaban. Este modo de resolución de problemas es el más deseable constitucionalmente; el establecimiento de requisitos para el ejercicio de cada uno de los derechos se hace con el objetivo de facilitar esta delimitación: normalmente, cuando se exige un requisito para un derecho es para excluir la invasión de otro. Por ello, si se dice que la libertad de información ha de versar sobre hechos relevantes públicamente es para evitar lesiones del derecho a la intimidad, puesto que lo íntimo es —precisamente— lo que no resulta relevante públicamente. Igual sucede con la veracidad, que pretende excluir la vulneración del derecho al honor: si es cierto que el descenso en la consideración ajena se debe a la acción del propio titular, no puede alegarse lesión del honor. En definitiva, que la arquitectura constitucional de los derechos se hace intentando que los posibles conflictos sean siempre aparentes, intentando —pues— que sea imposible que una misma información esté a la vez protegida por la libertad de información y prohibida por el derecho al honor o la intimidad. La manera más habitual de resolver un conflicto aparente es también la más fácil: comprobar cuál es el único derecho aplicable.

Pero también puede resultar que al realizar la operación de comprobación de requisitos se descubra que no se dan los de ninguno de los derechos. Es decir, que no haya en juego ni libertad de información, ni derecho al honor, por ejemplo. ¿Cómo se solucionan estos casos?

En noviembre de 2000, en el periódico norteamericano *San Jose Mercury News*, el redactor en prácticas Eric Drudis publica una serie de reportajes. Uno de ellos es relativo a las fiestas «rave» en el campus de la Universidad de Berkeley. Incluye entrevistas con cuatro estudiantes que explican sus motivaciones para acudir a las fiestas y cuentan cómo se desarrollan las mismas, confesando algunos el consumo de drogas durante las celebraciones. Posteriormente se descubre que Eric Drudis ha inventado

los reportajes y las entrevistas. Un estudiante de otra Universidad, con el mismo nombre de uno de los presuntamente entrevistados interpone una demanda por vulneración de su derecho al honor, dado lo inveraz de la información.

¿Cómo debería resolverse la demanda? Evidentemente, no puede hablarse de libertad de información, puesto que lo publicado no cumple el requisito de la veracidad. Sin embargo, tampoco puede hablarse de derecho al honor, puesto que la persona que lo reclama no ha experimentado ningún tipo de descenso en la consideración que los demás tienen de él a causa del falso reportaje; nadie ha podido confundirlo con el personaje inventado. Así pues, no está en juego ninguno de los derechos fundamentales alegados, ni por una parte, ni por la otra. La solución entonces es la aplicación del principio de libertad, es decir del mandato constitucional de permitir todo lo que no esté expresamente prohibido. En este caso ese mandato se plasma en el derecho a la libertad de expresión que funciona a modo de «coche escoba», amparando las publicaciones que sin cumplir los requisitos de la libertad de información tampoco lesionan a otros derechos o intereses. La Constitución permite difundir libremente opiniones falsas o inventadas, con apariencia de hechos, siempre que no perjudiquen a nadie. Del mismo modo, se ampara la difusión de opiniones con apariencia de datos sobre hechos absolutamente carentes de relevancia pública siempre y cuando no causen ningún daño concreto a alguna persona. Así, desde el punto de vista constitucional, la publicación de nuestro ejemplo es perfectamente lícita y los reproches que se le hacen resultan infundados a pesar de que sea evidentemente falsa. Igual pasaría si lo que ha publicado es una información sobre el color de uñas de una famosa: no reúne los requisitos de la libertad de información, pero está permitido como ejercicio inocuo de la libertad de expresión.

La tercera posibilidad es la más complicada, pero no la más frecuente: que resulte que el conflicto no es aparente, sino real, y que hay ciertamente dos derechos, ejercidos con todos sus requisitos, enfrentados. Es una situación complicada porque entonces la protección de cualquiera de los derechos fundamentales implica el sacrificio de otro. ¿Cómo es posible que se den casos de éstos? Pues porque la delimitación entre el contenido de uno y otro derecho que se realiza estableciendo requisitos de ejercicio no es perfecta, sino meramente aproximativa. O sea que, por ejemplo, la veracidad no es igual que la verdad y ello hace que a veces se publiquen noticias falsas pero veraces que afectan a la reputación de una persona. En tal caso — y es tan sólo un ejemplo— la libertad de información protege lo publicado mientras que el derecho al honor protege lo contrario, puesto que no es cierto que la persona aludida haya realizado actos propios que le hayan hecho descender en la consideración ajena. Recuérdese, como caso ilustrativo, el asunto de los nudistas apaleados en el que un periódico informaba *verazmente* de unos hechos atribuidos a un sacerdote pero que éste no había cometido. El sacerdote sufría una desconsideración a causa de algo que no le era atribuible a sí mismo. Conflictos de este tipo se plantean también cuando está en juego el derecho a la imagen de una persona por un uso comercial que a la vez tiene carácter informativo; o en informaciones veraces y relevantes que afecten al libre desarrollo de menores, por

citar sólo algunos ejemplos.

Veamos, pues, cómo se solucionan este tipo de conflictos. Desde el principio el Tribunal Constitucional recurre a un modo de razonar conocido como ponderación, cuyo contenido, no obstante, se ha ido elaborando y variando jurisprudencialmente a lo largo de bastante tiempo.

2. LA PONDERACIÓN DE DERECHOS

De nuevo nos enfrentamos a un término ambiguo por polisémico. La palabra ponderación es un genérico que frecuentemente se utiliza para cualquier modo de resolver los conflictos de derechos, sea el que sea. Es decir, que el Tribunal Constitucional habla de ponderación tanto cuando cree que los conflictos se arreglan imponiendo un derecho *fuerte* frente a otro *débil*, como cuando cree que es necesario hallar un equilibrio entre ambos porque todos tienen la misma importancia constitucional. Inicialmente, ponderar implicaba evaluar, tener en cuenta factores extrajurídicos, valorar la realidad. Se trataba de armonizar el ejercicio práctico de los derechos; en definitiva, lo que la Real Academia define como «contrapesar, equilibrar». Puesto que no hay acuerdo en el modo de efectuar estas operaciones, la palabra perdió cualquier contenido sustancial. Entonces pasó a utilizarse para el proceso por el que se comprobaban una serie de requisitos que debe tener cualquier restricción de derechos, en el convencimiento de que no eran posibles dos restricciones legítimas enfrentadas. Hoy día, se habla de ponderación para denominar a, cualquier proceso por el que se decida qué derecho se sacrifica, y cómo, cuando en un caso determinado chocan varios contrapuestos.

Dicho esto, interesa destacar que a lo largo del tiempo de existencia del Tribunal Constitucional se ha producido una evolución clarísima en cuanto a la manera de resolver los conflictos entre los derechos del artículo 18 y los del 20, de la Constitución. Es decir, en cuanto al modo de ponderar los derechos que en este curso nos interesan. En ella hay que destacar dos etapas significativas, coincidentes con el antes y el después de una Sentencia del Tribunal Constitucional. Se trata de la STC 104/1986, dictada en el asunto conocido como «Soria Semanal».

A) EL CASO «SORIA SEMANAL»

Hasta 1986, la doctrina imperante en nuestro país era que la Constitución imponía que, en caso de conflicto, la libertad de información tenía siempre que ceder ante los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen. Así, en una Sentencia de 1983, se decía que «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 otro derecho fundamental consagra el artículo 18.1 CE». Sin embargo, la verdad es que el Tribunal Constitucional nunca tuvo ocasión de resolver un

conflicto entre estos derechos basándose exclusivamente en el criterio de la preferencia del derecho al honor.

De hecho, en la primera ocasión en la que parecía presentarse el problema fue cuando el Tribunal Constitucional afirmó que la libertad de información no queda siempre sometida al derecho al honor. Se trataba de un caso bastante sencillo:

El sábado 14 de abril de 1984, el periódico *Soria Semanal*, en su sección «Fin de semana-humor» publica un artículo sin firma que, por medio de un artificio literario, versaba sobre un árbol plantado por la autoridad municipal y algunas supuestas irregularidades —con el árbol de pretexto— como expresión humorística de unos hechos, para criticar la gestión urbanística del alcalde de Soria. A raíz de la denuncia presentada posteriormente por éste, el periodista Don Antonio Hernández García reconoció ser autor del artículo en cuestión. En su escrito de alegaciones a la denuncia defiende que el tono crítico y humorístico del artículo periodístico no contenía propósito deliberado de perjudicar la reputación o buena fama del alcalde, y que el periodista sólo hizo uso de su libertad de expresión con ánimo de crítica a una gestión pública. El Juez de Instrucción condenó al periodista «como autor responsable de una falta del artículo 570.5 del Código Penal, falta de respeto y consideración debida a la autoridad, a la pena de 7.500 pesetas de multa, con arresto sustitutorio de cuatro días» dando así por sobreentendido que las libertades de información y expresión deben ceder siempre ante el derecho al honor.

A la hora de resolver el asunto, el Tribunal Constitucional destaca que no es tan fácil como parecía creer el juez; no basta con apreciar la posible lesión del derecho al honor para considerar ilegítima una información. El honor aparece en el artículo 20.4 como un límite de la información, y no al revés; pero la información cumple un trascendente papel para la realización del sistema democrático. Así que el honor no está a priori por encima de la información¹. En vez de eso, dice, hay que tener en cuenta los dos derechos que entran en juego. Ambos son igualmente importantes, y sólo se puede decidir sacrificar uno o el contrario a partir de un examen detenido de todas las circunstancias del caso y evaluando los perjuicios que acarrearía cada una de las dos opciones posibles; a esa valoración la llama ponderación, y es el único razonamiento constitucionalmente válido para resolver el conflicto. En este supuesto, el juez debió valorar la mayor o menor intensidad de las frases del artículo, su tono humorístico, el hecho de afectar al honor del denunciante no en su faceta íntima o privada, sino en cuanto derivara sólo de su gestión pública como titular de un cargo representativo, y la intención de la crítica política en cuanto formadora de la opinión pública, así como también la inexistencia o la existencia de intención patente de insultar. Si el juez, en cualquier asunto de este tipo, da la razón al periodista o al aludido sin realizar este ejercicio de sopesar los dos derechos que pueden ser sacrificados, está actuando inconstitucionalmente y lesionando el derecho que no se protege. Digamos que, en caso de conflicto, la protección de los derechos fundamentales consiste en que se tome expresamente en cuenta su importancia antes de dar preferencia a otro derecho contrario. Tal es la doctrina que se establece en esta Sentencia y que desde entonces rige en todo conflicto. Pero además, al resolver el asunto «Soria Semanal» el Tribunal Constitucional se pone en una situación favorable a la libertad de información que no sólo va a determinar la necesidad de tomar en cuenta la importancia de cada derecho, sino una preferencia continua a favor del derecho del artículo 20.1.d) CE.

B) EL SUPUESTO VALOR PREFERENTE DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN

Si antes del caso «Soria Semanal» la idea era que el derecho al honor siempre tiene más valor que la libertad de información, poco después de esta Sentencia se pasa a la afirmación casi absolutamente inversa: durante años las Sentencias del Alto Tribunal van a insistir en que la libertad de información tiene un valor superior al de los derechos del artículo 18 CE. Esta perspectiva provoca, incluso, una reinención de la doctrina del caso «Soria Semanal»:

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 consustancial al Estado democrático que los poderes públicos tienen especial obligación de proteger (STC 165/1987).

Se introduce, así, el concepto de *valor preferente* de las libertades de expresión e información. Originariamente, este valor implica, automáticamente, que siempre se prefiera proteger la información, por considerar que tiene más importancia constitucional que el honor, la intimidad o la propia imagen. Evidentemente, sólo se puede hablar de valor preferente cuando la libertad de información se ejerce con todos sus requisitos constitucionales, pues en ellos encuentra su fundamento: la libertad de información valdría más porque es garantía del sistema democrático, y ello sólo sucede cuando los hechos que se transmiten son veraces y tiene relevancia pública. Aún así, la idea del valor preferente supone un cierto automatismo: casi todos los conflictos «reales», es decir, los casos en los que realmente la libertad de información se haya ejercido con los requisitos exigidos, van a resolverse a favor de los periodistas o informadores públicos, en perjuicio del honor. Evidentemente, con ello se vuelve a introducir una jerarquización entre derechos fundamentales, que parece ajena a la teoría de la interpretación unitaria de la Constitución y la necesidad de armonizar los bienes en ella protegidos².

Por eso, al pasar el tiempo y hacerse más estricta la tarea del Tribunal Constitucional, el valor preferente ha dejado de ser un método autónomo para resolver conflictos entre los derechos del artículo 20 CE y cualesquiera otros de la Constitución, y se ha convertido simplemente en un recordatorio de cara a la ponderación. Los jueces, ante un conflicto, han de sopesar las consecuencias para la sociedad constitucional de sacrificar uno u otro derecho; y en ese proceso, no pueden olvidarse de la trascendencia democrática de la transmisión de informaciones, que no impide que en alguna ocasión pueda preferirse la protección de otro derecho enfrentado. Si la ponderación se entendiera gráficamente como el procedimiento de poner en una balanza los argumentos a favor y en contra de cada uno de los derechos afectados, el valor preferente sería como un sobrepeso añadido que tiene siempre el platillo de la libertad de información. Eso exige que la protección del derecho que se le enfrenta a ésta tiene que ser muy trascendente para la sociedad si ha de ser el garantizado; pero no lleva a que en todos los casos se prefiera la libertad de información. En definitiva el mecanismo actual es la libre ponderación, tomando en

cuenta todas las circunstancias del caso. Esta frase ya la hemos repetido varias veces. Y ahora ya es el momento de analizar qué circunstancias son éstas y cómo se han de valorar.

C) LA PRÁCTICA DE LA PONDERACIÓN

Evidentemente —y no hace falta casi ni decirlo— lo primero que ha de tenerse en cuenta es la necesidad de no confundir las circunstancias de cada caso a efectos de ponderación con el control de cumplimiento de los requisitos de cada derecho. O sea, que ponderar no es decidir si la información es relevante o veraz, ni si hay o no consentimiento en una vulneración de la intimidad. La ponderación es un proceso posterior a éste. Con frecuencia el Tribunal Constitucional ha dicho que estaba ponderando cuando comprobaba si una información divulgada era veraz y relevante. En esos casos, el uso incorrecto de la expresión obedece, sin duda, al deseo de hacer compatible la idea de ponderación con la teoría de que los derechos nunca pueden «pisarse» y en ningún caso pueden imponerse unos sobre otros. Por eso normalmente cuando opera así, si se dan los requisitos de la información, siempre la prefiere automáticamente al honor. Recientemente, sin embargo, parece que la jurisprudencia —como hemos dicho— se hace más rigurosa, distinguiendo la fase de comprobación de derechos (que siempre se hace) de la de ponderación en sentido estricto (que sólo procede si los dos derechos realmente están enfrentados).

El Tribunal Constitucional, para complicar un poco el tema, utiliza la expresión «ponderación» también para la fase de comprobación de que cada uno de los derechos se ejerció respetando sus límites constitucionales. Veamos un ejemplo:

La revista *Interviú* publicó en su edición de 24 de julio de 1984 y otras posteriores una serie de artículos sobre la secta Ceis, relatando las actividades de sus seguidores y dirigentes, poniendo de manifiesto que se trataba de una tapadera de un negocio de prostitución del que se beneficiaba fundamentalmente don Vicente Lapiedra. El titular del reportaje del 24 de julio de 1984 era: «El gurú Vicente, un mariquita que vivía como un rajá. Se le acusa de comer el coco a sus seguidores y de incitarles a prostituirse». Los artículos se ilustraban con una serie de fotografías, tanto individuales como de grupos de personas, en todos los casos posando para la cámara, en algunas de las cuales aparecen personas desnudas o semidesnudas. El aludido inició acciones legales contra la revista, invocando entre otros el derecho al honor.

Cuando el Tribunal Constitucional tiene que resolver este asunto va a dar una importancia decisiva a la expresión «mariquita», concluyendo (de manera excesivamente rigurosa) que se trata de un insulto. Sin embargo, la determinación de que se trata de un insulto, excluido por tanto de la libertad de información, la viene a denominar ponderación:

La aplicación de la doctrina que acaba de exponerse al presente caso y realizando la ponderación que nos corresponde conduce a afirmar que las expresiones que en la Sentencia impugnada se identifican como lesivas del derecho al honor del recurrente no constituían el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión. En efecto, las diversas expresiones recogidas en los reportajes referidas a la condición homosexual del afectado y a su actividad sexual pueden calificarse de formalmente injuriosas en el contexto empleado, apareciendo desvinculadas de cualquier finalidad informativa y del objetivo de formación de una opinión pública libre. Así, el empleo del término «mariquita» para referirse a la orientación sexual de don Vicente L.C. y los calificativos que se

emplean son despectivos respecto de su orientación sexual e innecesarios para el objetivo informativo que se perseguía, tratándose de meras descalificaciones personales que repercuten sobre su consideración o dignidad individual, por lo que no quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (STC 77/2009, FJ 4).

En realidad, en este párrafo el Tribunal no está realizando ninguna ponderación en sentido estricto sino examinando, sin más, si la publicación cumplía con los requisitos constitucionalmente exigidos para considerarla amparada por el art. 20.1 CE, con independencia del derecho que se le oponga. La verdadera ponderación se produce sólo en un momento posterior, cuando una vez comprobado que hay dos derechos que reúnen los requisitos exigidos para que su ejercicio sea legítimo resulta que chocan de tal manera que el uno excluye al otro. Como en ocasiones más afortunadas dice el propio Tribunal Constitucional: «Sin la concurrencia de dos derechos fundamentales no hay, en efecto, ponderación posible» (STC 51/2008, FJ 3).

Es entonces cuando el conflicto no puede resolverse aplicando directamente las normas de la Constitución, sino sólo atendiendo a otras consideraciones. A veces, parece que lo que hacen los tribunales es un ejercicio de voluntarismo puro, inclinándose por no sacrificar el derecho que más «pena» les dé, pero no tiene por qué ser así. La Constitución además de normas incluye mandatos. Mientras que unas suponen prescripciones determinadas con estrictos requisitos para su aplicación, los otros son objetivos a alcanzar que conforman deseos de la comunidad. Los mandatos no se aplican de manera concreta, sino articulando las posibilidades y la necesidad de cada uno de ellos. La ponderación es decidir qué mandatos de la Constitución merecen más ser aplicados en un caso concreto. ¿En razón a qué? Bueno, pues a ese conjunto indeterminado y genérico que se conoce como «circunstancias de cada caso». Veamos un ejemplo:

El día 12 de octubre de 1987, cuando doña S. P. R. se encontraba en compañía de su novio don A. R. C., fue víctima accidental del desprendimiento de una losa de un edificio de la ciudad de Málaga, a resultas del cual hubo de ser hospitalizada, siéndole amputada quirúrgicamente la pierna derecha. En relación con tal hecho, el 15 de octubre siguiente el periódico *Málaga, Diario de la Costa del Sol* publicó en la sección denominada «La Trinchera» un artículo firmado por don Pedro R. Salinas, donde se decía:

«[...] Los ciudadanos, casi todos obreros, no entienden lo maravilloso del fenómeno y se quejan, con manifiesta ignorancia, de que a una titi le cortara una pierna la otra noche una losa desprendida de un edificio. La criatura no comprende que, a partir de esa mutilación, su vida tendrá nuevo sentido. Su novio, que estaba a punto de dejarla por otra, ya no se separará nunca de ella y podrá abusar de él durante toda su vida, obligándole a que la traiga esos maravillosos pastelitos de La Canasta que le harán parecer como una foca, coja, pero como una foca [...]»

Los afectados interpusieron querrela criminal contra el periodista por un delito de injurias.

A la hora de resolver este asunto se podía optar por varias soluciones. Es un artículo basado en la ironía, que consiste precisamente en decir una cosa para significar la contraria. Así, cuando se dice que los ciudadanos están contentos, quiere en verdad aludirse a un profundo disgusto social con la situación de conservación de la ciudad. Si partimos de que los derechos invocados cumplen todos sus requisitos, a la hora de ponderar a quién se le da la razón pueden tenerse en cuenta diversos factores: a favor de proteger la libertad de información está el hecho de la utilidad del

artículo como crítica política para el desarrollo democrático de la ciudad. A favor de proteger el honor de la persona afectada puede tenerse en cuenta el dolor que le produce una interpretación humorística de su desgracia personal. Ambos argumentos son igualmente invocables, y ambos pueden ser decisivos aunque ninguno de los dos tenga una cobertura legal explícita determinante.

Si uno se toma un tiempo para analizar la práctica del Tribunal Constitucional se descubren diversos tipos de «circunstancias» que se pueden traer a cuento para resolver un caso; entre ellas, hay que dos grandes categorías: las de índole jurídica y las —aparentemente— extrajurídicas. Las circunstancias con una base jurídica las constituyen todos aquellos elementos que de algún modo aparecen implícitos en el texto constitucional y que sin embargo se han despreciado en cuanto requisitos para el correcto ejercicio de los derechos fundamentales en conflicto porque no concuerdan con la intensidad exigida. Con cierta impropiedad podemos llamarlos *requisitos incompletos*. Veamos algunos de ellos.

Por ejemplo, suele tomarse como elemento de peso en la ponderación el hecho de que la información transmitida *incluya también juicios de valor*, propios de la libertad de expresión. Ya se sabe que en estos casos se está a la libertad preponderante, pero si ésta es la de información, el incluir opiniones personales pesa desfavorablemente en caso de conflicto, porque la información protegida no es constitucionalmente «pura». Por ello puede resultar menos gravoso sacrificarla. También se puede incluir entre los requisitos incompletos el que *la persona aludida sea o no famosa*. Evidentemente, los famosos tienen el mismo derecho al honor que el resto de ciudadanos. Aunque su derecho a la intimidad pueda verse reducido, también lo conservan. Sin embargo, en caso de conflicto el hecho de ser muy famosa la persona aludida puede hacer más relevante la información y más previsible la lesión, de manera que se trata de un elemento que puede pesar a favor de que se sacrifique el derecho al honor o la intimidad en vez del de la información. De modo similar a éstas opera la circunstancia de que la información incluya expresiones que no son difamantes pero sí socialmente «molestas»³. En ese caso, aunque efectivamente sea evidente que se está ante un ejercicio legítimo de la libertad de información, puede tenerse en cuenta este hecho como circunstancia a favor de sacrificar la libertad de información, que en caso de conflicto estaría perdiendo parte de su valor social. Igualmente sucede con la constatación de que *el autor de la publicación sea o no periodista*⁴. A pesar de que la libertad de información no sólo la pueden ejercer periodistas, el hecho de que el autor no lo sea *propicia* que ante un conflicto se sacrifique la libertad de información. Igualmente sucede cuando la información incluye datos que constituyen *afirmaciones accesorias o «gratuitas»* para la transmisión de la información. A pesar de que se trate de libertad de información, en la balanza de la ponderación este hecho pesará a favor de los derechos al honor, la intimidad y similares, sin ser nunca determinante por sí solo.

Por otro lado están los elementos usados para ponderar que tienen carácter extrajurídico. Podríamos denominarlos *circunstancias del entorno social*. Se trata de datos accesorios al conflicto de derechos que no pueden integrarse en ninguna norma

constitucional pero que lejanamente tienen valor para la aplicación de la Constitución en cuanto influyen en la plasmación de los objetivos que ella marca. Así, podemos citar la *alarma social*. Este concepto abierto engloba toda la serie de reacciones que en la sociedad se crean a partir de un conflicto entre derechos: la preocupación o la inquietud que despiertan ciertas noticias; la especial sensibilidad ante ciertos temas; por ejemplo, el libre desarrollo de la personalidad de los menores es un asunto socialmente sensible, lo que pesa a favor de que no se sacrifique en pro de la libertad de información. De manera similar, el *morbo expresamente buscado* por ciertas informaciones aunque no excluye que se trate de ejercicio legítimo de la libertad de información sí que puede permitir su sacrificio en determinados conflictos. También el hecho de *que la imputación realizada sea grave o no* puede ser tenido en cuenta, como expresión del rechazo social que despierta y consecuentemente usarse en la ponderación. Igualmente, en algunos casos el Tribunal Constitucional ha utilizado como circunstancia ponderativa de carácter social el que existiera una *previa controversia pública*⁵, de tal modo que cuando las imputaciones lesivas del prestigio se realizan como consecuencia de una discusión anterior sobre los hechos publicados este elemento puede tomarse en consideración a favor de sacrificar el derecho al honor en vez de la libertad de información. Cabe imaginar más circunstancias del mismo tipo y todas operarán igual.

Por supuesto, el tribunal encargado de resolver el conflicto puede apreciar libremente tanto los requisitos incompletos como las circunstancias relativas al entorno social que concurren en el caso. El modo de razonar idóneo sería intentar individualizar el máximo de estos elementos para finalmente sopesar sosegadamente la importancia de los que aconsejan sacrificar la libertad de información y la de los que aconsejan sacrificar el derecho contrario. Sólo después de ese procedimiento se puede llegar a una conclusión satisfactoria del conflicto, partiendo además de que el sacrificio de un derecho fundamental legítimamente ejercido siempre deberá entenderse como un mal; tal vez un mal menor, pero siempre algo indeseado por la Constitución.

3. LA RELACIONES HONOR-VERACIDAD E INTIMIDAD-RELEVANCIA PÚBLICA

Antes de terminar la lección tenemos que hacer una brevísima reflexión acerca de la manera en que la intimidad y el honor cobran trascendencia para los conflictos de derechos con la libertad de información. Ya antes se ha comentado que idealmente los requisitos de la libertad de información tienen su origen en el interés por delimitarla de los derechos del artículo 18 CE, haciendo imposibles —o cuanto menos muy difíciles— los conflictos entre ambos. Por eso suele decirse que la veracidad excluye lesión del honor y la relevancia pública de la información excluye lesión de la intimidad. Eso sólo es cierto en la mayoría de los casos, pero no en todos. Por eso mismo existen los conflictos. Como la veracidad es un requisito centrado en

la diligencia profesional del informador, pues puede suceder que una información veraz resulte luego ser distinta de la verdad judicial. Así, una persona declarada inocente en un juicio puede ver su nombre vinculado a un delito en una información veraz. En cualquier caso, lo que queremos decir es que en la mayoría de las situaciones el control de la veracidad se hace junto con el de la eventual lesión del honor y el de la relevancia con el de la intimidad. En el caso de la intimidad, lo lógico es que el considerar públicamente relevante una información haga imposible la lesión del derecho a la intimidad del afectado.

La naturaleza del derecho al honor es muy distinta de la del de la intimidad. Lo que caracteriza al derecho a la intimidad es la exclusión de un tema del debate público. Para decidir si una información vulnera o no la intimidad no hace falta discutir si es veraz o no, simplemente si es relevante. De hecho, incluso, al contrario, el debate judicial acerca de la veracidad de un hecho privado puede conllevar una lesión añadida del derecho a la intimidad: en el caso del «prepucio del marqués», por ejemplo, el hecho de discutir en la sentencia si era verdad o no que el mayordomo realizaba esa actividad hubiera supuesto una lesión aún mayor de su intimidad, al abrir el debate sobre ello, tomando en consideración incluso las pruebas aportadas por el periodista.

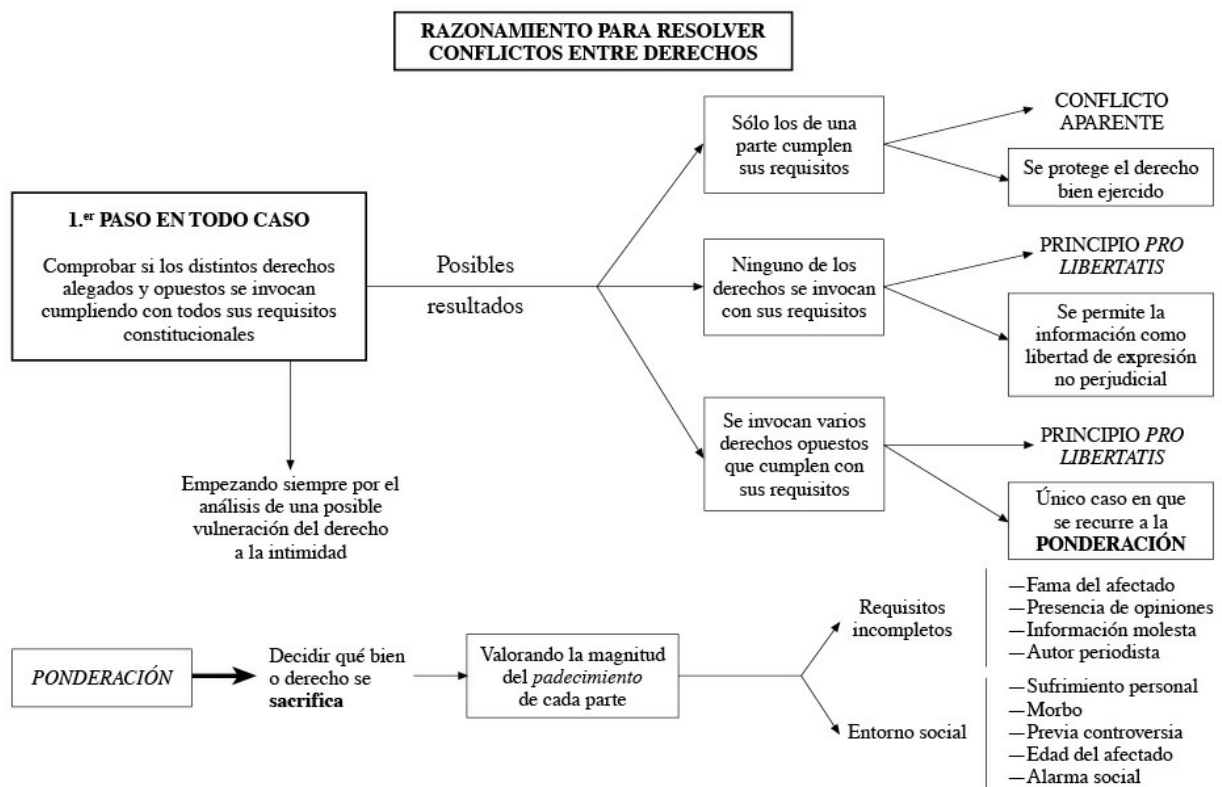
Por eso, es por lo que en los casos en los que se alega vulneración de la intimidad, si es imprescindible controlar la veracidad de la información, ello ha de hacerse *después* del control de relevancia y del examen de la posible lesión a la intimidad. Es decir, que la única manera legítima de resolver cualquier conflicto es entrando antes que nada en el examen de la alegada lesión de la intimidad. Ahí el tribunal tiene que decidir si lo que se contaba en la información tiene relevancia pública o forma parte de la vida íntima y reservada de su protagonista. *No importa que sea verdad o no*, sino si es público o íntimo. Si se decide que es un asunto propia de la vida privada del afectado, ahí debe terminar la sentencia. No debe entrarse siquiera a hacer ninguna consideración sobre el honor (salvo en el caso de que se haya alegado también) o la veracidad, porque ya se ha constatado la lesión de un derecho fundamental y con ello puede dársele ya la razón al perjudicado. Solamente si, por el contrario, resulta que se trata de un tema de indudable relevancia pública, por su importancia para el desarrollo constitucional de la sociedad, deberá examinarse si además es veraz o vulnera subsidiariamente el prestigio y honor de las personas. Este orden de análisis resulta vital para que la tutela de los derechos fundamentales no se vea frustrada por ser los propios jueces los que permiten su lesión. Sin embargo hay que constatar que por el momento son muy contadas las ocasiones en las que el Tribunal Constitucional adapta a ello su modo de razonar.

BIBLIOGRAFÍA

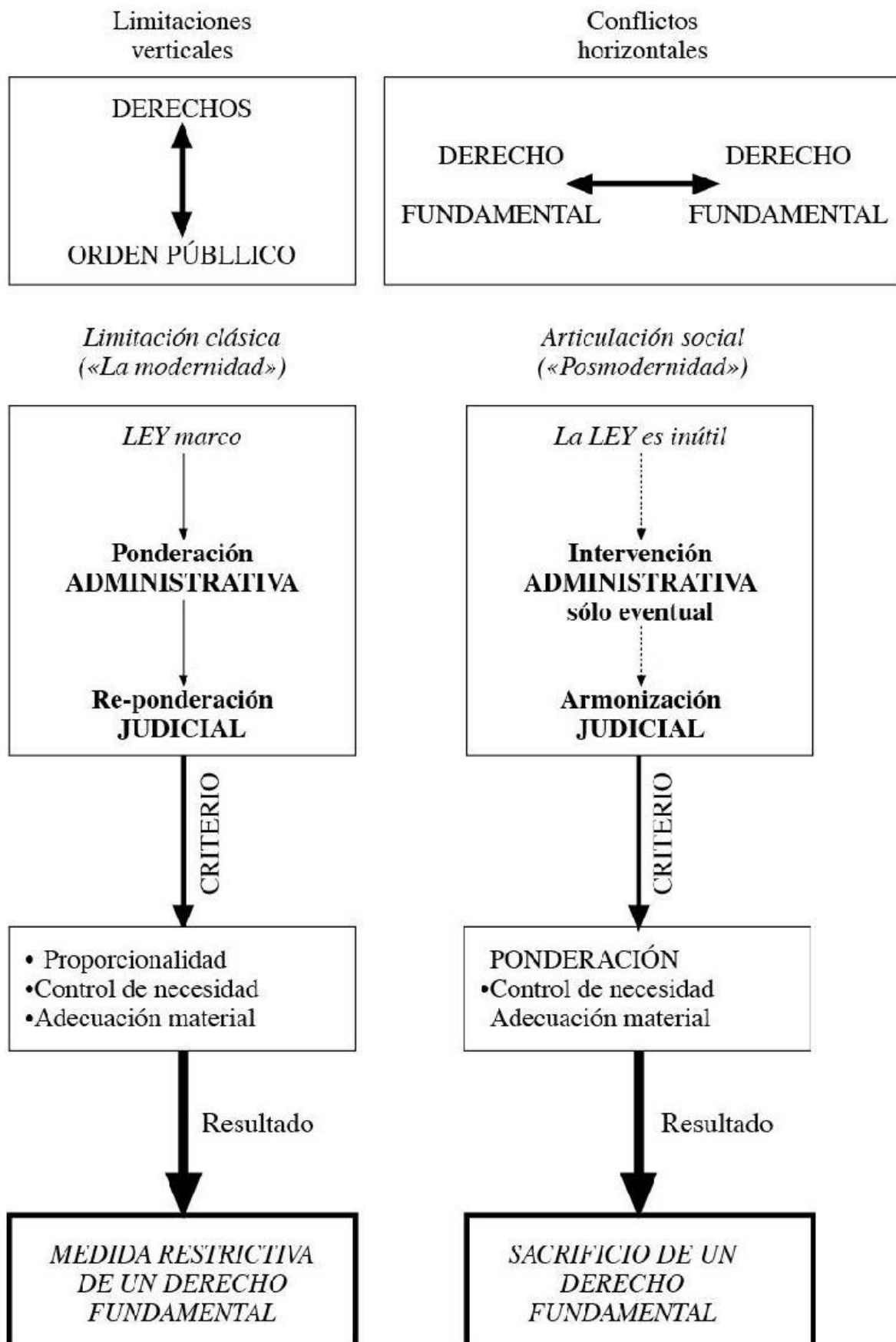
Para este tema conviene remitirse a la bibliografía citada a propósito de la teoría de los derechos fundamentales. En todo caso, sobre la ponderación puede consultarse

el libro de David MARTÍNEZ ZORRILLA, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007. También el artículo de Luis PRIETO SANCHÍS, «El juicio de ponderación constitucional», en *Constitución: problemas filosóficos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 221-252; y el de Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ «De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 12-13 (2003-2004), pp. 351-382.

Sobre la proporcionalidad, dos trabajos de referencia son los de Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007; y Markus GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.



RESTRICCIONES A LOS DERECHOS: LIMITACIÓN Y CONFLICTO



¹ Dice el Tribunal: «El derecho al honor no es sólo un límite a las libertades del artículo 20.1.a) y d), citado como tal de modo expreso en el párrafo 4 del mismo artículo de la Constitución, sino que según el 18.1 de la Constitución es en sí mismo un derecho fundamental. Por consiguiente, cuando del ejercicio de la libertad de opinión y/o del de la libertad de comunicar información por cualquier medio de difusión resulte afectado el derecho al honor de alguien, nos encontraremos ante un conflicto de derechos, ambos de rango fundamental, lo que significa que no necesariamente y en todo caso tal afectación del derecho al honor haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, ni tampoco siempre hayan de ser éstas consideradas como prevalentes, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otras. Es cierto que el derecho al honor es considerado en el artículo 20.4 como límite expreso de las libertades del 20.1 de la Constitución, y no a la inversa, lo que podría interpretarse como argumento en favor de aquél. Pero también lo es que las libertades del artículo 20, como ha dicho este Tribunal, no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan “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”» (STC 104/1986).

² Por ejemplo, vid. STC 40/1992 en la que hay una lesión del honor evidente pero que se obvia porque la información era relevante y veraz. También, STC 15/1993: tratándose de la difusión de una información que reúne las condiciones de veracidad exigidas por el texto constitucional y que hace referencia a hechos de indudable interés público, es evidente que nos encontramos ante un conflicto de derechos constitucionales.

³ STC 197/1991.

⁴ STC 197/1991.

⁵ STC 136/1994.

LECCIÓN DIEZ

LOS PROCEDIMIENTOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS (I)

SUMARIO: 1. DISTINCIÓN ENTRE LA TUTELA CIVIL Y PENAL DE LOS DERECHOS.—A) *Diferencias esquemáticas entre ambas vías.*—2. EL DERECHO DE RECTIFICACIÓN.—A) *Procedimiento de rectificación.*—B) *Requisitos del escrito de rectificación.*—3. LA TUTELA CIVIL ORDINARIA.—A) *El valor del consentimiento.*—B) *Los procedimientos judiciales.*—BIBLIOGRAFÍA.

1. DISTINCIÓN ENTRE LA TUTELA CIVIL Y PENAL DE LOS DERECHOS

Una de las características esenciales que debe reunir cualquier derecho para ser considerado como fundamental es la tutela judicial: su titular puede acudir a los tribunales de justicia para que cese o se repare cualquier lesión del derecho. La tutela, por tanto, es la protección de los tribunales. Sin embargo, técnicamente hay que distinguir los diversos procedimientos a través de los que se puede solicitar esta protección de los jueces. Según lo que se quiera pedir, y según la lesión que se haya sufrido, el ciudadano puede elegir iniciar un tipo u otro de juicio, consiguiendo resultados también diferentes.

Esencialmente, el individuo que sufre un daño en sus derechos ha de optar entre la vía penal o la vía civil para defenderlo ante los tribunales. Tratándose de derechos fundamentales, la vía civil es la adecuada para conseguir *reparar el daño*, mientras que la penal es la adecuada para *castigar al autor* del daño.

Tradicionalmente, *el derecho civil* es el que regula las relaciones entre los ciudadanos. Así, se consideran materia de derecho civil las normas relativas, por ejemplo, a contratos entre particulares, a la herencia, a los matrimonios, al nombramiento de representantes, etc. No se trata, por tanto, de normas jurídicas que regulan la relación entre el poder público y el individuo, sino de aquellas que delimitan lo que los ciudadanos acuerdan entre sí. El papel del poder judicial en los asuntos civiles es arbitrar en las discrepancias entre ciudadanos. Así, si, por ejemplo, la comunidad de propietarios de un edificio entiende que un vecino no puede realizar una obra en su balcón, y el vecino considera que sí le está permitido, ambos pueden acudir a un juez que decidirá cuál de los dos tiene razón. Eso es derecho civil. Igualmente, son civiles los juicios en los que las dos partes de un matrimonio divorciado discuten acerca de la cuantía de la pensión; o aquellos en los que un consumidor alega que una empresa le ha vendido un producto defectuoso. En todos estos casos, lo que se discute es la aplicación de las normas jurídicas que regulan las relaciones entre individuos.

Pero, ¿por qué hablamos de protección civil *de los derechos fundamentales*? Pues,

sobre todo, porque existe lo que se conoce como *responsabilidad civil*. Son las reglas de derecho civil que dan solución a los casos en los que un ciudadano le cause un perjuicio ilegítimo, del tipo que sea, a otro. Básicamente especifican quién es el que debe responder por los daños, o sea, a quién se considera responsable de ellos, y sobre todo, cómo se arregla un daño que ya ha sido producido: la idea principal, es que el que origina sin razón un perjuicio a otra persona debe repararlo. Nótese que los daños producidos pueden ser de muchos tipos, pero que en última instancia todos pueden reconducirse a dos grandes grupos: perjuicios económicos y perjuicios morales.

La parte económica es la que atañe al valor de las cosas. Un perjuicio económico es consecuencia de la pérdida de un valor económico, ya sea por la destrucción ya por afectación de un bien, eliminando o rebajando su valor (por ejemplo, la destrucción de un cuadro original, o un destrozo en un vestido). Hay perjuicios económicos que se producen por la frustración de una expectativa de lucro, es decir, porque se impida a alguien obtener un beneficio previsto (por ejemplo, la amputación del pie a un futbolista famoso, o la avería de un vehículo que funcione como taxi). En uno y otro caso, el daño sufrido puede evaluarse monetariamente. Es decir, se trata de una pérdida que puede expresarse en forma de dinero perdido.

Sin embargo, hay otros daños que no pueden tener expresión monetaria, o que la expresión monetaria no refleja en su totalidad. Así, a veces los actos ajenos pueden producirle a una persona un perjuicio mental, sin coste económico evidente (por ejemplo, las amenazas de muerte a una persona, o la información falsa de la muerte de un familiar). En otras ocasiones lo que sucede es que el valor sentimental de un objeto supera al económico, de forma que el daño a ese bien causa un perjuicio esencialmente mental (así, la muerte de un gato amado, la destrucción de una carta de amor). Para referirse a ese perjuicio que no es valorable económicamente, se habla de daño moral. Está claro que mientras que los daños económicos pueden repararse fácilmente, ya sea mediante el arreglo del daño, la restitución de un objeto idéntico o el pago de su coste, los daños morales son de más difícil recuperación (otro gato no sustituye a aquel al que se amaba): aunque haya medidas que puedan mitigar el perjuicio sufrido, en última instancia la única solución para un daño moral es intentar darle una equivalencia monetaria, intentar darle un valor económico al sufrimiento mental. Lo importante del derecho civil es que no establece un listado terminado de daños reparables, sino que se limita a fijar cómo se reparan, así que bastará demostrar que se ha sufrido un perjuicio, del tipo que sea, para tener derecho a que el autor lo arregle.

En lo que afecta a los derechos fundamentales, lo que interesa señalar es que el derecho civil es el que determina la responsabilidad por daños. Cuando una persona sufre una lesión en un derecho fundamental sufre un perjuicio jurídico que se concreta en un daño moral y, eventualmente, también económico. Así, a través de los procedimientos judiciales civiles, el ciudadano puede intentar que le reparen el derecho vulnerado. La idea es, frente a un ataque contra los derechos fundamentales, conseguir volver a la situación anterior; anular los efectos de la lesión del derecho,

para seguir funcionando en la vida normal como si no hubiera tenido lugar. La persona que sufre una disminución de sus derechos, acude a un juez civil para conseguir repararla y poder, en definitiva, disfrutar de estos derechos como si nunca hubieran sido dañados.

Frente a todo esto, *el derecho penal* es el que establece las conductas que socialmente se considera que deben estar prohibidas, porque atentan contra los valores mínimos de convivencia, y determina el castigo correspondiente a quienes se salten esa prohibición. No se trata, tan sólo, de que la vida en sociedad imponga a cada persona unos límites de respeto a los demás que no puede traspasar, sino de que la sociedad puede autodeterminarse en cada momento histórico, en aras de un modelo ideal en el que aspira a convertirse. Cuando socialmente se acuerda cómo es el modelo en el que inspirarse, se prohíben las acciones de los individuos que resulten contrarias con el mismo y se imponen sanciones personales para quienes no respeten tales límites. Así, en principio todas las sociedades prohíben conductas como el matar a otro, el robo, el secuestro y similares. Sin embargo, según el modelo de sociedad puede resultar que se prohíba también, por ejemplo, la infidelidad femenina al matrimonio —como sucedía en la España franquista—, o que no se prohíba la tortura por parte de funcionarios policiales o la violación de mujeres por sus maridos. Esta perspectiva ideal e histórica se aprecia muy bien, por ejemplo, con las normas relativas al aborto, o al consumo de drogas. En algunas sociedades el aborto es una conducta prohibida y castigada. En otras es una acción libre, en otras, por último, se establecen supuestos en los que está permitido y supuestos en los que se prohíbe. En los Estados Unidos en los años veinte se prohibía y castigaba el consumo de alcohol, que hoy día está permitido. A cambio, en España, hoy día, no se castiga el consumo de drogas, mientras que en otros países europeos, sí. La idea es que el derecho penal es el que establece qué conductas están prohibidas, y la intensidad de tal prohibición.

Penalmente no se regulan las relaciones entre ciudadanos, sino que se delimita la facultad de castigo y represión del aparato del Estado. Aunque muchas normas penales se refieren a acciones de un individuo frente a otro (el robar a otro, por ejemplo), lo que establecen no es cómo se resuelven los conflictos entre esas dos personas, sino qué pueden hacer los poderes del Estado frente a esa acción. El derecho penal viene a decir que el poder público puede castigar a quien robe a permanecer un número de años en la cárcel. Cuando un tribunal penal tiene que decidir sobre la conducta de una persona no está resolviendo ningún conflicto de intereses, sino que se limita a decidir si es cierto que la persona acusada cometió dicha conducta y, en caso positivo, qué castigo ha de imponerle el Estado.

Ha de destacarse, entonces, que los mandatos de derecho penal incluyen dos tipos de estipulaciones: la descripción de las conductas prohibidas y el castigo de cada una de ellas. Del mismo modo que la sociedad decide qué conductas han de evitarse en la sociedad, también decide la intensidad de esa prohibición. Y lo hace determinándoles un castigo mayor o menor. Aquellas conductas que se consideran socialmente más reprobables implican un castigo superior. Este mecanismo penal implica toda una terminología específica. Técnicamente, a las conductas prohibidas se las llama delitos

o faltas, y a los castigos se les conoce como penas. Así, por ejemplo, en la actualidad el delito de asesinato se castiga con una pena de quince a veinte años de cárcel. Una persona sólo puede ser castigada por aquellas conductas que se consideren delitos, es decir que aparezcan en el Código Penal. A la descripción de la conducta castigada, con todos los elementos necesarios (para el asesinato hacen falta, por ejemplo, además de matar a otro, que se haga con alevosía, ensañamiento o por un precio) se la denomina tipificación del delito. Y a éste, con todos los detalles, se le llama también «tipo legal» castigado. Normalmente, la tipificación del delito incluye junto a un elemento objetivo, otro subjetivo. El elemento objetivo es la conducta en sí misma, la acción objetivamente demostrable (por ejemplo, sustraer un vehículo de motor). El elemento subjetivo es el ánimo que debe guiar mentalmente dicha acción (por ejemplo, la intención de quedarse con el vehículo, que implica un delito distinto de la mera intención de usarlo sin apropiárselo). En un Estado en el que el respeto a los derechos fundamentales constituye un principio esencial de la comunidad, resulta lógico que se castigue su lesión. Existen tipos legales que penalizan el ataque contra la mayoría de derechos fundamentales. De hecho, al castigar el homicidio se está protegiendo —a través de la disuasión— el derecho a la vida, del mismo modo que se castiga a quien impide a los demás votar en unas elecciones o a quien priva ilegítimamente a otra persona de la libertad (es el delito de detención ilegal). En estos casos el castigo no permite que quien ha sufrido un menoscabo en su derecho lo recupere en su integridad (por ejemplo, una vez muerto es complicado recuperar el derecho a la vida) pero la sanción personal al autor de esas conductas tiene un efecto disuasorio que, indudablemente, facilita la vida en sociedad.

Cuando se sufre una intromisión ilegítima en el derecho al honor o a la propia intimidad y uno decide «defenderse» acudiendo a los tribunales de justicia, ha de optar entre iniciar un proceso penal o uno civil. De hecho, son posibles ambas vías, pero nunca al mismo tiempo: si se opta por la vía penal, podrá exigirse además una reparación civil, que sólo se conseguirá junto a la condena penal. En cambio, dentro de una demanda civil no se puede pedir la condena de los autores de las informaciones dañinas. Esta combinación puede provocar algún que otro problema de ajuste:

En noviembre de 1985 los periodistas Luis del Olmo y Jesús Mariñas realizan ciertos comentarios acerca de la vida privada de Doña Isabel Preysler en el programa «protagonistas» emitido por Radio Popular de la cadena COPE. A raíz de los mismos, la aludida interpuso contra ellos una querrela criminal por delito de injurias. La querrela fue resuelta en marzo de 1991 por un juez que consideró que los hechos no eran constitutivos de delitos, sin perjuicio de que cupieran acciones civiles por los daños causados. Al mes siguiente, Doña Isabel Preysler interpone, pues, una demanda civil contra ambos periodistas exigiendo el pago de 25 millones de pesetas en concepto de indemnización. Los informadores, alegan que la demanda civil no debe admitirse porque ya se ha superado el plazo de cuatro años desde la pretendida lesión, que establece la ley para poder interponer una demanda civil. La demandante, en cambio, entiende que el plazo debe suspenderse mientras se tramita la demanda penal.

¿Cómo debe resolverse la cuestión? Habría argumentos a favor de ambas partes, según como se interprete el plazo de la ley. Lo que interesa destacar es que si se decide no admitir la reclamación de la Sra. Preysler no se le estará lesionando ningún

derecho por cuanto ella decidió iniciar acciones penales en vez de civiles: si uno elige la vía equivocada, no cabe después reclamar que hay una lesión al derecho al honor que no se puede remediar. El ciudadano opta entre el castigo o la reparación; eventualmente puede conseguir ambas, peor en principio debe conformarse con las consecuencias de su preferencia. Y las consecuencias tanto para el afectado como para el culpable de la lesión son muy distintas en uno y otro caso. Veámoslo de manera resumida antes de pasar al análisis del desarrollo de los distintos procedimientos civiles y penales.

A) DIFERENCIAS ESQUEMÁTICAS ENTRE AMBAS VÍAS

De manera esquemática pueden sintetizarse brevemente cuáles son las diferencias entre ambas vías de buscar la tutela de los tribunales ante una lesión de derechos fundamentales:

— La vía civil persigue la reparación del daño, mientras que la penal aspira al castigo del autor. Así que el *resultado* es distinto según la vía elegida. En un caso el proceso aspira a conseguir una situación igual a la anterior —como si no se hubiera dañado al derecho— y en otro a que el responsable sufra un castigo.

— La vía civil puede *iniciarse* por cualquier tipo de daño sufrido, mientras que la penal tan sólo procede cuando se haya cometido una de las conductas tipificadas legalmente como delito. Es decir, que las conductas por las que se puede castigar a una persona están tasadas; aparecen especificadas en un listado legal; por eso, no importa tanto el resultado de la acción humana como la acción misma realizada. En cambio las conductas por las que uno puede tener que reparar un daño son infinitas, no se pueden listar una a una: basta con que se produzca un perjuicio injustificado, sin que importe el cómo.

— Con la vía civil, *el derecho* vuelve a disfrutarse como si nunca hubiera sido dañado, se soluciona la lesión antijurídica. Con la penal se consigue castigar al culpable, pero el daño no se altera, el derecho no se recupera. Por eso, la tutela civil es auténticamente un procedimiento de defensa de los derechos; mientras, la tutela penal, aunque su finalidad última sea la protección genérica de los derechos intimidando a los ciudadanos para que no atenten contra ellos, no defiende al derecho lesionado, sino que se centra en reprimir conductas que no deberían haberse producido.

— La *responsabilidad* civil casi siempre puede valorarse monetariamente, de modo que se convierte en responsabilidad patrimonial; económica. En cambio, la responsabilidad penal es de la persona, no se responde del daño con dinero, sino con la propia situación personal, pasando a la cárcel o sufriendo un castigo. Es, pues, responsabilidad personal.

— De acuerdo con lo anterior, la *persona* a quien se le imputa la lesión puede ser diferente según se opte por una u otra vía. Penalmente, como se responde personalmente, sufriendo un castigo, tan sólo se puede perseguir al verdadero autor

de la vulneración del derecho. Sin embargo, como civilmente el proceso puede terminar en una obligación monetaria, pues cabe ampliar las personas que deben ser consideradas responsables, incluyendo a otras que habiendo facilitado o dado cobertura, siquiera implícitamente, la lesión puedan colaborar económicamente en la restitución del derecho.

2. EL DERECHO DE RECTIFICACIÓN

El primer procedimiento previsto en nuestra legislación para la defensa civil de los derechos propios frente a ataques por parte de los medios de comunicación es el llamado derecho de rectificación. No es el procedimiento civil estándar y normal en el que se busca cualquier reparación posible del daño sufrido, sino uno específico ceñido a un único modo de repararlo: la rectificación.

Para entender bien esta institución merece la pena fijarse en los términos con los que se la denomina. Rectificar, genéricamente, significa «reducir una cosa a la exactitud que debe tener». Se usa para trabajos manuales y mecánicos, pero también para opiniones: la RAE entiende también por rectificar el «procurar uno reducir a la conveniente exactitud y certeza los dichos o hechos que se le atribuyen». Así pues, la rectificación tiende a la matización de una información por parte de su protagonista para hacerla *convenientemente* veraz. Eso ya nos adelanta algo sobre su modo de funcionamiento, puesto que parece que de lo que se trata es de que cuando se alude a alguien en un medio de comunicación pueda reconducir lo que se le atribuye para expresar la veracidad que más le conviene. Para mayor abundamiento, se configura como un derecho. ¿Quién lo disfruta? pues evidentemente, el aludido en una información como protagonista de unos hechos o declaraciones.

¿Quién realiza la rectificación? Con lo dicho, parece claro que no es el periodista autor de la noticia el que tiene la *obligación de rectificar*, sino que es la persona de la que se habla en ella la que tiene el *derecho a hacerlo*. No es, por tanto, que el informador corrija su versión ya expuesta, sino que se procura añadir también la versión del afectado. En este punto merece la pena insistir, porque supone una ruptura con el régimen de la información en épocas pasadas y porque es una aplicación directa de la libertad de información: en la ley de prensa de 1966 se diferenciaba entre la réplica y la rectificación, según que se tratara de informaciones relativas a particulares u organismos públicos, y en determinadas circunstancias se obligaba a los propios periodistas a elaborar e incluir su rectificación. Eso hoy día supondría una flagrante violación del artículo 20 CE, puesto que el derecho a la creación intelectual excluye cualquier interferencia en el proceso de elaboración, e impide por tanto obligar —ni siquiera judicialmente— a un periodista a escribir sobre un determinado asunto o con cierto enfoque. Así pues, lo máximo que se puede exigir es que el medio de comunicación introduzca y difunda la rectificación elaborada por otra persona.

Ésa es la primera idea que destaca en la ley que regula actualmente la materia, la Ley Orgánica 2/1984. Su primer artículo indica que: «Toda persona natural o jurídica,

tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio». Lo más importante de esta perspectiva de la rectificación como un derecho y una acción personal del aludido es que de ahí se deduce también su finalidad constitucional. Porque la finalidad no puede ser la de que el medio de comunicación corrija sus errores, puesto que éste no reelabora su información ni la sustituye por otra. Si se entiende que lo único que debe autorizar el director es la publicación de una rectificación elaborada por un ciudadano ajeno al medio, la finalidad no puede ser otra que la de dar cabida a *diferentes versiones* de los hechos. Es decir, el bien constitucionalmente protegido a través del derecho de rectificación *no es la veracidad sino el pluralismo*.

A efectos del desarrollo del derecho de rectificación, no importa cual de las dos versiones es más veraz, sino que lo trascendente es que hay divergencias entre las versiones de un medio de comunicación y del protagonista de unos hechos. Constitucionalmente es importante que los ciudadanos tengan acceso al máximo posible de versiones para formar su opinión sobre asuntos de interés para la sociedad; así que el derecho de rectificación sirve, desde luego, para minimizar los posibles efectos de una lesión en el honor de las personas, pero por encima de ello es un instrumento al servicio del pluralismo informativo. Esto ha quedado muy claro en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

A consecuencia de un artículo publicado en el número 122 de la revista *Tiempo* relativo a la entidad mercantil MERCORSA y en el que se hacía referencia al que fue su Presidente, don Luis García García, éste remitió al Director de la revista un escrito de rectificación para su publicación. Denegada ésta, el señor García García demandó judicialmente que se ordenase la publicación de dicho escrito, al amparo de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación.

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, dictó Sentencia, con fecha 14 de mayo de 1985, ordenando la publicación parcial del escrito de rectificación, limitada a los hechos contenidos en los párrafos del mismo que transcribe.

Contra esta decisión se presenta el recurso de amparo, considerando el editor de la revista que se ha producido una infracción del derecho, reconocido en el artículo 20.1.d) CE, porque la sentencia entiende «que en el ejercicio del derecho de rectificación no se puede discutir la veracidad de los hechos divulgados en la información». Ello deja inerte a la propietaria de la revista *Tiempo*, a la que se impone la obligación de publicar la rectificación instada, aunque no sea cierto nada de lo que en ella se dice y sí lo sea la información, acreditada con pruebas documentales exhaustivas sobre su veracidad (STC 168/1986).

¿Debe publicarse esa rectificación a pesar de ser aparentemente falsa? El Tribunal Constitucional considera que sí. Quitando los casos en los que en la rectificación se expongan hechos descaradamente inverosímiles, nunca hay que entrar siquiera a discutir su veracidad o no. La obligación del medio de comunicación es difundirla, aunque esté convencido de su falsedad. A la hora de juzgar si se cumplió o no con los requisitos del derecho de rectificación no va a importar que sea falso o verdadero, sino si se publicó del modo exigido. El proceso de rectificación por tanto, no implica un perjuicio sobre la veracidad, sino que únicamente se discute si se permitió al aludido exponer o no su versión de unos hechos. Ello no obsta para que el medio pueda mantener, junto a la versión del afectado, la suya propia. El derecho de rectificación no obliga a cambiar de versión, sino a ampliarla. Como veremos, el

medio de comunicación no puede añadir apostillas a la rectificación, pero sí puede publicar junto a ellas; respetando siempre la integridad del escrito puede repetir su propia versión.

Por último, señalar que la consecuencia más importante de que la finalidad del derecho de rectificación no sea establecer la verdad es que su ejercicio *no impide* que además se presente una demanda por vulneración del honor. La discusión acerca de la veracidad ha de hacerse en un proceso penal o en proceso civil típico (declarativo, se le llama), no en el de rectificación. No obstante, el hecho de que no se discuta la veracidad tampoco quiere decir que la rectificación sea insignificante a efectos de veracidad. Cuando a una persona se le vulnera su derecho al honor por la publicación de un dato falso, se le causa un daño en su reputación pública y ese daño puede verse disminuido porque se haya dado cabida en el medio a la rectificación elaborada por el afectado. Los lectores o el público en general habrán tenido así acceso también a una información que restauraba públicamente el prestigio social afectado. Por eso el hecho de que se haya publicado la rectificación puede llevar a que —si la noticia era inveraz— en la demanda civil o penal posterior se considere que la lesión al derecho al honor ha sido menos grave. El descenso en la consideración ajena puede permanecer, pero desde luego es inferior cuando el mismo medio ha publicado una rectificación accesible en condiciones parecidas a similar número de personas. Ésta es la razón por la que normalmente a los medios de comunicación les conviene publicar las rectificaciones cuando sospechen que han divulgado una información inveraz: es un modo de *atenuar cualquier posible lesión* en el honor de las personas. De hecho, incluso puede entenderse que la rectificación es uno de los pocos modos de auténtica reparación del daño causado en materia de honor. Aún así, esto es algo que deberá examinarse en cada caso, dentro de esa demanda posterior a la de rectificación.

A) PROCEDIMIENTO DE RECTIFICACIÓN

La ley que lo regula fija un procedimiento muy fácil y claro para que el medio incluya la versión del afectado por una información. El procedimiento es en primera instancia amigable. Se intenta que el medio de comunicación y el aludido se pongan de acuerdo para divulgar la rectificación. La ley señala el modo en que se ha de llegar a este acuerdo amigable:

Artículo 2.º El derecho se ejercitara mediante la remisión del escrito de rectificación al director del medio de comunicación dentro de los siete días naturales siguientes al de publicación o difusión de la información que se desea rectificar, de forma tal que permita tener constancias de su fecha y de su recepción.

Artículo 3.º Siempre que el derecho se ejercite de conformidad con lo establecido en el artículo anterior, el director del medio de comunicación social deberá publicar o difundir íntegramente la rectificación, dentro de los tres días siguientes al de su recepción, con relevancia semejante a aquella en que se publicó o difundió la información que se rectifica, sin comentarios ni apostillas.

Artículo 4.º Si, en los plazos señalados en el artículo anterior, no se hubiera publicado o divulgado la rectificación o se hubiese notificado expresamente por el director o responsable del medio de comunicación social que aquélla no será difundida, o se haya publicado o divulgado sin respetar lo dispuesto en el artículo anterior, podrá el perjudicado ejercitar la acción de rectificación dentro de los siete días hábiles siguientes ante el Juez de Primera Instancia de su domicilio o ante el del lugar donde

radique la dirección del medio de comunicación.

Así pues, desde que se publica la noticia, el afectado tiene siete días para enviar su versión de la noticia. Lo que se denomina «escrito de rectificación». Se trata de días naturales, o sea que también se cuentan los festivos. El envío ha de hacerse de alguna manera que permita al ciudadano demostrar que su escrito efectivamente ha llegado dentro del plazo a manos del medio de comunicación: puede hacerse a través de un correo certificado con acuse de recibo, o por requerimiento notarial, o entregándolo en mano junto con una copia a firmar o por cualquier otro método similar.

Una vez que el escrito de rectificación ha sido recibido, el medio dispone de tres días para publicarlo. Evidentemente, este plazo ha de ser entendido de una manera muy flexible, en razón de cada medio de comunicación y del formato en el que se difundió la noticia. La ley parece que está pensando preferentemente en prensa escrita (o por internet) diaria. Y en tales casos el cálculo será, por tanto, riguroso. Sin embargo, las posibilidades de la vida real son mucho más variadas. De una parte, existen publicaciones escritas de periodicidad no diaria; de otra, la televisión y la radio son medios peculiares por la variedad y lo prolongado de sus emisiones. Para ello se prevé que si se trata de una publicación periódica pero no diaria el plazo para difundir la rectificación se alarga hasta el día en que se publique el próximo número. Si la noticia rectificada apareció en radio o televisión cabe tanto la posibilidad de esperar a la siguiente emisión del mismo programa, como la de divulgar el escrito en un horario similar, con audiencia parecida y dentro de los tres días: la opción no corresponde a la dirección del medio sino al propio aludido.

En caso de que transcurran los tiempos indicados y el medio de comunicación no haya publicado el escrito, el procedimiento deja de ser voluntario y se pasa —si el aludido insiste en su pretensión— a la fase judicial. Es decir, que va a ser un juez el que obligue al medio a difundir la rectificación. Para ello, el ciudadano tiene que presentar una solicitud ante el juez de primera instancia del lugar de su domicilio, o —si lo prefiere— del domicilio del periódico. Dispone de siete días (hábiles, es decir, laborables) desde aquel en el que debió haberse publicado como tope máximo, o desde que hubiera recibido una respuesta del responsable del medio de comunicación negándose a publicarla. Esta solicitud no es complicada de hacer: no hace falta acudir a un abogado, ni contar con procurador. Simplemente se redacta un escrito en el que se expone claramente lo sucedido y se solicita al juez que ordene la difusión de la rectificación. El escrito tiene que acompañarse de una copia de la noticia, el escrito de rectificación enviado y del justificante de haber sido recibido por el medio. A la vista de esta documentación, y siempre que esté en regla, el juez citará a la persona que insta la rectificación y al responsable del medio de comunicación para que comparezcan dentro de la semana siguiente. Entonces escuchará los argumentos de ambos, examinará la documentación que aporten y en el mismo día dictará una sentencia por la que o bien deniegue la rectificación o bien ordene su publicación.

Hay que insistir una vez más en que, como se dijo, el que el juez disponga que se publique la rectificación no implica ningún tipo de prejuicio acerca de la veracidad de una u otra versión. Si el afectado considera que se ha vulnerado su derecho al honor y

quiere obtener una compensación por ello, deberá iniciar otro procedimiento —civil o penal— para discutir ya si los hechos son veraces o no y le afectan o no a ese derecho fundamental. En el juicio sobre rectificación sólo se examina si se han cumplido o no los plazos y requisitos para que fuera obligatorio difundir la aclaración elaborada por el aludido. Nada más.

En caso de que el juez ordene la publicación, el medio de comunicación no podrá negarse. Ahora ya no es un procedimiento amistoso, sino que se trata del cumplimiento de una decisión judicial. La negativa a publicar la rectificación en los términos que indique el juez podrá suponer un delito de desobediencia o desacato, con graves consecuencias. Solamente si la decisión no fuera firme y se hubiera presentado un recurso contra la misma ante un tribunal superior, que implicara efectos suspensivos, podría dejar provisionalmente de procederse a la publicación.

Así pues, lo único importante durante el ejercicio del derecho de rectificación es el cumplimiento de los requisitos formales. Tales requisitos son esencialmente de dos tipos: de una parte los temporales que hemos visto ya; de otra los relativos a la forma y el contenido del escrito mismo.

B) REQUISITOS DEL ESCRITO DE RECTIFICACIÓN

A la vista de los términos literales de la ley, parece que la rectificación ha de hacerse siempre *por escrito*. Ello obedece seguramente a que aunque el contenido de la rectificación lo elabora siempre el perjudicado, es el medio de comunicación el encargado de transmitirla y darle el formato correspondiente. Por eso, incluso cuando se quieran rectificar informaciones televisivas o radiofónicas (incluidos documentos sonoros de *internet* o similares), o imágenes publicadas en un medio escrito, sólo puede hacerse mediante la redacción de un texto. La locución del texto, o su formateo y composición tipográfica, corresponderá al periódico o a la emisora, en el ejercicio de su libertad de creación informativa. Así pues, no cabe —con la literalidad de nuestra actual legislación— exigir la publicación de fotos que rectifiquen otras, ni de vídeos o grabaciones listas para ser emitidas tal cual.

En cuanto al remitente del escrito, hay que señalar que tan sólo puede hacerlo personalmente *el aludido* en la información, o su representante legal debidamente acreditado. No cabe presentar una reclamación en nombre de un amigo ausente; tampoco pueden los hijos exigir una rectificación en nombre de sus padres mayores; ni un socio cualquiera en representación de toda una entidad; ni el jefe de un gabinete de comunicación en nombre de la persona o entidad para la que trabaja. El periodista que reciba una rectificación de estas personas puede ignorarla libremente. En cambio, sí que serán en principio admisibles las rectificaciones que presente un padre en nombre de su hijo menor de edad, o un abogado en representación legal de su cliente, o el representante de una asociación en nombre de ésta. Excepcionalmente, en caso de fallecimiento del aludido, tanto previo como posterior a la publicación, sí que podrán presentar la rectificación —en su nombre— sus herederos. Cuando el escrito proceda de un abogado o representante, el Tribunal Constitucional ha insistido en que

tiene que disponer de un mandato específico de su representado autorizándole a instar la rectificación en su nombre; no es válido un poder general para participar en pleitos y litigios.

La extensión del escrito de rectificación no podrá ser sensiblemente superior a la de la información que se discute. Es decir, que no cabe exigir la publicación de un escrito extenso y detallado para corregir una alusión puntual o una breve información. La norma en ese punto es la de la *proporcionalidad* entre uno y otro: la rectificación debe ser la adecuada para la finalidad que se persigue, que es facilitar una versión alternativa, sin exceder de ella; por debajo, en cambio, no hay límites en cuanto a la brevedad de la rectificación.

Más complicadas son las normas relativas al contenido del escrito de rectificación. Por un lado tiene que estar en *consonancia con la información* publicada. Es decir, no cabe rectificar afirmaciones que no aparecieran en la noticia original: ni defenderse frente a acusaciones que no se han hecho, ni aprovechar para narrar hechos o circunstancias que nada tengan que ver con lo que ha difundido el medio de comunicación. Por otro lado, parece que el escrito no debe incluir opiniones ni juicios de valor, sino *meramente hechos*. La idea es aportar una versión distinta de los hechos narrados por el periodista, no contrastar las opiniones y juicios de valor de uno u otro. No se olvide que al fin y al cabo la finalidad del derecho de rectificación es asegurar el pluralismo informativo, más que el ideológico. Así pues, ni se pueden rectificar opiniones, ni se pueden incluir opiniones en el escrito de rectificación. Eventualmente puede imaginarse algún supuesto en el que las opiniones se equiparen a hechos, pero son casos excepcionales: el típico ejemplo sería cuando en una información se atribuye a una persona una determinada ideología u opinión y ello es notablemente falso; pero ha de tratarse de una atribución clara de una ideología, no de un juicio de valor del periodista sobre el modo de pensar del aludido, pues en tal caso se trataría de nuevo de una rectificación sobre opiniones, no prevista en nuestro ordenamiento. Por último, y para mayor abundamiento, está absolutamente prohibida la inclusión en el escrito de rectificación de injurias, *insultos o descalificaciones* personales. Esto se aplica en especial a las dirigidas a minusvalorar al periodista o al medio de comunicación, pero también a cualquier descalificación genérica. En todo caso, conviene recordar que —puesto que la publicación es obligatoria— el autor del escrito de rectificación debe ser el único responsable de los daños y efectos en general sobre otras personas y derechos que se deriven de su contenido. Si el escrito contuviera insultos contra un tercero el periódico o la emisora nunca serían responsables —ni siquiera subsidiariamente— de ellos.

El hecho de que un escrito de rectificación no respete íntegramente todos estos requisitos no implica automáticamente que no tenga ningún valor. La jurisprudencia de los tribunales ordinarios ha avanzado de un modo favorable a lo que se denomina «conservación de la pretensión», que implica que puede aprovecharse judicialmente parte del escrito de rectificación, desechando el resto. Es decir, para la jurisprudencia todo el escrito no constituye una unidad que se publica o no, sino que en el caso de que haya parte del mismo que resulte improcedente —porque contenga opiniones,

porque sea demasiado extenso, porque se refiera a hechos distintos de los publicados — puede ordenarse la *publicación parcial* de la rectificación. La idea es que la intervención judicial puede enmendar la rectificación para hacerla válida, eso sí, sin alterar las palabras de su autor, sustituyéndolo.

3. LA TUTELA CIVIL ORDINARIA

La vía civil de tutela es, como se ha dicho, la destinada a recuperar el daño sufrido. Se trata de la manera normal de resolver conflictos jurídicos entre ciudadanos y es precisamente ese carácter general el que hace innecesario detenerse demasiado en ella. La idea que provoca cualquier proceso civil es una discrepancia entre ciudadanos por la aplicación de las normas jurídicas. Se trata, pues, de un juicio de un ciudadano contra otro, en el que ambos esgrimen un interés legítimo en juego. En el caso de procesos civiles contra la prensa, de lo que se trata es de que una persona cree haber sufrido un perjuicio a través de algún medio de comunicación y le exige que lo arregle. El interés de la persona afectada es no sufrir un daño. El del medio de comunicación es el mismo: no sufrir el perjuicio en el patrimonio propio derivado de tener que reparar el perjuicio causado. En definitiva, la esencia de la tutela civil es la discusión acerca del daño sufrido.

Quien considere que ha sufrido un daño presenta una demanda contra la persona o entidad a la que considera causante. La demanda es simplemente un escrito en el que se exponen sucintamente los hechos sucedidos y cuáles son las consecuencias que las leyes vigentes disponen para tales hechos. Ese escrito se dirige al juez, que a la vista del contenido, si decide admitirla, abre un proceso en el que la parte demandada ha de hacer valer los argumentos que considere oportunos a su favor. Tanto en lo que hace a los hechos sucedidos como en lo que hace a las consecuencias previstas legalmente para ellos. Finalmente, el juez dictará sentencia dando la razón a una u otra parte en la que declara si se ha producido de veras un perjuicio, lo describe y eventualmente fija la reparación que ha de hacer del mismo el causante. Por tanto, lo importante cuando se elabora una demanda civil es demostrar un daño personal y demostrar quién es el causante. No importa el tipo de daño; no hay un listado de los perjuicios que dan lugar a reparación, sino que el principio que rige es el general: «siempre que uno sufre un perjuicio, el causante debe repararlo». Sea del tipo que sea: puede ser un daño patrimonial, o un daño emocional. Puede ser la pérdida de un valor económico que se tenía o puede ser el dejar de conseguir un beneficio previsto. Puede ser la pérdida total de algo, que desaparece, o el menoscabo parcial de su valor. Da igual, hay que dejar claro que uno ha perdido algo que legítimamente era suyo. Hecho esto, se puede solicitar la reparación que uno considere más oportuna, sabiendo que en cuanto a la determinación de la reparación lo que prima al final es, exclusivamente, el criterio del juez. La atribución a una persona de un daño, con la consiguiente obligación de repararlo, es lo que se conoce como responsabilidad, tema que dejamos para el final de esta lección.

Un juicio civil puede iniciarse sin alusión a derechos fundamentales. Si uno tiene en casa un valioso jarrón chino, de la dinastía ming, y algún visitante lo rompe, evidentemente que podrá iniciar un proceso civil para que le sea reparado el perjuicio sufrido con esa pérdida. Y ese proceso no tiene nada que ver con derechos fundamentales. Pero si en vez de sufrir la pérdida de un jarrón lo que se sufre es la pérdida de un derecho fundamental, el proceso civil se convierte en *proceso sobre derechos fundamentales*. Así, la vulneración de un derecho fundamental es siempre un daño en sí misma. Si se consigue demostrar que uno ha sufrido un menoscabo de su derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen o similar, con eso ya se ha demostrado un daño. A partir de ahí, de acuerdo con la intensidad, la reparación exigida será mayor o menor, pero si hay violación, hay daño amparable civilmente. Por esto, los procesos civiles son, con toda su intensidad, procesos acerca de la violación o no de derechos fundamentales. Un proceso civil es el ámbito idóneo para aplicar todo lo que hemos venido viendo a lo largo de este curso: el ciudadano intentará hacer valer uno de sus derechos personales, por ejemplo el del honor, demostrando que está protegido constitucionalmente para ello y que el periodista actuó sin cobertura constitucional; el informador, en cambio, intentará demostrar que su actuación estaba protegida por la libertad de información, de modo que sería él el que sufriría un menoscabo en sus derechos si se le condenara a responder por algo que ha hecho bajo la protección de la Constitución. En definitiva, en esta materia, el proceso civil es un proceso sobre derechos fundamentales.

El juez encargado de resolver el proceso deberá razonar utilizando todas las consideraciones que hemos visto en las lecciones anteriores. Deberá examinar la veracidad y la relevancia pública. Deberá controlar si el derecho al honor o a la intimidad se han ejercido con todos sus requisitos constitucionales; si llegara el caso deberá, incluso, ponderar para decidir cuál de los dos derechos merece constitucionalmente ser el más protegido en el caso concreto. Todo. Hecho esto, podrá decidir si efectivamente el demandante ha sufrido o no un daño.

En caso afirmativo, ha de pasar a decidir acerca de la reparación. Para eso hay que tomar en consideración, ante todo, la *naturaleza* y la *intensidad* del daño. La naturaleza, porque no es igual de reparar, ni de valorar, un daño emocional, por ejemplo, que uno patrimonial. Hay daños patrimoniales fácilmente reparables: si el visitante que ha destrozado el jarrón de nuestra casa es capaz de aportar otro idéntico, de igual antigüedad y diseño, normalmente con ello el daño queda absolutamente reparado. En cambio, cuando alguien ha matado a nuestra mascota favorita normalmente no puede repararnos el daño emocional comprando un animal igual. Pero en la mayoría de los casos el daño es tanto patrimonial como emocional (el jarrón contenía las cenizas de nuestra abuela, la mascota nos había costado carísima), de manera que —a efectos de decidir la reparación adecuada— es aún más importante su intensidad. La difamación pública es un daño emocional (se trata del menosprecio, la desconsideración ajena) pero puede conllevar además un perjuicio económico (por ejemplo, la pérdida del empleo, la disminución del número de clientes).

Así, a efectos económicos es especialmente importante demostrar la dimensión del

daño. Es decir, la gravedad de la lesión del derecho. Por ejemplo, si el medio de comunicación difundió diligentemente una rectificación sobre los hechos que nos ha imputado, es evidente que el perjuicio a la reputación es menor. La vulneración a través de un medio de mayor difusión es más grave que la que se realiza en un medio minoritario. También el daño que se produce a alguien que necesariamente vive de la buena fama o de la confianza del público es superior al que sufre una persona sin esos condicionantes. En definitiva, el afectado en sus derechos legítimos por una información periodística debe razonar la reparación que solicita basándose en la intensidad del daño sufrido. Partiendo de que en la mayoría de los casos la reparación es una indemnización económica, si se quiere pedir una cantidad elevada habrá que hacer evidente que se han sufrido perjuicios laborales, que los perjuicios emocionales han sido especialmente graves, etc. Mientras más graves sean los daños demostrados, más relevante (y cuantiosa) será la reparación que disponga el juez en su sentencia.

A) EL VALOR DEL CONSENTIMIENTO

En los procesos civiles, el hecho de que la persona afectada haya consentido en que se le menoscabe su derecho excluye el que exista perjuicio. Cuando uno está de acuerdo en perder un derecho, no puede luego reclamar ningún tipo de reparación por esa pérdida. Civilmente, pues, el consentimiento en la invasión de los derechos propios equivale a la renuncia a los mismos. Al menos, a la renuncia a considerar como perjudicial la pérdida del derecho. Eso, que es algo característico del ejercicio de los derechos fundamentales, no siempre sucede en materia penal, pero sí en la vía civil.

Normalmente, la posibilidad de consentir en la pérdida de un derecho conlleva en sí un aspecto positivo: la facultad de disposición sobre el derecho. Tratándose de derechos como los que hemos estudiado aquí (nótese que la cosa sería diferente si se estuviera hablando, por ejemplo, del derecho a la vida) el titular puede negociar jurídicamente con ellos, incluso a través de su patrimonialización. Una persona puede «vender» libremente la mayor parte de su intimidad; lo mismo unas fotos de su cuerpo desnudo, que detalles de su vida sexual o de sus enfermedades. Incluso puede permitir la intromisión pública constante en su vida cotidiana (basta recordar el fenómeno «Gran Hermano» y similares). En todos estos casos no puede hablarse de ningún derecho fundamental a *obtener beneficios de la renuncia a los derechos propios* sino tan sólo de una consecuencia de las vías civiles de protección. Civilmente lo que se dilucida es un conflicto entre dos personas, una de las cuales causa a otra un daño que ha de reparar. Si el daño ha sido aceptado previamente, es evidente que no puede existir reclamación alguna. Pero del mismo modo, no cabría acudir al Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo, para solicitar el pago por un derecho: si una persona vende sus fotografías y se publican, pero nunca recibe a cambio la suma pactada, *no se le estará lesionando* su derecho a la imagen o a la intimidad. Podrá reclamar su dinero por la vía civil, pero no podrá argumentar que se le ha lesionado ningún derecho fundamental. Al renunciar a un derecho, éste

desaparece, no se convierte en otro. El derecho te protege frente a intromisiones ilegítimas: una vez que se aceptan dejan de ser ilegítimas. La lesión aceptada no es un bien constitucional protegido.

En cuanto a los tipos de consentimiento, ya lo hemos ido viendo a propósito de cada derecho. Los supuestos más difíciles de resolver en la vida real son los de consentimiento implícito o encubierto. A veces la actitud general del titular del derecho demuestra de manera clara un consentimiento (quien pasea desnudo por una concurrida calle, quien se autoinculpa públicamente de un delito) pero en otras ocasiones hace falta un proceso de «reconstrucción» de su voluntad (imagínese el caso de alguien que acepta ser fotografiado, sin preocuparse del destino de la fotografía; o quien permite la entrada de un periodista en un acto íntimo y personal). La decisión acerca de si hay o no consentimiento, forma parte del contenido del litigio civil. En este sentido, son de aplicación las normas generales sobre requisitos para la validez del consentimiento. Así, por ejemplo, la Ley Orgánica 1/1982 de protección civil del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen establece en su art. 3.1 que el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. De ese modo, en el caso de un discapacitado psíquico que da su consentimiento para el uso de su imagen en un programa que la usa para denigrarlo (STC 208/2013), el Tribunal Constitucional considera que son necesarias garantías adicionales sobre el hecho de que el acto voluntario de acudir a una entrevista televisiva de ese tipo comportaba la consciencia de lo que estaba haciendo y cuáles serían sus efectos.

Merece la pena, por otra parte, recordar que en el sistema español de derechos fundamentales no cabe el consentimiento general e irrevocable. No es posible renunciar de una vez y para siempre a un derecho fundamental, por lo que actos anteriores de una persona rara vez pondrán en evidencia un consentimiento actual, a no ser que sean conscientes y continuados (en ocasiones, quien decide instalarse en la fama y vivir de ella está manifestando el consentimiento para que se investigue su vida privada incluso en un futuro cercano, en tanto no cambie esa decisión). En todo caso, ya se sabe, siempre es posible «recuperar» la integridad de los derechos fundamentales propios, si no se vulnera con ello intereses de buena fe de terceras personas (recuérdese el asunto de las fotos de Ana García Obregón en *Playboy*).

B) LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES

Por último, hay que hacer una referencia a los mecanismos procesales que pueden utilizarse para pedir la protección civil de los derechos fundamentales propios. No vamos a detenernos mucho en esto, porque es materia especializada para juristas, sin demasiado interés sustantivo desde el punto de vista de los informadores. Sobre todo hay que señalar la existencia y el dudoso valor de la Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. Esta norma se dictó en un intento —fallido, por supuesto— de regular de manera apriorística qué se había de considerar lesión civil de estos derechos.

Estaba destinada al fracaso: no puede definirse de antemano qué conductas suponen la lesión civil de un derecho, porque habrá que atender a las circunstancias de cada caso.

La Ley no regula todas las posibilidades de lesión de estos derechos: hay supuestos que suponen una violación del honor o la intimidad que no aparecen en el texto legal. Por otro lado, las conductas que allí se recogen no siempre suponen lesión de un derecho. Por ejemplo: «El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha» no será una lesión si lo hacen unos adultos para vigilar el sueño de un niño, o en un hospital para controlar a un enfermo, o en un cajero automático por razones de seguridad, o en muchos otros supuestos que cabe imaginar. La propia ley excluye el uso cultural o científico... pero también es cierto que al usar dispositivos con fines culturales o científicos pueden vulnerarse los derechos de las personas (grabar a una pareja manteniendo relaciones íntimas aunque sea por razones etnográficas o antropológicas, por ejemplo). En definitiva, que la ley puede servir de indicador, pero no es un listado cerrado ni indiscutible de lesiones civiles a estos derechos. Sí que resulta útil en cuanto norma reguladora del procedimiento de reclamación, pues regula aspectos prácticos sobre ello. Así, por ejemplo, establece que la demanda puede presentarse en los cuatro años siguientes a la lesión sufrida o que en caso de fallecimiento del titular son sus herederos los que cobrarán la indemnización...

Por lo demás, son de aplicación las normas generales del juicio civil declarativo.

ANEXO 1

Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Rectificación

Artículo 1.º Toda persona natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considera inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio.

Podrán ejercitar el derecho de rectificación el perjuicio aludido o su representante y, si hubiese fallecido aquél, sus herederos o los representantes de éstos.

Artículo 2.º El derecho se ejercitará mediante la remisión del escrito de rectificación al director del medio de comunicación dentro de los siete días naturales siguientes al de publicación o difusión de la información que se desea rectificar, de forma tal que permita tener constancias de su fecha y de su recepción.

La rectificación deberá limitarse a los hechos de la información que se desea rectificar. Su extensión no excederá sustancialmente de la de ésta, salvo que sea absolutamente necesario.

Artículo 3.º Siempre que el derecho se ejercite de conformidad con lo establecido en el artículo anterior, el director del medio de comunicación social deberá publicar o difundir íntegramente la rectificación, dentro de los tres días siguientes al de su recepción, con relevancia semejante a aquella en que se publicó o difundió la información que se rectifica, sin comentarios ni apostillas.

Si la información que se rectifica se difundió en publicación cuya periodicidad no permita la divulgación de la rectificación en el plazo expresado, se publicará ésta en el número siguiente.

Si la noticia o información que se rectifica se difundió en el espacio radiofónico o de televisión que no permita, por la reciprocidad de su emisión, divulgar la rectificación en el plazo de tres días, podrá exigir el rectificante que se difunda en espacio de audiencia y relevancia semejantes, dentro de dicho plazo.

La publicación o difusión de la rectificación será siempre gratuita.

Artículo 4.º Si, en los plazos señalados en el artículo anterior, no se hubiera publicado o divulgado la

rectificación o se hubiese notificado expresamente por el director o responsable del medio de comunicación social que aquélla no será difundida, o se haya publicado o divulgado sin respetar lo dispuesto en el artículo anterior, podrá el perjudicado ejercitar la acción de rectificación dentro de los siete días hábiles siguientes ante el Juez de Primera Instancia de su domicilio o ante el del lugar donde radique la dirección del medio de comunicación.

Artículo 5.º La acción se ejercitará mediante escrito, sin necesidad de Abogado ni Procurador, acompañando la rectificación y la justificación de que se remitió en el plazo señalado; se presentará igualmente la información rectificadora si se difundió por escrito; y, en otro caso, reproducción o descripción de la misma tan fiel como sea posible.

El Juez, de oficio y sin audiencia del demandado, dictará auto no admitiendo a trámite la demanda si se considera incompetente o estima la rectificación manifiestamente improcedente. En otro caso convocará al rectificante, al director del medio de comunicación o a sus representantes a juicio verbal, que se celebrará dentro de los siete días siguientes al de la petición. La convocatoria se hará telegráficamente, sin perjuicio de la urgente remisión, por cualquier otro medio, de la copia de la demanda a la parte demandada.

Cuando el Juez de Primera Instancia hubiese declarado su incompetencia podrá el perjudicado acudir al órgano competente dentro de los siete días hábiles siguientes al de la fecha de notificación de la correspondiente resolución, en la cual se deberá expresar el órgano al que corresponda el conocimiento del asunto.

Artículo 6.º El juicio se tramitará conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para los juicios verbales, con las siguientes modificaciones:

a) El Juez podrá reclamar de oficio que el demandado remita o presente la información enjuiciada, su grabación o reproducción escrita.

b) Sólo se admitirán las pruebas que, siendo pertinentes, puedan practicarse en el acto.

c) La sentencia se dictará en el mismo o al siguiente día del juicio.

El fallo se limitará a denegar la rectificación o a ordenar su publicación o difusión en la forma y plazos previstos en el artículo 3.º de esta Ley, contados desde la notificación de la sentencia que impondrá el pago de las costas a la parte cuyos pedimentos hubiesen sido totalmente rechazados.

La sentencia estimatoria de la petición de rectificación deberá cumplirse en sus propios términos.

El objeto de este proceso es compatible con el ejercicio de las acciones penales o civiles de otra naturaleza que pudieran asistir al perjudicado por los hechos difundidos.

Artículo 7.º No será necesaria la reclamación gubernativa previa cuando la información que se desea rectificar se haya publicado o difundido en un medio de comunicación de titularidad pública.

Artículo 8.º No serán susceptibles de recurso alguno las resoluciones que dicte el Juez en este proceso, salvo el auto al que se refiere el párrafo segundo del artículo 5.º, que será apelable en ambos efectos, y la sentencia, que lo será en un solo efecto, dentro de los tres y cinco días siguientes, respectivamente, al de su notificación, conforme a lo dispuesto en las secciones primera y tercera del Título sexto del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La apelación contra el auto a que se refiere el artículo 5.º se sustanciará sin audiencia del demandado.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

[...]

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 26 de marzo de 1984.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno, Felipe González Márquez.

ANEXO 2

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1.º Uno. El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo dieciocho de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica.

Dos. El carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el artículo noveno de esta Ley. En cualquier caso, serán aplicables los criterios de esta Ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito.

Tres. El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta Ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo segundo de esta Ley.

Artículo 2.º Uno. La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.

Dos. No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso (redacción según STC 9/1990, de 18 de enero).

Tres. El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas.

Artículo 3.º Uno. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.

Dos. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez.

Artículo 4.º Uno. El ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica.

Dos. No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento.

Tres. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento.

Artículo 5.º Uno. Cuando sobrevivan varios parientes de los señalados en el artículo anterior, cualquiera de ellos podrá ejercer las acciones previstas para la protección de los derechos del fallecido.

Dos. La misma regla se aplicará, salvo disposición en contrario del fallecido, cuando hayan sido varias las personas designadas en su testamento.

Artículo 6.º Uno. Cuando el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido ejercitar por sí o por su representante legal las acciones previstas en esta Ley, por las circunstancias en que la lesión se produjo, las referidas acciones podrán ejercitarse por las personas señaladas en el artículo cuarto.

Dos. Las mismas personas podrán continuar la acción ya entablada por el titular del derecho lesionado cuando falleciere.

CAPÍTULO II

De la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen

Artículo 7.º Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley:

Uno. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

Dos. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.

Tres. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su

reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

Cuatro. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

Cinco. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos.

Seis. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

Siete. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Artículo 8.º Uno. No se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.

Dos. En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:

a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.

b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.

c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio. Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza.

Artículo 9.º Uno. La tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente Ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo cincuenta y tres, dos, de la Constitución. También podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Dos. La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados.

Tres. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.

Cuatro. El importe de la indemnización por el daño moral, en el caso del artículo cuarto, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado dos y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo sexto, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado.

Cinco. Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

[...]

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

[...]

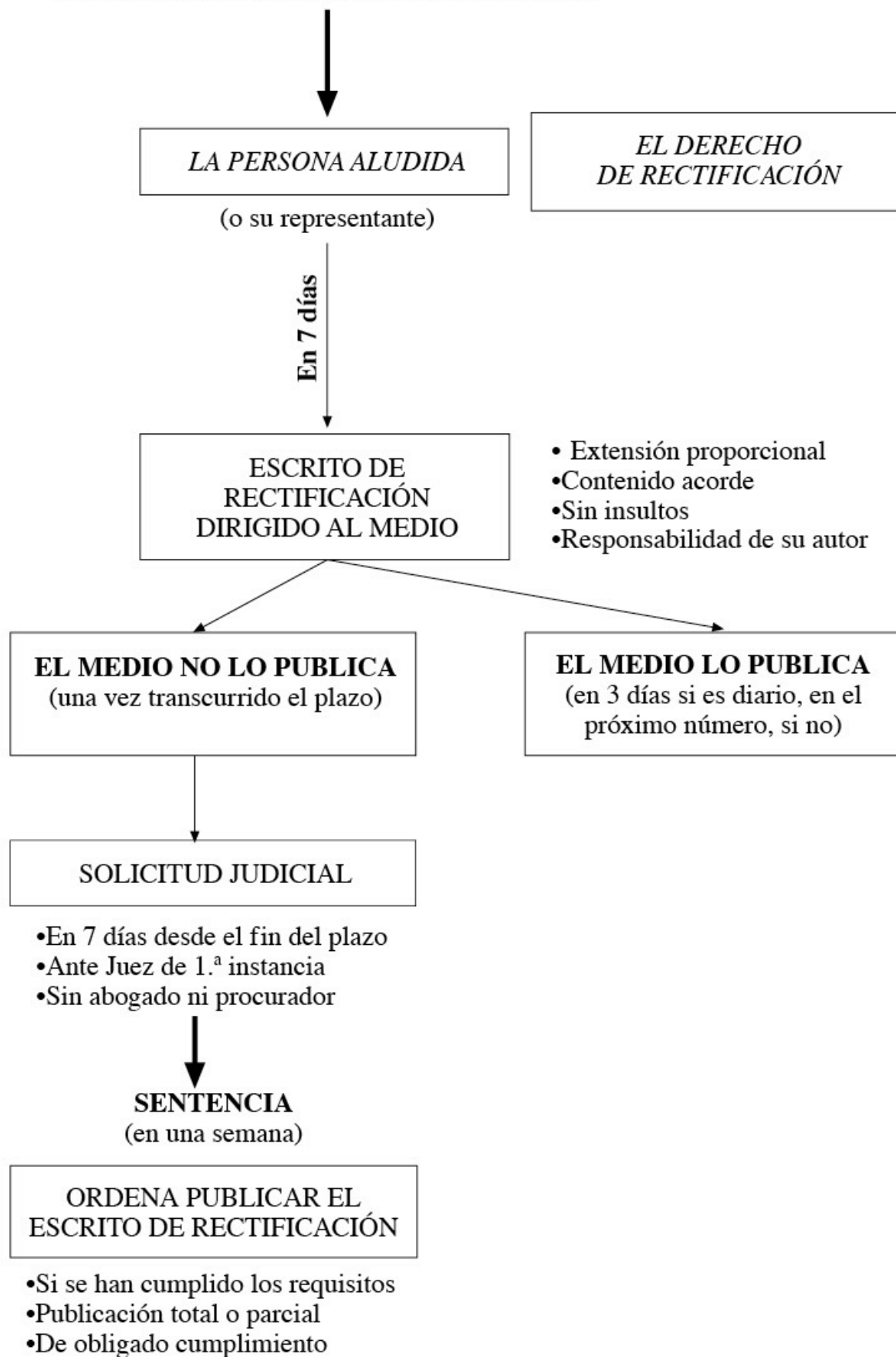
Palacio de la Zarzuela, Madrid, a cinco de mayo de mil novecientos ochenta y dos.
JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno, Leopoldo Calvo-Sotelo y Bustelo.

BIBLIOGRAFÍA

Sobre el derecho de rectificación, los manuales más recientes son los de Luis GUTIÉRREZ GOÑI, *Derecho de rectificación y libertad de información: contenidos constitucional, sustantivo y procesal de la LO 2/84 de 26 de marzo*, M. Bosch, Barcelona, 2003; e Isabel LIZÁRRAGA VIZCARRA, *El derecho de rectificación*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

INFORMACIÓN DIFUNDIDA POR UN MEDIO



LECCIÓN ONCE

LOS PROCEDIMIENTOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS (II)

SUMARIO: 1. LA TUTELA PENAL.—A) *Los delitos contra el honor.*—a) *La calumnia.*—b) *La injuria.*—c) *Disposiciones comunes: instancia de parte y exceptio veritatis.*—d) *Otros delitos similares.*—B) *Delitos contra la intimidad y la infancia.*—2. TUTELA CIVIL Y PENAL ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—A) *La responsabilidad civil y penal.*—BIBLIOGRAFÍA.

1. LA TUTELA PENAL

Como hemos dicho, la vía penal es la que busca el castigo del culpable de un daño, en vez de la reparación de éste. Desde tal punto de vista, podría parecer que el derecho penal entronca con un deseo primario y vengativo de contestar al daño con otro daño. Efectivamente, algo de eso hay aunque muy matizado por las exigencias de la organización de la convivencia dentro de la sociedad. No basta con que se prevean mecanismos para recuperar (dentro de lo posible) los derechos perdidos, sino que además es necesario disuadir a los ciudadanos de causarse voluntariamente daño unos a otros. Gran parte de esa disuasión se consigue mediante la concienciación y la educación para el respeto a los demás. Gran parte, también, mediante un sistema jurídico legítimo en el que los ciudadanos acepten voluntariamente las normas de convivencia porque las consideren justas y adecuadas. Pero, como último recurso, queda siempre la amenaza del castigo. El derecho penal regula esos castigos.

Evidentemente, en un Estado de Derecho el único que puede ejercer legítimamente la fuerza física es el Estado. La venganza privada, la ley del talión o cualquier otro mecanismo de satisfacción privada basado en causar un daño a quien nos lo ha causado a nosotros están prohibidas; se oponen a la idea misma de que la sociedad se organice mediante leyes generales administradas públicamente. Por tanto, penalmente quien castiga al culpable de un daño no es la persona que lo sufrió, sino el poder público; el Estado. La víctima, a lo sumo, puede poner en marcha el mecanismo estatal de represión.

¿Por qué hablamos entonces de tutela penal? Pues, desde luego, por una absoluta falta de propiedad en el lenguaje. Cuando se inician acciones penales contra la persona que nos ha lesionado un derecho, *no se está tutelando el derecho*. Simplemente se está solicitando al Estado que castigue al autor. En definitiva, no es un mecanismo de protección directa de los derechos, sino un procedimiento para poner en marcha un cierto modo de *venganza social*. El particular que ha sufrido un menoscabo en su honor, por ejemplo, se dirige a un juez solicitando que se encarcele al autor. Ésa es la idea esencial, aunque expresada de un modo bastante rústico; por supuesto, que ni el juez puede establecer libremente el castigo que considere más

adecuado, ni puede determinar cómo se cumplirá ese castigo, ni puede siquiera decidir cuáles son las lesiones de derechos que van a conllevar un castigo y cuáles no. En vez de eso, se limita a formarse un juicio sobre la culpabilidad y aplicar de manera estricta lo que dice la ley para ese supuesto. Porque todas esas cuestiones que hemos dicho las decide la colectividad a partir de un debate político y se plasman en la Constitución y las leyes. La Constitución determina cual es la finalidad de las penas: la reeducación y reinserción social del delincuente. También prohíbe determinados castigos: los que sean crueles, inhumanos o degradantes. Obliga, por último, a que sean normas con rango de ley —o sea, aprobadas por el Parlamento— las que concreten qué conductas se castigan y con qué penas. En su aplicación se dictan, pues, normas legales que especifican y describen las conductas castigadas, determinando además los castigos correspondientes. Todas se agrupan en el Código Penal.

Así pues, estamos ante el ejercicio de un terrible poder del Estado sobre los ciudadanos, que se haya sometido a multitud de cautelas y limitaciones en cuanto a la manera de ejercerse. Las principales son las que se derivan del principio de seguridad jurídica: las personas deben saber de antemano qué está permitido y qué está prohibido, para que los castigos no resulten arbitrarios. Eso constituye lo que se denomina *irretroactividad*: «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyeran delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento» (art. 25.1 CE). Consecuencia de ésta, surge la idea de *tipicidad*; todas las conductas que puedan acarrear una sanción estatal tienen que aparecer descritas en su detalle y recogidas en la ley. Esta descripción que hace el Código Penal de cualquier conducta prohibida es lo que —como ya dijimos— se conoce como tipo penal. El *tipo penal* del homicidio es «el que matare a otro». Esta acción se castiga con la *pena* de «prisión de diez a quince años» (art. 138 CP). La lógica del sistema hace, además, que solamente se castigue a quien actúa con intención de causar un daño o, cuanto menos, con grave negligencia, aceptando implícitamente que sus actos puedan causarlo. Penalmente no se castiga tanto por el perjuicio ajeno en sí mismo, sino por la voluntad con la que se ha hecho. Por otro lado según la gravedad de las conductas se distingue entre delitos y faltas: a unos y otras les corresponden penas de intensidad distinta y los requisitos relativos a los procedimientos judiciales por el que se juzgan son diferentes.

Cuando hay indicios de que una persona ha cometido un delito o una falta —es decir, cuando aparentemente ha realizado la acción tipificada— el Estado inicia un procedimiento penal para decidir si realmente ha sido él, con qué condicionantes lo ha realizado y qué castigo concreto se merece. Eso es un proceso penal... que puede iniciarse por varias vías: o porque un órgano del Estado (normalmente el ministerio fiscal) tenga conocimiento de los hechos y piense que la persona es la culpable, o porque otro ciudadano informe de un hecho aparentemente delictivo que ha sabido (denuncia), o porque el perjudicado por una acción lo considere así y solicite que se le castigue. Si es el propio Estado el que decide comenzar el proceso se habla de actuación de oficio. Si lo solicita la persona perjudicada se habla de actuación a

instancia de parte. Así que al hablar aquí de tutela penal de los derechos fundamentales a lo que venimos a referirnos es a los casos en los que se juzga a instancia de parte a quien presuntamente ha causado un daño.

De todo lo dicho se desprende que lo realmente importante es que veamos cuáles son las conductas prohibidas en las que más a menudo puede incurrir quien ejerce la libertad de información. Los trámites procesales no revisten mayor interés ni son esencialmente específicos de los delitos relacionados con la libertad de información.

A) LOS DELITOS CONTRA EL HONOR

Tradicionalmente el Código Penal castiga más la vulneración del derecho al honor que la de la intimidad o la de la imagen. De hecho estas últimas prácticamente no han aparecido nunca tipificadas como delitos en nuestros códigos penales, de manera que sólo se han podido perseguir a través de la vía civil. El honor, en cambio, ha sido considerado como un bien jurídico a proteger desde los inicios del derecho penal. Tal disparidad se corresponde perfectamente con el distinto sentido de cada uno de los derechos y con la concepción liberal del honor como derecho individualista, así como con su relevancia a efectos económicos.

Históricamente viene estableciéndose una distinción entre distintas conductas que se reprimen en cuanto pueden llegar a afectar al derecho al honor. Desde mediados del siglo XIX en España se distingue básicamente entre calumnias e injurias, según se tratara de imputaciones de hechos o meras descalificaciones. Este sistema quedó muy modificado a partir de la reforma del Código Penal de 1995. Más que la denominación, lo que se cambió fue el alcance de las acciones que se prohíben: por influencia de la doctrina del Tribunal Constitucional, dejó de exigirse el concepto de verdad objetiva como única posibilidad de excluir las lesiones del honor y se abrió la posibilidad de usar la veracidad como criterio para considerar o no dañado el honor. En todo caso las categorías se mantienen y los dos tipos penales esenciales en esta materia siguen siendo la calumnia y la injuria.

a) *La calumnia*

Aparece recogida como delito en el artículo 205 del vigente Código Penal:

Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.

Así pues, de lo que se trata es de una *imputación* falsa, o sea de adjudicar a otra persona una conducta que no ha realizado. No hay calumnia cuando se presentan al público documentos sin hacer con ellos ninguna acusación concreta. Tampoco cuando se denuncia la comisión de un hecho sin atribuírsela a ninguna persona. La calumnia exige que se establezca públicamente una conexión entre un sujeto y un hecho, que se acuse a alguien. Pero tampoco es bastante cualquier acusación. Lo que se ha de imputar es un *delito*, es decir alguna acción que aparezca prevista en el

Código Penal con esa denominación. No hay calumnias cuando se acusa a alguien de haber cometido una mera infracción administrativa (por ejemplo, si se dice de alguien que ha aparcado su coche en un lugar prohibido, o si se le acusa de no haber pagado a tiempo un impuesto determinado). Ni siquiera cuando se le acusa de haber cometido lo que aparece en el código penal como una *falta*: golpear o maltratar a una persona sin producirle lesiones, no informar de un menor abandonado, apropiarse sin violencia de bienes valorados en menos de cincuenta mil pesetas, deslucir inmuebles, etc. Es imprescindible que la imputación corresponda a un delito: robo, homicidio, violación, estafa, etcétera.

Además de la descripción objetiva de la conducta que se considera calumnias, la ley recoge también una serie de requisitos subjetivos de la persona autora de las calumnias: debe hacerlo con conocimiento de que la imputación es falsa o, cuanto menos, con «temerario desprecio a la verdad». El conocimiento de la falsedad se refiere a los supuestos de mala voluntad expresa, en los que se sabe con cierta convicción que realmente no es verdad que la persona aludida hubiera cometido ese delito y sin embargo se afirma. Por razones lógicas es de esperar que no sea ésta la modalidad que se aplique con más frecuencia a los periodistas. De hecho, la expresión «temerario desprecio a la verdad» parece surgida del deseo de respetar el ámbito de la libertad de información en consonancia con la jurisprudencia constitucional.

El adjetivo «temerario» implica la asunción de un riesgo por el autor. Una conducta es temeraria cuando antes de realizarla uno prevé que eventualmente puede producir un daño pero aún así decide acometerla, pese al riesgo. O sea, que el periodista ha de estar en situación de saber que, a la vista del grado de contraste con el que ha examinado la información caben aún ciertas *dudas razonables* sobre su veracidad y es posible que la publicación *cause un perjuicio*. Ambos elementos han de concurrir conjuntamente. De este modo, no hay temerario desprecio a la verdad si razonablemente debe pensarse que en las circunstancias concretas del caso, vistas las comprobaciones realizadas por el periodista éste estaba convencido de la veracidad de la noticia. Sería excesivo exigir que no le cupiera ningún género de dudas sobre la veracidad (en tal caso, nunca podría llegar a publicarse nada, porque siempre puede hallarse un resquicio de duda) sino simplemente que estuviera en condiciones objetivas de considerarse razonablemente seguro de lo que escribió. El concepto de temerario desprecio a la verdad *no siempre encaja* absolutamente con el de «diligencia profesional suficiente». Cuando una noticia se ha contrastado diligentemente, está excluido siempre un desprecio temerario a la verdad. No sucede igual en el caso contrario: es posible que aunque no se haya contrastado suficientemente una información desde el punto de vista de la diligencia profesional, ese fallo no llegue a ser «temerario». Eso sucede básicamente cuando el periodista no asumió realmente la posibilidad de un daño, o éste le pareció objetivamente improbable y leve. Si se publica un hecho que no se ha contrastado suficientemente pero que objetivamente no parecía que podía provocar un daño al honor de nadie no se incurrirá en delito de calumnia, porque no puede hablarse realmente de asunción

de un riesgo... aunque incluso en ese supuesto el autor podrá ser responsable *civil* del daño. Lo más importante a la hora de la aplicación de las calumnias es entender que su regulación actual se ha de conciliar siempre con el derecho a la libertad de información para que la amenaza de sanciones penales no se convierta en un elemento del poder público para evitar la crítica informativa. Veamos un ejemplo.

En *Diario 16*, del 11 de noviembre de 1994 se publica una noticia de redacción en la cual se informa de que la asociación ASAPA ha denunciado represalias sobre varios reclusos. Tras ello sigue el titular «Revelan presuntos malos tratos a presos de Daroca». En el cuerpo de la noticia se dice que ASAPA había denunciado que los presos testigos de la paliza a un recluso «están siendo objeto de amenazas de traslado a otros centros penitenciarios y de represalias en caso de comunicar con personas vinculadas a ASAPA» (texto entrecomillado en la noticia), y se añade a continuación que ASAPA tenía constancia de la intervención de las comunicaciones mantenidas entre esos presos y sus Abogados, y que la dirección ponía trabas para contactar con la víctima del apaleamiento denunciado. Se incluye también la información de que ASAPA ha solicitado a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias que investigue los hechos y ha reclamado el cese del Director del centro penitenciario en cuestión, así como el de su Subdirector de Seguridad, «por las reiteradas denuncias que llegan a ASAPA por su participación en hechos vejatorios y vulneradores de derechos fundamentales de las personas que allí se encuentran cumpliendo condena», entre ellos se citan: «La existencia de continuos malos tratos a los internos, que tienen como instigador al Subdirector de Seguridad del Centro Penitenciario de Daroca y a una red de confidentes que efectúan denuncias falsas, a cambio de tratos de favor»; «la multitud de denuncias existentes por parte de los presos en relación con los problemas surgidos por la mala asistencia sanitaria, hasta la lamentable muerte de personas por negligencia médica»; el «permiso encubierto de drogas, para evitar que se produzcan motines entre los internos»; y, finalmente se afirmaba que, «Daroca es uno de los centros donde más se incumple la legislación penitenciaria» (STC 2/2001).

En este caso, se inició un proceso por calumnias contra los representantes de la indicada asociación. Se les reprochaba haber imputado a los responsables de la prisión de Daroca la comisión de varios delitos. Las afirmaciones de la asociación se basaban en hechos alegados por los internos en el centro penitenciario en varias denuncias presentadas ante los tribunales de justicia, aunque en todos los casos los responsables de la prisión habían resultado finalmente absueltos. ¿Hay temerario desprecio a la verdad cuando se mantiene públicamente que alguien ha cometido un delito basándose en las declaraciones de sus presuntas víctimas aunque haya resultado absuelto judicialmente? Evidentemente no se trata de informaciones basadas en meros rumores, sino que tienen una base fáctica, aunque no se ajuste a lo declarado como verdad judicial. El Tribunal Constitucional, a la hora de resolver el asunto, considera que la información era veraz y relevante públicamente. Recuerda la constante afirmación de que la veracidad (es decir, el contraste exigido para que no pueda hablarse de «temerario desprecio a la verdad») no es equivalente a la verdad judicial y a partir de ahí llega a la conclusión de que, si se denuncia la comisión de un delito con el suficiente contraste y basándose en pruebas bastantes no hay temerario desprecio a la verdad. Ni siquiera aunque la persona a la que se le impute el delito resulte absuelta judicialmente del mismo. Por tanto, no hay calumnia cuando la información es veraz, digan lo que digan los tribunales.

La pena a imponerse por el delito de calumnias aparece en el artículo 206 CP:

Las calumnias serán castigadas con las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses, si se propagaran con publicidad, y, en otro caso, con multa de cuatro a diez meses.

Sobre ello sólo merece la pena señalar que las calumnias vertidas en medios de comunicación, lógicamente, son siempre «con publicidad». En ese punto el código lo que intenta diferenciar son simplemente las imputaciones que tienen trascendencia pública de aquellas otras que se hacen personalmente y tienen menos alcance social sobre la consideración ajena del ofendido. En cuanto a las penas previstas es destacable que la pena de prisión es optativa; o sea, que en todo caso queda en manos del juez —vista la gravedad de daño y la malicia presente en la conducta del periodista— la decisión acerca de castigarlas con una multa o con la privación de libertad del autor.

b) La injuria

Este delito se reformó notablemente en 1995. Actualmente el artículo 208 CP lo enuncia de la siguiente manera:

Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves.

Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.

Como se ve, si la esencia de la calumnia era la acusación falsa de un delito, la de la injuria se refiere más a los insultos. Se castigan tanto expresiones (insultos, esencialmente) como actos (piénsese, por ejemplo, en un corte de manga, o en un gesto obsceno levantando el dedo corazón, o en el acto de escupir a alguien) que atentan contra la dignidad, entendida ésta como reducto último tanto de la fama como de la autoestima. Como se recordará, insistimos en su momento en que el concepto de honor es de configuración exclusivamente social, no personal. La dignidad, sin embargo, como valor esencial del ordenamiento, alude al mínimo respeto que merece una persona: tanto frente a los demás como frente a sí mismo. Así pues, lo primero que hay que destacar de este delito es que lo que se protege no es el honor, sino *la dignidad*. Cuando el Código Penal insiste en que sólo se castigan las injurias graves es por esta misma razón: no basta con dañar el prestigio social de una persona, sino que ha de hacerse de un modo lo suficientemente grave como para que esté en juego su dignidad personal.

Coherentemente con tal planteamiento, la concreción de si se lesiona o no la dignidad se hace a partir del «concepto público»: no se trata tanto de que existan expresiones socialmente consideradas como insulto, sino sobre todo de las circunstancias en que se producen las expresiones o los gestos y del efecto que causan. De ese modo, lo que interesa no es tanto la forma como la intención y posibilidad de humillar a la víctima. La *humillación* es el resultado de cualquier lesión a la dignidad y, como se sabe, es algo que depende del contexto social en el que ésta se mueve. Cuando una expresión o gesto sean despreciativos de una persona, pero no lleguen al grado de resultar socialmente humillantes habrá que entender que no hay lesión de la dignidad y que, por tanto, no se ha incurrido en el delito de

injurias.

Tradicionalmente, los tribunales también exigen para poder castigar la injuria una especial actitud subjetiva del autor: la *intención de insultar (animus iniuriandi)*. Ello implica que no es posible la injuria por negligencia o descuido, sino que ha de realizarse con la intención expresa de causar una humillación. Por un lado se entiende que son posibles otras muchas intenciones además de la de insultar (el profesor que atribuye un insulto a un estudiante sin más intención que la de poner un ejemplo, el amigo que insulta a otro en un contexto de broma o incluso cariño) y por otro no puede hablarse de auténtica lesión de la dignidad si no se hace voluntariamente. Así pues, normalmente sólo hay injuria cuando se dé esta intención, aunque sea conveniente señalar que este requisito no aparece ya expresamente recogido en el texto del Código Penal, de modo que puede ser discutible. De hecho, hay un importante sector de la doctrina que a partir de 1995 defiende la posibilidad de injurias culposas, en las que no hay intención de insultar, sino tan sólo conocimiento de la posibilidad de causar un perjuicio en la dignidad del aludido.

Todo lo dicho sirve para la injuria en sentido tradicional, que es la recogida en los dos primeros párrafos del artículo 208. En el último párrafo, no obstante, se introdujo en 1995 un tipo nuevo de injurias que viene a confundir en cierta medida los conceptos y al que le es aplicable un *régimen diferenciado*. Ese apartado viene a establecer que hay injurias que consisten en imputar hechos y que en tales ocasiones la gravedad se concreta en «el conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad». De ese modo, lo que se hace realmente es considerar injurias las imputaciones de hechos que no estén tipificados como delito pero resulten deshonorosos. A esta especie de «calumnia leve» se la ha denominado a veces *difamación*, si bien se trata de una expresión que implica ciertas connotaciones peyorativas (puede parecer un límite excesivo a la libertad de información), por lo que la mayoría de estudiosos y jueces prefieren no utilizarla. Para este tipo de injurias es de aplicación todo lo que dijimos a propósito de la calumnia respecto al concepto de «temerario desprecio hacia la verdad». Sin embargo, como se verá, plantea ciertos problemas en cuanto a la falsedad: actualmente —para la jurisprudencia ordinaria— son posibles injurias consistentes en la imputación de hechos, *incluso cuando se trate de hechos veraces*. Hay que entender que se trata de afirmaciones veraces que no tengan la mínima relevancia pública necesaria para autorizar su publicación; en caso contrario supondría una irregularidad que no puede admitirse, en la medida en que podría llevar a condenar a quienes transmitan informaciones veraces relevantes, lo cual está expresamente vedado por el Tribunal Constitucional. Por tanto, la injuria consistente en imputar hechos está prohibida, aunque los hechos sean veraces, si se trata de hechos irrelevantes socialmente. Con esta modificación este tipo de injurias puede orientarse también a la protección del *derecho a la intimidad*.

Por otro lado, es posible que en ocasiones sea difícil discernir si se está ante una ofensa o una imputación de hechos. Por regla general hay que entender que el uso de expresiones injuriosas o la intención de insultar implican que se incurra en una ofensa, sin que importe que indirectamente se esté también imputando un hecho. Esto

es muy relevante a la hora de demostrar la veracidad para librarse del castigo: las humillaciones nunca pueden considerarse ciertas. Así si alguien utiliza la expresión «subnormal» con intención manifiesta de humillar a un disminuido síquico no puede presentar certificados médicos que demuestren su afirmación; no se trataría de la imputación de un hecho, sino de una vejación.

Por lo que hace a la pena, respecto a la injuria aparece en el artículo 209 CP:

Las injurias graves hechas con publicidad se castigarán con la pena de multa de seis a catorce meses y, en otro caso, con la de tres a siete meses.

En este caso, por tanto, no se prevén ya penas de prisión sino exclusivamente pecuniarias. Con ello se ha conseguido quitar cierta presión a la actividad periodística, si bien se mantiene la posibilidad de inhabilitación para ejercer como periodista como pena accesoria a la multa.

c) Disposiciones comunes: instancia de parte y exceptio veritatis

El Código Penal establece también algunas disposiciones comunes tanto para la calumnia como para la injuria que terminan de configurar su régimen jurídico. De entre ellas hay dos que merecen la pena ser destacadas: la persecución exclusivamente a instancia de parte y la excepción de verdad. Sobre la primera, conviene conocer el artículo 215.1 CP:

Nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querella de la persona ofendida por el delito o de su representante legal. Bastará la denuncia cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes a ejercicio de sus cargos.

Esta disposición sólo puede ser entendida comprendiendo la diferencia entre denuncia y querella. La denuncia consiste en comunicar un dato al juzgado o la fiscalía para que éstos procedan a investigarlo y, si lo consideran oportuno, abrir un procedimiento contra el culpable. La querella, en cambio, implica la solicitud de abrir un procedimiento penal contra una persona en el que —aunque participa el fiscal— el querellante se constituye en parte. De modo que es directamente el ofendido el que participa en el juicio como acusación particular, intentando conseguir que el juez condene a quien él considera culpable. La denuncia puede —y con frecuencia debe— hacerla cualquier persona que tenga conocimiento de que se ha cometido un delito o incluso de oficio el propio fiscal, mientras que la querella la interpone exclusivamente el perjudicado por el delito.

Pues bien, en los delitos contra el honor sólo se puede poner en marcha el juicio si lo solicita expresamente el ofendido, que pasa entonces a ser acusación particular. No puede enjuiciarse a una persona por calumnia o injuria a partir de que alguien haya presenciado el delito y lo comunique a las autoridades; tampoco por propia iniciativa de los órganos judiciales o la fiscalía; sólo a instancia del perjudicado. Son, lo que se denomina «delitos perseguibles sólo a instancia de parte». Este régimen especial responde a la naturaleza misma del derecho al honor, al que cabe renunciar y en el que es imprescindible que el menoscabo en la consideración ajena además de ser socialmente constatable sea entendido como negativo por la propia víctima. Si uno

considera que lo que se ha dicho contra él no lesiona su honor, no tiene sentido perseguir ni castigar a quien lo ha dicho. Tampoco si consiente en aceptar la lesión. De hecho incluso se establece en el código (art. 215.3 CP) que el perdón del ofendido provoca la extinción de la responsabilidad y termina con el proceso ya iniciado. Sería un disparate que si un ciudadano, o incluso un policía o un juez, escucha a una persona insultando a otra puedan iniciar un procedimiento penal contra ella, incluso a pesar de que su supuesta víctima negase que se tratase de un insulto porque, por ejemplo, estuvieran bromeando.

La única excepción a este principio la constituyen las ofensas contra los poderes públicos por hechos relacionados con el ejercicio de sus funciones. En estos casos bastará la mera denuncia, lo que se explica porque en ellos no está realmente en juego el derecho al honor de las personas sino el prestigio de las instituciones públicas. Al ser el bien protegido un interés público, y no un derecho fundamental, resulta lógico que cualquier ciudadano o el propio ministerio fiscal puedan poner en marcha un procedimiento judicial.

Más complicada es la regulación de que se conoce como *exceptio veritatis* o excepción de verdad. Se trata originariamente de una construcción de los jueces, que pasó luego al Código Penal. En esencia, la idea es que en los delitos consistentes en la imputación de hechos desaparece la infracción si se demuestra que eran ciertos. Es decir, que aunque se hubiera realizado una acusación con temerario desprecio a la verdad, o incluso estando convencido de que era absolutamente falsa, si después se demuestra que era verdadera la persona no puede ser castigada. Esto es especialmente aplicable al delito de calumnias, tal y como dice el artículo 207 CP:

El acusado por delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiera imputado.

Es posible que la demostración llegue después de la condena por calumnias o injurias (porque al supuesto ofendido se le condene judicialmente por aquello de lo que había sido acusado, o porque en otro proceso salgan a la luz datos que hagan que lo que se dijo se considere un hecho probado), y entonces ésta perdería eficacia. Pero más interesante es la posibilidad de que la demostración se haga en el mismo juicio por el presunto delito contra el honor: en realidad esta normal excepcional permite que el juicio por calumnias se convierta en un juicio contra el ofendido. Como el acusado puede intentar demostrar que sus afirmaciones eran ciertas, en última instancia el juez tendrá que decidir si la persona que se dice calumniada ha cometido o no un delito. Un ejemplo histórico puede ilustrar este mecanismo:

En 1888 el escritor Oscar Wilde mantenía una relación amorosa con el joven lord Alfred Douglas, a pesar de que en el código penal vigente en la Inglaterra de entonces se castigara como un delito la sodomía: o sea, las relaciones homosexuales. Un día el Marqués de Queensberry, padre del muchacho, le deja al literato en su club una nota dirigida a «Oscar Wilde, que alardea de sodomita». Wilde se siente ofendido y presenta una querrela por calumnias contra Queensberry... con el desastroso resultado de que el Marqués en su defensa logra demostrar que era cierta la existencia de relaciones homosexuales. La consecuencia inmediata fue la absolución por calumnias y la apertura de un juicio por sodomía contra el escritor, quien al final fue a dar con sus huesos en la cárcel.

Evidentemente lo que pasó es que el juicio por calumnias se volvió contra quien lo

había iniciado. Esta posibilidad también influye en la norma de que el delito sólo pueda perseguirse a instancia del perjudicado: es una manera de que no se use la calumnia con fines torticeros, para provocar una condena de otro tipo contra alguien. De ese modo, la persona a la que se acusa públicamente de haber cometido un delito que no desee verse expuesta a la necesidad de demostrar que no lo hizo —frente a ocasionales pruebas que surjan en el juicio— puede sencillamente renunciar a su derecho a presentar una querrela por calumnias. En ocasiones es mejor soportar la duda que suscita una acusación pública a través de los medios de comunicación que ser condenado judicialmente.

La razón de ser de la *exceptio veritatis* se ha buscado a veces en que lo que el legislador quiere proteger es el honor real de una persona, no lo que se conoce como «honor aparente». Por ello, tradicionalmente no se aplicaba la excepción a las calumnias dirigidas contra instituciones del Estado. En 1992 esto provocó una condena del Tribunal Europeo de Derechos Humanos contra España, dictada en el caso *Castell contra España* (23 de abril de 1992):

El señor Castell, senador de la coalición Herri Batasuna, publicó en 1981 en la revista *Punto y Hora de Euskalerría* un artículo en el que hacía responsable al gobierno español de la situación de violencia y de algunos asesinatos cometidos en el País Vasco. A raíz del mismo el ministerio fiscal inició un proceso contra Castell por el delito de calumnias contra el gobierno. El antiguo código penal no permitía la excepción de verdad en ese delito, de manera que pese a que él lo solicita, en el juicio no se le permite siquiera presentar pruebas para demostrar su afirmación de que el Gobierno era responsable de esos crímenes y se le condena a dos años de prisión. El Tribunal Europeo de Derecho Humanos considera que al no darle siquiera la posibilidad de demostrar la veracidad se ha lesionado la libertad de información en su aspecto participativo y de crítica política.

Efectivamente, en la actualidad la *exceptio veritatis* cumple un objetivo distinto, de más trascendencia social: impedir que el derecho penal castigue denuncias amparadas por la libertad de información y necesarias en una sociedad democrática. La finalidad más trascendente de la libertad de información es permitir que los ciudadanos conozcan el funcionamiento y las irregularidades de la acción de los poderes públicos. No puede utilizarse el delito de calumnias o el de injurias para obstaculizar la difusión de informaciones veraces; mucho menos cuando se trata de informaciones veraces que se mueven en el ámbito de la crítica política.

Tal razonamiento hace posible plantearse la constitucionalidad de los artículos del Código Penal que aún en la actualidad castigan imputaciones de hechos con independencia de que sean o no veraces. Mientras que en el delito de calumnia siempre puede invocarse la excepción de verdad (art. 207 CP), en el terreno de la injuria consistente en imputar hechos, o difamación, sólo se reconoce la *exceptio veritatis* cuando las imputaciones se dirijan contra funcionarios públicos por hechos relativos al ejercicio de sus cargos. Esta norma, que aparece en el artículo 210 CP, responde a un interés por proteger la libertad de información, de tal modo que se pueda cumplir el objetivo constitucional del libre flujo de la crítica política como mecanismo democrático para mejorar el funcionamiento de la administración. Aunque es cierto que en estos casos es en los que más claramente está en juego la crítica política no ha de olvidarse que la libertad de información también protege la difusión de hechos veraces relativos a particulares. De hecho, normalmente, al poner

en evidencia irregularidades cometidas por ciudadanos normales se está poniendo indirectamente en tela de juicio la eficacia y el funcionamiento de los servicios públicos. En cualquier caso, cuando un ciudadano realiza un acto deshonesto está asumiendo —excepto en los casos en que el acto pertenezca al ámbito exclusivo de su vida privada— el eventual descenso en la consideración ajena que lleva implícito. Por tanto, en esos casos no hay ningún honor a proteger. A lo sumo hay una intimidad amparable; por ello, lo más correcto sería entender que el acusado de injurias también se libra de su responsabilidad penal si puede demostrar la veracidad de sus imputaciones, con la única excepción de que *se estén revelando hechos sin relevancia pública*. A pesar de que el artículo 207 CP al definir la *exceptio veritatis* nada más habla de «delito de calumnia» y tan sólo de la posibilidad de probar «el hecho criminal», la lógica lleva a aplicar esta excepción también al delito de injurias cuando ésta consista en la imputación de un hecho deshonesto pero no delictivo, en un contexto relevante públicamente. La eventualidad de que al permitir demostrar la veracidad de determinadas imputaciones socialmente relevantes sobre particulares pudiera llegar a violarse su derecho a la intimidad no debe ser un obstáculo; la inexistencia de delitos que castiguen de manera general la intromisión en la intimidad de las personas no puede remediarse coartando el derecho a la libertad de información.

d) Otros delitos similares

El Código Penal recoge toda otra serie de delitos de características muy similares a la injuria y la calumnia típicas. Son una serie de acciones que históricamente se denominaron «desacato» y que minan el prestigio de las instituciones del Estado. Se contienen especialmente en el Título veintiuno del libro segundo, entre los *delitos contra la Constitución*. Así, en el capítulo tercero bajo la rúbrica de «delitos contra las Instituciones del Estado y la división de poderes», junto a delitos como la invasión armada de las Cortes o la perturbación del orden durante sus sesiones se recogen las injurias a las Cortes Generales y sus equivalentes autonómicos (art. 496). También las calumnias o injurias al Gobierno, al Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional (art. 504). El artículo 505 tipifica las injurias contra las fuerzas armadas y los cuerpos de seguridad. En todos estos casos está especialmente prevista la vigencia de la excepción de verdad, así que la única novedad derivada del hecho de que se recojan individualmente es que la pena prevista es superior a la de las injurias o calumnias simples, aunque sin conllevar tampoco la privación de libertad.

Diferente es el caso de las injurias y calumnias contra la corona, recogidas en los artículos 490 y 491 CP. En el caso de injurias y calumnias graves contra los miembros de la familia real en el ejercicio de sus funciones la pena prevista oscila entre los seis meses y los dos años de prisión. Además en todos los casos de injurias o calumnias a la familia real se ha omitido voluntariamente cualquier alusión a la posibilidad de demostrar la veracidad del hecho imputado para librarse de la pena prevista. De ese modo no está claro si legalmente se permite o no la *exceptio veritatis*

en estos supuestos, aunque el mandato de interpretación de las leyes conforme a la Constitución lleva a entender que la protección del prestigio y el honor de los miembros de la Corona (?) no puede realizarse en violación del derecho a la libertad de información. Así, por ejemplo, si un periodista ve personalmente a SM el Rey despedazando intencionadamente a varias personas con una motosierra, ha de poder publicar que el Rey es un asesino sanguinario sin exponerse por ello a ser condenado por calumnia, puesto que en última instancia lo que está haciendo es informar a la sociedad de hechos ciertos relativos a la más alta autoridad del Estado. Otros bienes constitucionales como el respeto, o el necesario prestigio de las instituciones públicas aunque tienen una notable importancia (el prestigio, por ejemplo, es especialmente necesario como elemento de cohesión nacional en torno a las figuras simbólicas) deben ceder en una sociedad que se califica de democrática frente a la libertad de información.

También es posible que surjan ocasionalmente conflictos entre estos delitos y el derecho a la libertad de expresión. Como se sabe, la libertad de expresión está especialmente garantizada cuando se trata de difundir opiniones políticas y dar a conocer a los ciudadanos opciones de gestión del Estado. Por ello, son posibles conflictos derivados de la defensa de opciones radicalmente distintas para la configuración del Estado. Así las ideas republicanas pueden verse en sí mismas como una injuria contra la Corona al negar su utilidad. Un conflicto similar se da con el delito conocido como ultraje a España, que incluye las ofensas o ultrajes contra sus símbolos o emblemas, así como contra los de las Comunidades Autónomas. Es conocida la polémica que despertó en los Estados Unidos el que el Tribunal Supremo considerara ocasionalmente que la quema de una bandera del país era un ejercicio legítimo de la libertad de expresión. En nuestro país no sería descabellada alguna decisión similar, de modo que será el juez encargado de aplicar las normas penales el que tenga que tener en cuenta en cada caso si la conducta no merece ser castigada por constituir el ejercicio legítimo de un derecho fundamental. Así sucede en el caso del Rey y los mundiales de fútbol (STC 20/1990):

El recurrente, periodista de profesión, coincidiendo con la celebración en España del Campeonato Mundial de Fútbol celebrado en la primavera-verano de 1982, publicó en la revista semanal *Punto y Hora*, en su número 270, correspondiente a la semana del 18 al 25 de junio de 1982, un artículo titulado «Junio de los Mundiales y agosto de las multinacionales» con el siguiente texto: «Spain is not different?, del uso por los políticos (en especial los dictadores: Mussolini, Hitler, Franco, Videla,...) del fútbol espectáculo y de los grandes acontecimientos deportivos casi no hace falta hablar, de tan sabido. Este Mundial va a servir para hacer aún más propaganda del Rey Español representándolo como la democracia en persona. Por supuesto ocultará que la monarquía fue restaurada por Franco. Se ocultará también la foto de Juan Carlos presidiendo el mitín fascista en la Plaza de Oriente, justificando los fusilamientos de opositores en 1975, atacando la democracia europea. Dicen que la memoria no es política. Por lo visto tampoco es político de que haya quien esté en la cárcel (Amuriza, Idígora y Gorostidi) por disentir del Rey. A lo mejor no decir “amén” a todo lo que digan y hagan el Borbón y su Corte es antidemocrático. A lo mejor resulta que el “Eusko Gudariak” es un himno fascista. En cualquier caso los presos políticos, el pasado fascista del Rey, las bases y composición de esta monarquía, el ruido de sables, y lo que haga falta se esconderán bajo la alfombra. España es una unidad... ¡perdón!, es una democracia ejemplar, donde el pueblo está unido en torno a un Rey demócrata de toda la vida».

Este artículo dio lugar a la incoación de un sumario, siendo procesado el autor por

un supuesto delito de injurias al Jefe del Estado del artículo 147 del Código Penal de entonces. Celebrado el juicio oral, la Audiencia Nacional dictó una sentencia en la que se contiene el siguiente razonamiento jurídico:

Que el contexto del artículo notoriamente apasionado en la crítica de instituciones, personas e incluso de la propia Monarquía Española, no se destacan vocablos, ni incluso frases, que objetivamente puedan encuadrarse en el concepto que de injurias suministra el artículo 457 del CP y la doctrina que lo interpreta, y como del total escrito entrecomillado en el exponendo fáctico tampoco es dable inferir un *animus iniuriandi* respecto al Monarca reinante (elemento subjetivo del delito tema del proceso), sino tan sólo los sentimientos políticos de su autor —no precisamente monárquicos— y tales ideas no son susceptibles de incardinar en orden punitivo, en cuanto amparadas por los principios constitucionales de libertad ideológica, de pensamiento e información con arreglo a las previsiones contenidas en los artículos 16 y letras a) y d) del artículo 20 de nuestra Ley fundamental; se impone la absolución del procesado del delito de injurias al Jefe del Estado que viene acusado por el Ministerio Fiscal.

Efectivamente, las críticas a las instituciones que no pongan de manifiesto una expresa voluntad de humillación, no pueden ser consideradas injurias. La intención de insultar se convierte así en el elemento definitorio, de modo que si la intención dominante es otra (esencialmente, si es la de crítica política) no se dan los requisitos para considerar la acción como delito.

B) DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD Y LA INFANCIA

En el apartado de delitos contra la intimidad, el Código Penal se limita a recoger los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento de morada. Ambos están relacionados con la fase de elaboración de la información, más que con la transmisión efectiva de la misma. Por eso vimos ya todo lo relativo al descubrimiento y la revelación de secretos en la lección oportuna.

En cuanto al allanamiento de morada, tampoco merece la pena detenerse mucho en ella porque no plantea ningún tipo de conflicto con la libertad de información; al menos no más que otros delitos: a la hora de recabar información debe respetarse todo el derecho penal, no se puede incurrir en allanamiento de morada, igual que tampoco puede conseguirse mediante robo u homicidio. En todo caso, merece la pena destacar que se trata de un derecho fundamental que la propia Constitución vincula al de la intimidad en su artículo 18. Lo que se castiga es entrar en una vivienda ajena o mantenerse en ella contra la voluntad del morador. También en la sede de personas jurídicas. En cuanto a los establecimientos abiertos al público, durante sus horas de apertura, sólo se castiga el mantenerse en ellos con violencia o intimidación, en contra de la voluntad del titular.

De manera conexa, el art. 171.2 CP castiga a quien exija dinero bajo la amenaza de difundir hechos referentes a la vida privada de los demás.

En cuanto a la vulneración del derecho a la propia imagen, no existe ningún delito que lo sancione. Tampoco hay normas penales específicas que castiguen la vulneración de los derechos de menores o de la infancia a través de los medios de comunicación.

2. TUTELA CIVIL Y PENAL ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

De todo lo dicho hasta el momento puede deducirse que la opción entre la vía civil y la penal no es meramente una cuestión de elegir entre la venganza social o la recuperación del daño sufrido. Más allá de eso, la protección y la cobertura penales son distintas de las civiles: el ámbito de lo que se considera como lesión es mayor en el terreno civil que en el penal. Civilmente cualquier vulneración de un derecho fundamental se considera como un daño que le permite a uno conseguir una indemnización. En cambio, penalmente ya se ha visto que el daño perseguible es mucho más restringido; sólo se produce cuando se dan todas las condiciones previstas en el Código Penal a la hora de definir los delitos.

De este modo es posible, e incluso frecuente, que daños que uno sufre en sus derechos fundamentales (y que por la vía civil podían dar lugar a una reparación) sean irrelevantes por la vía penal. No solamente sucede porque las conductas perseguibles penalmente son pocas, respecto a todas las lesiones de derechos fundamentales; también porque los conceptos penales —incluso los que aparentemente se deducen de la doctrina del Tribunal Constitucional— suelen ser más restringidos que los civiles. Así, no siempre que una noticia está insuficientemente contrastada desde la perspectiva de la diligencia profesional se puede hablar de temerario desprecio hacia la verdad. Tampoco todos los insultos relevantes para excluir un ejercicio legítimo de la libertad de información pueden considerarse siempre injurias. En definitiva, parece claro que la tutela penal es fragmentaria y no se corresponde realmente con la protección de derechos fundamentales, sino con el ejercicio del poder correctivo del Estado.

Esto hace que el Tribunal Constitucional entienda que los obstáculos que sufra un ciudadano para poder ejercer la tutela penal *no suponen una lesión de su derecho al honor* o la intimidación. Si la persona que se siente ofendida en su honor por una información opta por la vía civil, en caso de que no se condene al periodista a reparar el daño, puede acudir ante el Tribunal Constitucional alegando una lesión de su derecho al honor. Civilmente se enfrentan dos derechos y si se protege a uno, se está negando el otro. En cambio, si opta por la vía penal lo que está es simplemente pidiendo el castigo de un individuo. Si no se le castiga, el ofendido no sufre ninguna lesión en sus derechos, ni puede por tanto acudir al Tribunal Constitucional. Se entenderá mejor con un ejemplo, el del conocido como caso Lapiedra I (STC 297/1994):

El 21 de diciembre de 1990, don Vicente Lapiedra Cerdá presentó una denuncia ante el Juzgado de Guardia de Valencia, por injurias y calumnias, contra Ramón de España, periodista del diario *El País*, por el artículo aparecido en el mencionado periódico el día 28 de junio de 1990, titulado «Pasar por Lapiedra». En éste, se trataba de hacer una crónica sobre el juicio contra la secta Ceis que se celebraba en aquellos momentos. En la misma, el periodista incluye expresiones que el aludido considera denigrantes, en concreto las siguientes: «[...] cuando la silueta rechoncha del señor Lapiedra aparece en la pequeña pantalla arrastrando la pata chula [...]», «[...] ese gordinflón de gafas *degradees*, camisas floreadas y pantalones de pata de elefante [...]», «[...] lo que me inquieta de este individuo es su innegable personificación del mal. Si es cierto que la cara es el espejo del alma, Vicente Lapiedra tiene todas las papeletas para pudrirse en el infierno. ¿Pero existe el infierno? Por si las moscas, el señor Lapiedra parece habérselas apañado para construir uno en la tierra [...]», «[...] falso maestro y reputado

sobón de niños [...]», «[...] un sujeto perverso que se las ha apañado para vivir como un señor a costa de la estupidez ajena [...]», «[...] pero convendrán conmigo en que el *affaire* Lapiedra es de un basto que atufa [...]», «[...] cosa que convierte la maldad del señor Lapiedra en la ley del más fuerte: destruir un cerebro confuso e ignorante es tan fácil como engañar a un niño. En ambas actividades Vicente Lapiedra parece ser un maestro».

A pesar de las expresiones, el juez responsable en último término de resolver la querella considera que el informador no tenía intención de insultar, por lo que lo absuelve. El señor Lapiedra, entonces, acude al Tribunal Constitucional entendiendo que al no condenar al autor de esas expresiones se le está desprotegiendo, y vulnerando, a él su derecho al honor.

Sobre ello, dice el Tribunal Constitucional que la vía civil es procedente frente a todo género de injerencia o intromisión ilegítima. En el proceso penal, sin embargo, se protege el derecho al honor en tanto en cuanto la injerencia o intromisión pueda ser constitutiva de delito, persiguiendo el acusador particular la imposición de una pena. En otras palabras, el Juez civil tiene un elenco de posibilidades para apreciar la efectiva vulneración del derecho al honor más amplio que el Juez penal, que, para poder determinar la existencia de una infracción al honor, ve ceñido su examen a que efectivamente exista un delito tipificado en el Código Penal. De ese modo, por la vía penal no se está juzgando si se vulnera o no el honor, sino se ha cometido o no un delito determinado. En el caso Lapiedra el juez ha llegado a la conclusión de que, probada la inexistencia del *animus iniuriandi*, la ausencia de este elemento esencial del delito impide apreciar la comisión de un delito de injuria o de calumnia. Incluso aunque esta apreciación fuera errónea, ello no implicaría una lesión del honor del aludido. Aparte de ello, tampoco existe ningún «derecho a que se condene a otra persona».

Efectivamente, el recurso de amparo constitucional no es cauce idóneo para pedir una condena penal, ya que la Constitución no otorga ningún derecho a obtener tal satisfacción. Por ello, ante asuntos de este tipo incluso aunque el Tribunal Constitucional entrase en el fondo del asunto lo que no podría nunca es analizar si concurren o no los elementos del tipo delictivo, de modo que una eventual sentencia de este tipo se limitaría a constatar que se ha lesionado el derecho fundamental, sin poder anular la sentencia absolutoria impugnada (así, la STC 21/2000). En estas circunstancias, lo más razonable es que ante un asunto en el que la víctima de un exceso en la libertad de información haya optado por la vía penal, el Tribunal Constitucional se abstenga de analizar siquiera el fondo.

Ello no quiere decir que —siguiendo con el ejemplo elegido— las expresiones del artículo periodístico en cuestión no fueran lesivas del derecho al honor de Don Vicente Lapiedra. Seguramente, el tipo de descalificaciones que se recogen implica un descenso en la consideración ajena que constituye una lesión de su honor. En caso de haber elegido la vía civil para proteger este derecho es muy probable que le hubieran dado la razón los jueces ordinarios. Si no hubiera sido así, habría podido acudir —esta vez sí— ante el Tribunal Constitucional porque al no condenar al autor civilmente sí que se estaría dejando sin protección su derecho al honor. En cambio, al haber optado por la vía penal no ha abierto la discusión sobre si se ha dañado o no el honor, sino simplemente sobre si se ha incurrido o no en un delito.

A) LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL

La tutela jurisdiccional de los derechos sirve para que el titular de un derecho se vea amparado frente a quienes se lo han lesionado. Implica la figura de un responsable, al que hasta ahora nos hemos referido simplemente como «el autor de la lesión». Por eso, el estudio de la tutela no queda completo hasta que no se vea cómo se determina quién es esa persona que debe responder jurídicamente. En última instancia, el responsable es el que va a ingresar en prisión, o el que deberá pagar la multa, o el que ha de reparar económicamente el daño derivado de la invasión en un derecho ajeno.

El asunto podría parecer excesivamente evidente: el responsable es el que comete la acción contraria a los derechos fundamentales. En los casos que hemos estado viendo, el periodista. Sin embargo basta una ligera reflexión para darse cuenta de que la solución no es tan fácil como aparenta: por un lado, resulta que con frecuencia al hallar una información que vulnera el honor o la intimidad de alguien, no se puede identificar al autor. En los medios hay informaciones que aparecen sin firmar; otras que firma un seudónimo; otras en cuya elaboración y difusión participan distintas personas. Así que el primer problema es el de la determinación del autor. Por otro lado, resulta que normalmente el origen del daño no está tan sólo en la persona que ha escrito o elaborado la información, sino que el desprestigio o la publicación de hechos íntimos, o lo que sea, se debe tanto al que la crea como a quienes conociendo su contenido colaboran en extender sus efectos mediante la difusión. Desde este punto de vista, sería injusto —y poco práctico— que el encargado de remediar el daño (o la persona a la que se castigue) fuera exclusivamente el periodista.

Las normas sobre responsabilidad aclaran estas dudas, y lo hacen diferenciando entre la responsabilidad civil y la penal. Comencemos por la segunda. Penalmente, la lógica en un Estado de derecho impone que nadie sea condenado más que cuando cometa una acción tipificada como delito, con negligencia o mala voluntad expresa. No puede condenarse a quien carezca de la voluntad de daño o no actúe de manera imprudente. Este principio ha llevado a que penalmente el responsable es tan sólo el propio autor. Así lo recoge el artículo 30 CP:

1. En los delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieran favorecido personal o realmente.

2. Los autores responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden:

1) Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo.

2) Los directores de la publicación o programa en que se difunda.

3) Los directores de la empresa editora, emisora o difusora.

4) Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora.

3. Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior.

Como se ve, la primera norma es que no puede castigarse a los cómplices (o sea, a quienes colaboran con el periodista para que elabore una información delictiva) o inductores. La segunda es lo que se conoce como «*responsabilidad en cascada*»: ha de responder en principio el autor (el que realmente haya redactado el texto), pero en caso de que no sea posible castigarlo por cualquier causa, pues se castiga al director. Si tampoco al director se le puede condenar, entonces se intenta con el editor; la empresa editora representada en la persona que la dirija. Cuando tampoco se consiga iniciar el proceso contra el editor se perseguirá al impresor. Se trata, pues, de una especie de escala en la que cuando no se consigue que responda penalmente el que inicialmente debería se baja al siguiente escalón. Por otro lado, hay que destacar que el Código Penal no se ha actualizado de manera que las figuras del director, editor e impresor tengan su traducción contemporánea para los formatos audiovisuales. El papel que antes cumplía el impresor, ahora puede tener su equivalencia en el dueño de un cable a través del que emite una televisión, o de un satélite desde el que se transmiten las ondas de radio o televisión. Con ello parecen también figuras intermedias que habrán de ser interpretadas en cada caso: ¿el titular de un portal de internet es asimilable al editor o al impresor? Seguramente, si se trata de contenidos propios elaborados, financiados o fomentados por el portal habrá de considerársele editor; si de contenidos absolutamente ajenos que usan el portal para llegar hasta el público, impresor.

Lo chocante de esta norma es la amplitud de las causas por las que se pasa al siguiente en la lista. En primer lugar, el que no exista o no se conozca a la figura que debería ser responsable: y es perfectamente lógico que si no se conoce al escritor, pues se presuma que ha sido el director de la publicación el que ha elaborado el texto injurioso o calumniador; y si no se conoce quién es el director, pues que se piense que ha sido el editor. Incluso el impresor, cuando falten las figuras anteriores. Del mismo modo, si alguna de estas personas es —por ejemplo— un menor de edad inimputable, pues también se entiende que sea el adulto por cuyas manos pasa después la información el que deba controlar su legitimidad. Lo que parece más discutible es que si el periodista que ha escrito una noticia injuriosa huye del país y con eso consigue sustraerse a la acción de la justicia, pues se castigue al director. En este punto, lo dispuesto en el Código Penal puede llegar a resultar contrario a la Constitución al castigar a quien no comete una imprudencia ni ha actuado con mala intención. Para evitarlo hay que interpretar que la responsabilidad penal sólo baja al siguiente de la lista cuando pueda demostrarse que éste estaba efectivamente en condiciones de controlar el contenido de la información e incidir sobre él. Por ejemplo, el responsable de la imprenta de un periódico de ámbito nacional normalmente no puede ni controlar el contenido de cada una de las informaciones ni, mucho menos, variar su contenido, así que no podrá ser imputado por injurias o calumnias en el caso de que el autor, el director y el editor huyan y eludan la acción de la justicia. Igual sucederá si se demuestra que el responsable de la empresa editora no tiene materialmente tiempo para revisar el contenido de algún artículo (imagínese el caso de un programa televisivo en directo), o si el director estaba de vacaciones cuando se publicó la

noticia. En todos estos ejemplos es evidente que no hay negligencia ni mala fe en las personas que según el Código Penal podían estar en el siguiente escalón de la responsabilidad, así que no puede condenárselas por los delitos derivados de las informaciones que ellos no han podido variar.

La *responsabilidad civil* es muy diferente: en su contenido, y también en las personas obligadas. Civilmente la persona responsable se verá obligada a reparar el daño, directamente o a través de una indemnización económica sustitutoria. Eso lleva a que sea importante que tendencialmente se intente asegurar que quien responde tiene patrimonio suficiente para afrontar la indemnización, pues en caso contrario se frustraría la reparación del derecho una vez acordada por los tribunales: si se condena a pagar a quien no puede hacerlo, al final la víctima no recibirá el dinero que sustituye al derecho que ha perdido. Por otra parte, civilmente no es necesaria una imprudencia o mala fe absolutamente demostrada, sino que caben casos de lo que se denomina «responsabilidad objetiva», en los que una persona debe responder porque se entiende que siempre hay negligencia, sin necesidad de demostrarlo (por ejemplo, los profesores responden por los daños que causen sus alumnos, sin que haya que demostrar que han descuidado su vigilancia).

La suma de estas dos ideas ha llevado a que siga en vigor el sistema diseñado por la ley de prensa de 1966; lo que se denomina, *responsabilidad solidaria*, que recoge su artículo 65.2:

La responsabilidad civil por actos u omisiones ilícitos, no punibles, será exigible a los autores, directores, editores impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, con carácter solidario.

La solidaridad es la técnica según la cual varias personas son *todas al mismo tiempo* responsables de una *obligación completa*. De ese modo, cada uno de ellos debe responder, si se le exige, de la totalidad de la indemnización que hayan determinado los jueces, que no se divide a partes iguales entre todos los obligados. Esa totalidad opera exclusivamente frente a quien exige la deuda (la víctima de la información ilícita, por ejemplo), que podrá reclamar a cualquiera hasta recibir completamente lo que se le pide; pero no opera entre ellos mismos: cuando uno haya satisfecho lo que se le exige (o parte de ello) podrá exigir luego que se divida de manera que todos soporten a partes iguales la deuda.

Como se ve, la idea de fondo es que siempre haya alguien responsable con recursos suficientes como afrontar el pago, de manera que el perjudicado pueda recibir realmente la indemnización que se le ha otorgado judicialmente. Por eso, la empresa editora, a la que se le supone una mayor solvencia económica queda también obligada a pagar las cantidades que se fijan como consecuencia de los daños al honor, la intimidad o la imagen que haya causado cualquiera de sus periodistas. Está claro que esta disposición resulta muy útil desde el punto de vista del perjudicado. Al periodista puede complicarle su vida laboral: la empresa se sentirá normalmente más legitimada para imponer trabas y cautelas de autocensura si sabe que se arriesga a perder dinero, incluso mucho dinero. De cualquier modo, se ha llegado a plantear que la responsabilidad solidaria en los medios de comunicación puede ser

inconstitucional, puesto que resulta imaginable que se vea obligado a pagar una indemnización alguien que no ha participado directamente en la elaboración de la información.

Sobre ello se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, que ha validado la norma, aunque con alguna salvedad. En las SSTC 171 y 172/1990 (FJ 3.º y 7.º, respectivamente) dice que: «La responsabilidad civil solidaria, entre otros, del director del medio periodístico y de la propia empresa editora se justifica en la culpa in eligendo o in vigilando del editor o del director, dado que ninguno de ellos son ajenos al contenido de la información y opinión que el periódico difunda.»

En este sentido argumenta que el director tiene derecho de veto sobre el contenido de todos los originales del periódico lo que «hace evidente que exigirle responsabilidad civil por las lesiones que pueden derivarse de las informaciones publicadas en el periódico en nada vulnera el derecho a la libertad de información, puesto que este derecho también se ejercita desde la dirección del medio periodístico y, por tanto, puede imponérsele la reparación de los daños que su ejercicio incorrecto o abusivo ocasione a terceros y lo mismo cabe afirmar de la empresa editora, ya que a ella corresponde la designación del director». En definitiva, el director debe responder porque tiene derecho de veto y la empresa porque designa al director. No parece un argumento verdaderamente convincente, pero en última instancia la responsabilidad solidaria es legítima esencialmente porque asegura una protección efectiva de los derechos del honor, la intimidad y la propia imagen.

En cuanto a implicar también en la cadena de responsabilidad al impresor o incluso al importador parece que habrá que analizar de nuevo caso por caso, de modo que tan sólo cuando realmente las empresas de impresión o difusión (porque la responsabilidad solidaria se aplica a todos los medios de comunicación, no sólo a la prensa escrita), o la empresa importadora hayan tenido acceso al contenido de las informaciones y posibilidades reales de controlarlo o, al menos, de impedir el daño producido, estarán también obligadas al pago solidario de la indemnización.

ANEXO

Código Penal

DELITOS CONTRA EL HONOR DE LA CALUMNIA

Artículo 205. Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.

Artículo 206. Las calumnias serán castigadas con las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses, si se propagaran con publicidad, y, en otro caso, con multa de cuatro a diez meses.

Artículo 207. El acusado por delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado.

DE LA INJURIA

Artículo 208. Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves.

Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.

Artículo 209. Las injurias graves hechas con publicidad se castigarán con la pena de multa de seis a catorce meses y, en otro caso, con la de tres a siete meses.

Artículo 210. El acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando éstas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas.

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 211. La calumnia y la injuria se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante.

Artículo 212. En los casos a los que se refiere el artículo anterior, será responsable civil solidaria la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o injuria.

Artículo 213. Si la calumnia o injuria fueren cometidas mediante precio, recompensa o promesa, los Tribunales impondrán, además de las penas señaladas para los delitos de que se trate, la de inhabilitación especial prevista en los artículos 42 ó 45 del presente Código, por tiempo de seis meses a dos años.

Artículo 214. Si el acusado de calumnia o injuria reconociere ante la autoridad judicial la falsedad o falta de certeza de las imputaciones y se retractare de ellas, el Juez o Tribunal impondrá la pena inmediatamente inferior en grado y podrá dejar de imponer la pena de inhabilitación que establece el artículo anterior.

El Juez o Tribunal ante quien se produjera el reconocimiento ordenará que se entregue testimonio de retractación al ofendido y, si éste lo solicita, ordenará su publicación en el mismo medio en que se vertió la calumnia o injuria, en espacio idéntico o similar a aquel en que se produjo su difusión y dentro del plazo que señale el Juez o Tribunal sentenciador.

Artículo 215. 1. Nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal. Bastará la denuncia cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos.

2. Nadie podrá deducir acción de calumnia o injuria vertidas en juicio sin previa licencia del Juez o Tribunal que de él conociere o hubiere conocido.

3. El culpable de calumnia o injuria quedará exento de responsabilidad criminal mediante el perdón de la persona ofendida por el delito o de su representante legal, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4 del artículo 130 de este Código.

Artículo 216. En los delitos de calumnia o injuria se considera que la reparación del daño comprende también la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del condenado por tales delitos, en el tiempo y forma que el Juez o Tribunal consideren más adecuado a tal fin, oídas las dos partes.

DELITOS CONTRA LA CORONA

Artículo 490. 1. El que allanare con violencia o intimidación la morada de cualquiera de las personas mencionadas en los artículos anteriores será castigado con la pena de prisión de tres a seis años. Si no hubiere violencia o intimidación la pena será de dos a cuatro años.

2. Con la pena de prisión de tres a seis años será castigado el que amenazare gravemente a cualquiera de las personas mencionadas en el apartado anterior, y con la pena de prisión de uno a tres años si la amenaza fuera leve.

3. El que calumniare o injuriare al Rey o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe heredero de la Corona, en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si la calumnia o injuria fueran graves, y con la de multa de seis a doce meses si no lo son.

Artículo 491. 1. Las calumnias e injurias contra cualquiera de las personas mencionadas en el artículo anterior, y fuera de los supuestos previstos en el mismo, serán castigadas con la pena de multa de cuatro a veinte meses.

2. Se impondrá la pena de multa de seis a veinticuatro meses al que utilizare la imagen del Rey o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o de la Reina consorte o del consorte de la Reina, o el Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero, de cualquier forma que pueda dañar el prestigio de la Corona.

DELITOS CONTRA LAS INSTITUCIONES DEL ESTADO

Artículo 496. El que injuriare gravemente a las Cortes Generales o a una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, hallándose en sesión, o a alguna de sus Comisiones en los actos públicos en que las representen, será castigado con la pena de multa de doce a dieciocho meses.

El imputado de las injurias descritas en el párrafo anterior quedará exento de pena si se dan las circunstancias previstas en el artículo 210.

Artículo 504. Incurrirán en la pena de multa de doce a dieciocho meses los que calumnien, injurien o amenacen gravemente al Gobierno de la Nación, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo, o al Consejo de Gobierno o al Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma.

El culpable de calumnias o injurias conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior quedará exento de pena si se dan las circunstancias previstas, respectivamente, en los artículos 207 y 210 de este Código.

Se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años a los que empleen fuerza, violencia o intimidación para impedir a los miembros de dichos Organismos asistir a sus respectivas reuniones.

Artículo 505. Los que injuriaren o amenazaren gravemente a los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, serán castigados con la pena de multa de doce a dieciocho meses.

El culpable de las injurias previstas en el párrafo anterior quedará exento de pena si se dan las circunstancias descritas en el artículo 210 de este Código.

BIBLIOGRAFÍA

Sobre este tema abunda la bibliografía especializada de derecho penal. De manera orientativa pueden citarse algunas obras de referencia:

— María Viviana CARUSO FONTÁN, *El delito de calumnias y la protección del honor*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2008.

— Rosa FERNÁNDEZ PALMA, *El delito de injuria*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001.

— María Aránzazu MORETÓN TOQUERO, *Delitos contra el honor: la calumnia*, Bosch, Barcelona, 2001; y *Delitos contra el honor: la injuria*, Bosch, Barcelona, 2001.

LECCIÓN DOCE

EL ESTATUTO JURÍDICO DEL INFORMADOR

SUMARIO: 1. EL CONCEPTO DE PERIODISTA.—2. LA ORGANIZACIÓN INTERNA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN: EL DIRECTOR.—3. LAS ASOCIACIONES DE PERIODISTAS.—4. LOS ÓRGANOS DE CONTROL Y AUTOCONTROL.—A) *El ejemplo británico.*

1. EL CONCEPTO DE PERIODISTA

A primera vista, éste es un tema que casi ni merece la pena abordar desde el punto de vista jurídico, a no ser para constatar que *no existe un concepto jurídico determinado de periodista*. Es decir, que no hay en nuestro país normas jurídicas vinculantes que prescriban quién es y quién no es periodista a ningún efecto. Sí que existen normas que hablan de los periodistas (*verbi gratia*, la propia Constitución cuando se refiere al secreto profesional) como sujetos de algún derecho u obligación. Cuando los poderes públicos tienen que aplicarlos deben realizar una tarea interpretativa del concepto. Así, es cierto que los órganos del Estado han de funcionar con frecuencia con una definición de qué sea periodista; por ejemplo, para saber quién puede beneficiarse del secreto profesional y quién no. Sin embargo, en los distintos casos en los que las leyes hablan de «periodistas» (igual que cuando el Código Civil o Penal se refieren a los posaderos o a los maestros) el término puede tener distintos significados: no se considera periodista a las mismas personas a efectos de poder invocar el secreto profesional que a efectos de acogerse a la cláusula de conciencia.

Con todo ello, en lo que queremos insistir es en que no hay una definición apriorística legal. Existió un intento de delimitación en el Estatuto de la Profesión Periodística, aprobado en 1967¹, pero ha de entenderse derogado tácitamente por la Constitución; esencialmente porque no se trata de una profesión regulada jurídicamente, sino una actividad libre que puede ejercer cualquier ciudadano. Así, puede deducirse fácilmente que para ser considerado periodista en nuestro país no es imprescindible disponer de ninguna titulación o habilitación específica, ni estar acreditado ante ningún organismo público o privado. En la mayoría de las ocasiones, las referencias legales a los periodistas traslucen un *concepto funcional* de la profesión; es decir, que legalmente se suele considerar periodista a todo aquel que efectivamente ejerce funciones de tal.

Dicho esto, hay que señalar también que con frecuencia normas legales y Sentencias judiciales, que apuntan en la dirección funcional, hacen equivalente el concepto de periodista al de *profesional* de la información. Como se recordará, incluso el propio Tribunal Constitucional cuando abordaba el asunto de la titularidad de la libertad de información aludía a quienes hacen de la transmisión de hechos su

profesión. Del mismo modo se refiere en otras ocasiones al profesional de la información. Esta equiparación ha dado pie a teorías que —aún dejando de lado la formación académica— intentan delimitar el concepto constitucional de periodista a partir de la vinculación laboral a un medio de comunicación. Sin embargo, la realidad es que aunque la vinculación laboral con un medio de prensa es un indicio significativo de que efectivamente se desarrollan funciones de periodista, también lo es que puede haber personas que sean periodistas sin que medie esa vinculación laboral (no solamente los becarios que aprenden el oficio, sino incluso los corresponsales por afición que no reciben a cambio remuneración alguna); de hecho, incluso existen medios de comunicación institucionalizados que no funcionan como empresas y en los que los periodistas trabajan benévolamente (piénsese en una emisora de radio que pertenezca a una ONG, o en el periódico de una facultad o instituto de enseñanza). Por eso, habrá supuestos en los que la profesionalidad sea requisito imprescindible para gozar de algún beneficio jurídico atribuido a los periodistas —como sucede con la cláusula de conciencia— y habrá otros en los que lo determinante sea, exclusivamente, el *dedicarse a la tarea de transmitir información mediante la vinculación con algún medio de comunicación*. Con eso basta, por ahora, para ser considerado periodista en España, salvo los casos en los que la literalidad o el sentido de las normas jurídicas impongan requisitos adicionales.

A partir de este concepto abierto pueden enfocarse el resto de asuntos relacionados con el estatuto jurídico del periodista. Por un lado destaca la vinculación con el medio, y en ese sentido convendrá señalar algunas prescripciones legales relativas a la organización interna de los medios de comunicación. Por otro, la ausencia de una regulación de la profesión periodística —que es en verdad bastante reciente— ha llevado a los profesionales de la información a agruparse en asociaciones profesionales a las que se les quiere dar a veces valor jurídico compulsivo. Por último, en relación con este mismo sentimiento profesional, se hace necesario abordar los mecanismos y organizaciones creadas por los propios periodistas para controlar el ejercicio de su actividad.

2. LA ORGANIZACIÓN INTERNA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN: EL DIRECTOR

Sólo se puede tener una idea realista de las facultades de los poderes públicos para intervenir sobre los medios de comunicación si se miran con perspectiva histórica. En efecto, las relaciones entre los órganos del Estado y los medios de comunicación son en cada país producto de su historia. En la mayoría de países europeos, el siglo XIX supuso un tránsito más o menos minucioso del sistema de licencias estatales para la prensa a uno de prensa libre. Ello se hizo pasando por etapas en las que los mecanismos de censura y control se fueron debilitando. De ese modo se fue formando una prensa libre, asentada la idea de que la exclusión de cualquier injerencia del poder sobre los medios de comunicación es una de las bases esenciales del sistema

democrático representativo. Por ello mismo, a finales del siglo xx la tendencia europea era, en cierta medida, la contraria: numerosos Estados estaban a la búsqueda de mecanismos que, sin cercenar la libertad de información, pusieran coto social a la actividad de los medios. En España, sin embargo, como la fase de libertad de información ha empezado hace relativamente poco, aún parece constitucionalmente inadmisibles casi cualquier modo de intervención legislativa sobre la organización y el funcionamiento de la prensa.

De este modo, la etapa franquista ha marcado decisivamente el régimen de los medios de comunicación en nuestro país. Como se sabe, en los primeros momentos de la guerra civil se dictaron unas normas muy restrictivas de la libertad de información. La ley de prensa de 1938 atribuye al Estado «la organización, vigilancia y control de la institución nacional de la Prensa periódica». De ese modo, toda la prensa queda nacionalizada, constituyendo prácticamente un auténtico servicio público. La figura —obligatoria— del director alcanza entonces cierto protagonismo como representante estatal y responsable público del funcionamiento de los periódicos y de su afección al nuevo régimen. Este papel variará notablemente con la ligera apertura que produce la ley de prensa e imprenta de 1966 (Ley 14/1966) y el estatuto del periodista del año siguiente. Al permitir la existencia de medios privados de comunicación, pero sometiéndolos a un severo control estatal, todo el régimen jurídico de la prensa pasa a girar en torno al director: es una figura de presencia obligatoria que se caracteriza por ser el responsable legal último de todo lo divulgado a través del medio, disponiendo a cambio de poder de decisión última y determinación sobre los contenidos. Como se vio, la ligazón entre poder de veto y responsabilidad del director sigue vigente, incluso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Y es que esta ley de 1966 no ha sido nunca derogada expresamente. Algunos de sus artículos más claramente contrarios a la Constitución fueron anulados ocasionalmente por leyes democráticas (por ejemplo, todo el capítulo tercero, acerca de las empresas periodísticas, quedó derogado expresamente por la Ley 29/1984 sobre subvenciones al papel prensa); alguna vez, cuando el Tribunal Constitucional se ha tropezado con algún artículo claramente inconstitucional también ha declarado que hay que considerarlo como inexistente, por contrario a la Constitución (así, el art. 12 sobre el depósito previo obligatorio). Sin embargo, gran parte de la ley sigue en una especie de limbo: con la entrada en vigor de la Constitución, en diciembre de 1978, hay que entender que se derogaron todas las normas contrarias a ella. El problema es que no siempre hay acuerdo en torno a qué artículos son contrarios a la Norma Fundamental y cuáles no. En principio, parece que la mayoría de disposiciones relativas al director siguen en vigor, al menos por lo que hace a la prensa escrita. De hecho el Tribunal Constitucional las ha admitido e incluso aplicado en diversas ocasiones. Así pues, es esa norma del período franquista la que regula el régimen jurídico del director en la educación. Conviene, pues, tener en cuenta el momento histórico en el que se dictó y el cambio en cuanto a la libertad de información que ha supuesto la Constitución de 1978 para poder entender bien su eficacia.

En cuanto al contenido, ante todo la Ley establece la obligación de que al frente de todo medio de comunicación haya un Director. Esa obligación sigue en vigor, independientemente del tipo de medio o su entidad, siempre tiene que haber un director o alguien que ocupe sus funciones. En este sentido no es imprescindible utilizar la terminología «director», sino atribuirle a alguien sus funciones. El Tribunal Constitucional ha reconocido la posibilidad de que exista la figura del subdirector (o redactor jefe) que lo sustituya durante sus ausencias, aclarando que se considerará director a quien en cada momento ejerza esas funciones, con independencia de su categoría profesional.

Inmediatamente, como una especie de contrapartida por convertirlo en responsable último ante la administración, la ley define sus funciones: *orientación, determinación del contenido y representación jurídica* del medio. Así visto, parece que, en primer lugar, es él el que tiene la última palabra en cuanto a la *definición ideológica* e informativa del medio de comunicación. Eso implicaría que es necesario su consentimiento para definir la línea que se ha de seguir y que, aparentemente, en caso de discrepancia con la empresa editorial acerca del enfoque informativo general prevalece la opinión del director. Evidentemente, en un sistema de libertad de empresa y propiedad privada de los medios esta facultad no es más que una quimera. La empresa editora puede decidir no solamente la sustitución del director, sino también el modo en que se han de utilizar los recursos del medio de comunicación: si el sueldo de los periodistas y la inversión en materiales y maquinaria se utiliza de un modo u otro. En última instancia son los propietarios los que decidirán, por encima del director, cuál es el enfoque informativo e ideológico más conveniente en cada momento. No se olvide que la empresa tiene absoluta libertad —dentro del respeto a las normas laborales que regulen el contrato del director— para designar como director a la persona que deseen en cualquier momento.

La *determinación del contenido*, por su parte, sí que es facultad propia del director que es quien tiene la última palabra gracias a lo que la ley denomina «derecho de veto». El director tiene el derecho de veto sobre el contenido de todos los originales del medio, tanto de redacción como de administración y publicidad. Eso significa que puede negarse a la inclusión de cualquier contenido y que tiene la capacidad de revisarlos y adaptarlos, de modo que todo lo que se difunde posteriormente se presume que tiene la aprobación del director, lo haya él autorizado o no. Si no lo ha hecho es por negligencia, de modo que no se rompe la presunción. Tratándose de medios audiovisuales esta facultad se complica y puede verse matizada, debiéndose deslindar entre las competencias del director del medio y las del director de cada programa. Aún así, sigue siendo el director del medio el que ha de controlar en última instancia todos los contenidos.

Por lo que hace a la *representación jurídica* del medio, el director no necesita de ningún poder especial para actuar ante la administración y los tribunales en nombre de éste. O sea, que no hace falta un documento por el que se delegue en la persona del director la facultad de hablar y actuar en nombre del medio, decidiendo por él y vinculándolo jurídicamente: se entiende que es algo implícito en el acto de

nombramiento del director. En su virtud, puede actuar en los tribunales de justicia (como parte demandada o como parte demandante) en nombre del periódico, puede también actuar en procedimientos administrativos (sanciones y multas municipales o de un ministerio, por ejemplo) y realizar peticiones o reclamaciones. Jurídicamente la acción del Director vincula al periódico y, consecuentemente, a la empresa editora.

Por otro lado, la ley fija también una serie de requisitos para poder ser director, que hay que entender que apenas tienen vigor en la actualidad. Se exigía especialmente ser de nacionalidad española, residir en el mismo lugar en el que el periódico tiene su sede y tener el título de periodista inscrito en el registro oficial. Más allá, se prohibía que fueran directores las personas condenadas judicialmente o sancionadas por asuntos de prensa y quienes tuvieran un cargo público. Es más dudoso que ninguno de ellos pueda seguir exigiéndose hoy día, aparte de que se preveía inicialmente tan sólo para las agencias de prensa y los medios escritos de comunicación, lo que puede dificultar su aplicación a los medios audiovisuales cuando no exista una clara analogía. En todo caso, estas normas nunca fueron aplicables más que a los periódicos con finalidad comercial y cierta entidad en cuanto a su distribución.

3. LAS ASOCIACIONES DE PERIODISTAS

Como consecuencia de los mecanismos de control estatal que han marcado en nuestra historia reciente a los periodistas, se plantea aún que exista cierta especialidad en cuanto a la posibilidad de desempeñar tal profesión. Ya se habló arriba de que la Constitución impone la libertad de elección de profesión. Ello no obsta para que en determinados casos el legislador, o incluso la administración, pueda exigir que se den determinados requisitos para autorizar que alguien ejerza una profesión. Van desde las exigencias más banales (por ejemplo, el conocido como «carné de manipulador de alimentos» para la hostelería), a la obligatoriedad de tener determinada titulación (el título de magisterio, por ejemplo, para impartir enseñanzas regladas en colegios) y al requisito máximo de la colegiación obligatoria. Este último implicaría la necesidad de pertenecer a una entidad semi pública-semi privada (el Colegio) con facultades disciplinarias y de control para poder ejercer una profesión.

En tal sentido, se ha discutido si sería constitucional el exigir de modo obligatorio la colegiación para trabajar como periodista. De hecho, en 1985 el Parlamento catalán aprobó una ley que parecía ir en ese sentido y que fue inmediatamente impugnada ante el Tribunal Constitucional. El máximo intérprete de la Constitución no tuvo ocasión de pronunciarse al respecto puesto que la ley fue reformada muy pronto (Ley 1/1988 del Parlamento catalán) eliminándose la alusión a la colegiación obligatoria. Sin embargo, a la vista de lo dispuesto en la Constitución y partiendo del sentido constitucional de la libertad de información, la mayor parte de la doctrina científica jurídica considera que *no puede exigirse estar colegiado para poder ejercer como periodista*.

Efectivamente, hay que tener en cuenta dos perspectivas: de una parte, las restricciones que la Constitución impone a la existencia de colegios profesionales de adscripción obligatoria. De otra, la construcción constitucional de la libertad de información alrededor del pluralismo. Respecto a la primera, el artículo 22 CE garantiza la libertad de asociación, que debe entenderse tanto en sentido positivo como negativo: todos pueden crear asociaciones, pero no se puede obligar a nadie a pertenecer a una asociación. Esa disposición sólo admite excepciones en casos extraordinarios en los que haya un interés público grave en juego. Así, en el supuesto de médicos o abogados está en juego la pericia profesional de personas que han de garantizar bienes como la vida o la justicia, valores superiores del ordenamiento. Resulta constitucionalmente admisible que para ser médico o abogado haya que ser admitido en un colegio que comprueba la titulación y la pericia del profesional, puesto que ésa es una manera de asegurar la protección a la vida y a la justicia en la sociedad. Sólo puede imponerse la afiliación a un colegio profesional cuando sea la única manera de conseguir un fin constitucionalmente lícito o cuando el propio colegio aparezca recogido en la Constitución como obligatorio. No parece que la creación de un colegio obligatorio de periodistas sea la única manera de asegurar una comunicación pública libre de informaciones.

Desde la perspectiva de la libertad de prensa, por otro lado, el derecho a transmitir información veraz se orienta hacia el pluralismo. Eso quiere decir que la intención constitucional es que el máximo de personas puedan transmitir informaciones para que en la sociedad circulen el máximo de hechos y datos que contrastar. El ejercicio de este derecho no puede hacerse depender de que te autorice un órgano público. Ni siquiera si ese órgano establece criterios como el tener la licenciatura en periodismo para poder trabajar como periodista. La transmisión de informaciones *no es sólo una profesión* sino que es además un derecho fundamental al que todos tienen acceso. A la sociedad le interesa la amplitud, no las limitaciones, en cuanto al número de personas que transmiten informaciones. Se trata de una consideración desde el punto de vista estricto de la Constitución, que no implica ninguna valoración respecto a la capacitación profesional de los licenciados en periodismo. Posiblemente un licenciado en periodismo está más capacitado para la tarea de la transmisión de informaciones, pero ello no quiere decir que pueda tener la exclusiva del ejercicio de ese derecho fundamental.

Así pues, no puede imponerse la pertenencia a un colegio profesional como requisito para la práctica del periodismo. Ello no implica que no puedan existir colegios y otras asociaciones profesionales de adscripción voluntaria. De hecho existen, y son variadas. En la etapa franquista se crearon las asociaciones provinciales de la prensa. En principio, eran organizaciones de control político de los periodistas, encargadas de autorizar el ejercicio de la profesión y con facultad incluso sancionadora. Hoy día se mantienen como asociaciones profesionales de periodistas que velan por los intereses de sus miembros. Algo muy similar son los colegios profesionales que se han ido creando recientemente. Son normalmente de ámbito autonómico y aspiran a sustituir en cierto modo a las asociaciones de la prensa. Con

este tipo de asociaciones se solapan también los sindicatos. No solamente los sindicatos denominados «de base», es decir aquellos que agrupan a todo tipo de categorías de trabajadores, sino incluso también sindicatos profesionales de periodistas e informadores. Todo este tipo de entidades, nacidas normalmente con la doble intención de defensa de intereses y autocontrol son un mero ejercicio de la libertad de asociación. Su estudio queda, pues, alejado del tema de este curso.

4. LOS ÓRGANOS DE CONTROL Y AUTOCONTROL

Más allá de la adscripción individual a organizaciones profesionales o de defensa de intereses, hay otro tipo de agrupaciones periodísticas que pueden tener cierta trascendencia jurídica. Esencialmente se trata de organismos con una vocación deontológica que, por ello, entran más directamente en el campo de la ética o la responsabilidad profesional del informador. Sin embargo, en la medida en que gocen de cierto amparo legal por parte del Estado, si sus decisiones vinculan a los medios de comunicación se meten en el terreno del derecho. Se trataría de normas acordadas por las propias partes que quedan vinculadas pero cuyo cumplimiento se asegura a través de los tribunales de justicia. Es lo que sucede, por ejemplo, con los convenios colectivos en el ámbito de las empresas: los negocian sindicatos y trabajadores pero se convierten en normas invocables ante los tribunales. Por tanto, en la medida en que estos órganos de autocontrol logren ese tipo de eficacia para sus resoluciones, se estará fuera del campo de la ética, entrando en el del Derecho.

En la actualidad, en España no existen órganos de autorregulación con tanta trascendencia. En Cataluña ha habido un par de intentos a nivel autonómico pero con escasa repercusión jurídica. Esencialmente se han creado dos órganos: el Consejo de la Información (CIC) y el Consejo Audiovisual (CAC).

El Consejo de la Información se creó a partir de una iniciativa conjunta del Colegio de Periodistas y diversos sindicatos y universidades relacionados con la información. Está compuesto por quince miembros de los cuales cinco son periodistas. Su intención es resolver quejas del público respecto al incumplimiento por parte de los medios de comunicación de un código deontológico aprobados por el colegio profesional correspondiente. En ese sentido, aunque aspira a involucrar voluntariamente al máximo de medios de comunicación, sus resoluciones tienen un valor exclusivamente moral. Por lo demás, es un órgano privado, sin un especial respaldo jurídico por parte del Estado.

En cambio, el Consejo Audiovisual se creó por una ley del Parlamento de Cataluña (Ley 8/1986). Se trata, por tanto, de un órgano de carácter estatal y con poder vinculante. Esta figura se inspira, evidentemente, en un consejo similar que es en Francia el encargado de aplicar la mayoría de la normativa relativa a los medios audiovisuales. En el caso catalán, el CAC —cuyos miembros son nombrados por el Parlamento, el Gobierno y los municipio— tiene funciones de vigilancia y control del respeto a los derechos y a la dignidad de la persona en la programación audiovisual.

Sin embargo, tampoco es un órgano directamente ejecutivo, puesto que no tiene capacidad de acordar sanciones sino, exclusivamente, de informar a la autoridad competente que es la que en última instancia decidirá al respecto. Evidentemente, no se trata de un órgano de autocontrol, pero su manera de actuar hasta el momento ha demostrado una cierta voluntad de servir de lugar de diálogo y encuentro de profesionales y especialistas de la comunicación para aportar ideas a propósito de las normas jurídicas que se aplican al sector.

A) EL EJEMPLO BRITÁNICO

Quizás, para hablar de las posibilidades de la autorregulación, convenga hacer una referencia a la experiencia que parece funcionar mejor dentro de nuestro entorno. Se trata de la británica Comisión de Quejas sobre la Prensa (*Press Complaints Commission*, PCC). En el Reino Unido existió desde los años cincuenta del siglo xx una clara preocupación social por los excesos de la prensa sensacionalista. A raíz de ello se dieron numerosos intentos de aprobar leyes que limitaran la posibilidad de los medios de comunicación de lesionar los derechos al honor y la intimidad, sobre todo. Sin embargo, cada uno de los proyectos de ley se encontró siempre con la oposición frontal de la opinión pública en nombre de la libertad de información. Así, una vez demostrada la inutilidad de las normas parlamentarias de control, surgió la idea de que fueran los propios medios de comunicación, con el respaldo del Estado, los que se impusieran ciertos límites. En un principio esta filosofía se plasmó en lo que se llamó el *Press Council*. Se trataba de un órgano de autorregulación en el que se intentó que los periodistas no fueran mayoría. Con el paso del tiempo demostró su ineficacia y sus recomendaciones comenzaron a ser cada vez menos obedecidas, de modo que en los años noventa era ya más un referente ético que un organismo eficaz para la protección de los derechos de los ciudadanos frente a la prensa. Es entonces cuando se crea la Comisión de Quejas.

Está compuesta por dieciséis miembros: ocho son personas independientes, siete profesionales del mundo de la prensa (periodistas, editores, directores); el restante es el presidente, que no puede tener ninguna vinculación con medios de comunicación. Todos son nombrados a través de un sistema complicado de comisiones independientes que en último término emanan de las asociaciones de la prensa. Éstas son las que financian todo el mecanismo a través de una tasa que cobra a los medios de comunicación. La Comisión se basa en un código de conducta de los periodistas que contiene toda una serie de obligaciones y prohibiciones para la actuación de los medios. Cualquier ciudadano que considere que ha sufrido un perjuicio a causa del incumplimiento de algún apartado del código de conducta puede presentar una reclamación ante la Comisión. Ésta puede admitirla o no. Si la admite puede intentar llegar a una solución de consenso que satisfaga a ambas partes (por ejemplo, que el medio publique una disculpa, o que destruya un material) o, en caso de desacuerdo, puede elaborar una resolución de condena del medio y dictar las medidas de reparación necesarias. La Comisión no sustituye totalmente al sistema judicial, puesto

que no puede acordar ningún tipo de indemnización ni el pago de ninguna cantidad de dinero a los perjudicados. Pero a cambio su tramitación es más rápida. Su principal baza es la publicidad de las decisiones. Es cierto que por ahora ningún medio está jurídicamente obligado a cumplir lo que la Comisión determine, pero el hecho de que haya sabido aglutinar a todas las asociaciones de la prensa y cuente con su respaldo hace que en la práctica se pueda garantizar un alto nivel de eficacia.

ANEXO

Código de Conducta de la Comisión de Quejas sobre la Prensa (británica)

1. EXACTITUD

Los periódicos y revistas deberían tener cuidado de no publicar material inveraz, engañoso o distorsionado, incluidas las fotos.

En caso de que se reconozca que ha sido publicada una información significativamente inveraz, engañosa o distorsionada, debe ser corregida rápidamente y con la debida relevancia.

Cuando sea apropiado debe publicarse una disculpa.

Los periódicos, a pesar de ser libres de tomar partido, deben distinguir claramente entre opiniones, conjeturas y hechos.

Los periódicos y revistas deben informar correctamente y de manera veraz del resultado de los procesos por difamación en los que hayan sido parte.

2. DERECHO DE RÉPLICA

Cuando se solicite razonadamente, debe darse a los individuos y organizaciones la oportunidad de replicar a las inexactitudes.

3. INTIMIDAD

Todos tienen derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su hogar, salud y correspondencia. Las publicaciones deberán justificar cualquier intromisión en la vida privada de un individuo sin su consentimiento.

El uso de teleobjetivos para tomar fotos de personas en lugares privados sin su consentimiento es inaceptable.

(Nota: Se entiende por lugares privados las propiedades públicas o privadas donde hay una expectativa razonable de intimidad.)

4. MOLESTIAS

Los periodistas y fotógrafos nunca deben obtener o intentar conseguir información o fotografías por medio de la intimidación, la molestia o la persecución persistente.

Tampoco deben fotografiar a particulares en lugares privados (definidos en el sentido de la nota a la cláusula tercera) sin su consentimiento; no deben insistir en llamadas telefónicas, preguntas, seguimientos o fotografías a individuos que les hayan pedido que desistan; no deben permanecer en sus propiedades una vez que se les haya pedido que salgan ni tampoco deben seguirlos.

Los editores y directores deben asegurarse de que las personas que trabajan para ellos cumplen con estas disposiciones y no deben publicar material de otras fuentes que no cumplan las mismas condiciones.

5. INFORMACIÓN SOBRE DAÑOS Y ACCIDENTES

En los casos que afecten a accidentes o daños personales, las investigaciones y el acercamiento del periodista deben llevarse a cabo con simpatía y discreción. La publicación debe comportarse en estas ocasiones con especial sensibilidad, lo que no debe ser interpretado como una restricción del derecho a informar sobre procedimientos judiciales.

6. NIÑOS

Los jóvenes deben ser libres para completar su escolarización sin intromisiones innecesarias.

Los periodistas no deben entrevistar ni fotografiar a niños menores de 16 años a propósito de asuntos relativos al bienestar del niño o de otros niños en ausencia o sin el consentimiento de uno de los padres o cualquier adulto que sea el responsable del niño.

El periodista no debe acercarse o fotografiar a alumnos en horario escolar sin el consentimiento de las autoridades de la escuela.

No debe pagarse a los menores por material relativo al bienestar de los niños ni pagar a los padres o responsables por materiales a propósito de sus hijos o menores a su cargo, a no ser que sea evidentemente en interés de los niños.

Cuando se publique material sobre la vida privada de los niños tiene que resultar específicamente justificado, sin que quepa la simple fama, notoriedad o posición del menor o de sus padres.

7. NIÑOS EN CASOS SEXUALES

La prensa no debe identificar a los niños menores de 16 años envueltos en casos sobre ataques de índole sexual, ya sea como víctima o como testigo, incluso cuando la ley no lo prohíba.

En cualquier reportaje sobre un caso en el que haya ataques sexuales contra niños:

No debe identificarse al niño.

Se puede identificar al adulto.

La palabra «incesto» no debe ser utilizada cuando pueda llevar a la identificación de la víctima infantil.

Debe tenerse cuidado de que nada en el reportaje muestre la relación entre el acusado y el niño.

8. ESCUCHAS

Los periodistas no deben obtener o publicar material conseguido a través de escuchas clandestinas o interceptando conversaciones privadas telefónicas.

9. HOSPITALES

Periodistas y fotógrafos que realicen investigaciones en hospitales o instituciones similares deben identificarse ante un responsable ejecutivo del centro y obtener permiso antes de entrar en áreas cerradas al público.

Las restricciones sobre el respeto a la intimidad son particularmente relevantes en las investigaciones acerca de individuos que estén en hospitales o instituciones similares.

10. INFORMACIONES SOBRE DELITOS

La prensa debe evitar la identificación de familiares o amigos de las personas condenadas o acusadas de un delito sin su consentimiento.

Debe prestarse especial atención a la posición potencialmente vulnerable de los niños que son testigos o víctimas de un delito. Esto no debe ser interpretado como una restricción del derecho a informar de los procedimientos judiciales.

11. FALSIFICACIÓN

Los periodistas en principio no deben obtener o intentar obtener información o fotos a través de subterfugios o falsificación.

Los documentos y fotografías sólo pueden ser alteradas con el consentimiento del propietario.

Los subterfugios sólo pueden venir justificados por el interés público y solamente cuando el material no pueda obtenerse por ningún otro medio.

12. VÍCTIMAS DE ATAQUES SEXUALES

La prensa no debe identificar a las víctimas de ataques sexuales ni publicar material que pueda contribuir a su identificación, a no ser que haya una justificación adecuada y legalmente esté permitido.

13. DISCRIMINACIÓN

La prensa debe evitar referencias peyorativas y prejuicios sobre la raza, el color, la religión, el sexo o la orientación sexual de las personas, así como sobre ninguna enfermedad o incapacidad física o mental.

Debe evitarse la publicación de detalles sobre la raza, el color, la religión, la orientación sexual, enfermedades o incapacidades físicas o mentales de una persona, a no ser que sean directamente relevantes para el relato de los hechos.

14. PERIODISMO ECONÓMICO

Incluso cuando no esté prohibido por la ley, los periodistas no deben usar información económica que reciban antes de su publicación general para su propio beneficio, ni pasar este tipo de informaciones a otras personas.

No deben escribir sobre inversiones o valores en cuyo desarrollo les conste que ellos mismos o sus familiares cercanos tengan un interés económico significativo sin comunicar estos intereses al director o al director económico.

No deben comprar o vender, ni directamente ni a través de agentes, acciones de valores acerca de que los que hayan escrito recientemente o de los que vayan a escribir próximamente.

15. FUENTES CONFIDENCIALES

Los periodistas tienen la obligación moral de proteger las fuentes confidenciales de la información.

16. PAGOS POR ARTÍCULOS

No deben hacerse, ni directamente ni a través de agentes, pagos u ofertas de pagos por historias o informaciones a los testigos o testigos potenciales de procedimientos criminales en curso, excepto cuando sea importante la publicación del material para el interés público y se haga necesario pagar o prometer un pago para que sea posible. Los periodistas deben tomar todas las precauciones posibles para asegurarse de que las aportaciones económicas no influyan en el testimonio que han de prestar estos testigos.

(Los directores que autoricen este tipo de pagos deben ser capaces de demostrar que hay un interés público legítimo por tratarse de asuntos que el público tiene derecho a conocer. El pago o la promesa de pago ya aceptada a cualquier testigo que esté citado en ese momento para prestar testimonio debe ser comunicado a la acusación y la defensa y el testigo debe ser advertido de ello.)

No deben realizarse pagos u ofertas de pago por relatos, fotografías o informaciones a criminales convictos o confesos o sus cómplices (lo que puede incluir familia, amigos y colegas) excepto cuando sea importante la publicación del material para el interés público y el pago sea necesario para ello.

CLÁUSULA DE EXCEPCIÓN: EL INTERÉS PÚBLICO

- i) Pueden hacerse excepciones a algunas cláusulas cuando se demuestre que es por interés público.
- ii) El interés público incluye:
 - Descubrir o denunciar un delito o una infracción grave.
 - Proteger la salud y la seguridad pública.
 - Prevenir a la sociedad de los daños debido a alguna acción de un individuo u organización.
- iii) En cualquier caso en el que se invoque el interés público la Comisión de Quejas sobre la Prensa exigirá al director una explicación completa que demuestre cómo se ha servido al interés público.
- iv) Hay un interés público en la propia libertad de expresión. Por ello, la Comisión intentará ampliar el material informativo disponible para la sociedad.
- v) En los casos en los que participen niños, los editores deben demostrar un interés público excepcional para ignorar los normalmente predominantes intereses del niño.

¹ Aprobado por Decreto 144/1967. El artículo 1 dice: «A todos efectos legales son periodistas: a) Quienes figuren inscritos en el Registro Oficial de Periodistas en la fecha de promulgación del presente Real decreto. b) Los licenciados en Ciencias de la Información —sección de Periodismo— una vez colegiados en la Federación Nacional de Asociaciones de la Prensa o inscritos en el Registro Oficial de Periodistas.»

LECCIÓN TRECE

LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INFORMACIÓN

SUMARIO: 1. DERECHOS ESPECÍFICOS DE LOS PERIODISTAS.—A) *El secreto profesional*.—A) *Un derecho, no un deber*.—B) *El objeto y el sujeto del secreto profesional*.—c) *Ámbito de funcionamiento*.—B) *La cláusula de conciencia*.—a) *El ámbito protegido por la cláusula de conciencia*.—b) *El ejercicio del derecho según la Ley Orgánica 2/1997 (los requisitos para recurrir a la cláusula de conciencia)*.—2. INTERDICCIONES CONSTITUCIONALES.—A) *La censura previa*.—a) *El concepto de censura previa en la jurisprudencia constitucional*.—b) *El ámbito de acción de la prohibición de censura*.—B) *El secuestro administrativo*.—a) *Requisitos de legitimidad del secuestro judicial*.—BIBLIOGRAFÍA.

1. DERECHOS ESPECÍFICOS DE LOS PERIODISTAS

Hemos llegado ya a la última lección de nuestro programa y a estas alturas se hace evidente que no puede terminarse de manera correcta una perspectiva —ni siquiera una tan veloz como la nuestra— sobre la libertad de información sin aludir a algunos mecanismos adicionales que protegen a los profesionales de la comunicación. Efectivamente, la Constitución no se limita a enunciar el derecho a transmitir información veraz apuntando sus límites sino que también prevé una serie de garantías específicas que le aseguren efectividad. Ya se sabe que históricamente hubo siempre garantías acompañando a la libertad de información, hasta el punto de llegar a integrarse en su contenido esencial. La más notable era la prohibición de censura previa. Junto a ella, los textos constitucionales que intentaron realmente que sus preceptos traspasaran el terreno de la mera declaración de principios y se convirtieran en realidad añadieron otras. Casi siempre con carácter represivo y referidas a la interdicción de las conductas que en cada momento histórico el Estado ha ido utilizando más contra los informadores: pueden recordarse la prohibición del depósito previo o del editor responsable, por ejemplo. En la vigente Norma Fundamental se han incrementado esas garantías y se ha aumentado su significación, diferenciando entre facultades que se conceden a los periodistas a modo de derecho fundamental autónomo y prohibiciones de conductas estatales contrarias a la libre información.

Así se trata de asegurar una extensión mínima del derecho a informar, especificando ámbitos que, si bien podrían deducirse del mero enunciado del artículo 20.1.d) CE, también podrían verse eventualmente privados de la protección constitucional a través de una interpretación restrictiva del mismo precepto. Es decir, que aunque parece obvio que al reconocer la libertad de informar se está protegiendo implícitamente al informador frente a ciertos ataques, no está de más indicar expresamente alguno de ellos... no sea que algún juez pueda interpretar que la protección a la que obliga la constitución es más reducida. En cierta medida las garantías son siempre redundantes, pero sirven para determinar una interpretación

extensa y favorable al ciudadano del derecho protegido.

En este caso, los derechos son dos: el secreto profesional y la cláusula de conciencia. Ambos son manifestaciones de la libertad de información a la vez que derechos fundamentales autónomos: gracias a su especificación en el texto constitucional no cabe duda de que su ejercicio tiene que ser regulado por Ley Orgánica y de que en caso de que se vulneren el perjudicado puede incluso acudir al Tribunal Constitucional mediante un recurso de amparo. Nótese que este carácter es el que hace que a primera vista puedan ser considerados como privilegios exorbitados que se concede a los periodistas pero no a otras profesiones igualmente trascendentes para el desarrollo democrático. En especial por lo vinculados que están ambos derechos —como se verá— a la vida profesional del periodista. Esta desigualdad es consecuencia de que los informadores en su trabajo cotidiano no sólo posibilitan el ejercicio de sus derechos fundamentales por la mayoría del resto de ciudadanos, sino que ejercen ellos mismos un derecho fundamental; por ello, las instituciones de protección del derecho pueden ser a la vez instituciones de protección —incluso laboral— de los periodistas, pero en última instancia nunca han de ser entendidos como garantías personales, sino de la libertad de información en sí misma.

Por otra parte, la Constitución se remite a la ley para la regulación de estos derechos. ¿Quiere esto decir que en tanto que no lo haga no pueden invocarse? Unánimemente se interpreta que no. En verdad lo que caracteriza a los derechos fundamentales es su resistencia al legislador, de manera que no puede hacerse depender su vigencia de la existencia de una ley. Cuando el artículo 20 CE establece una especial protección para algunos derechos fundamentales a través de un mandato al legislador para que regule una institución, dicha institución existe desde el mismo momento en que se aprueba la Constitución. De hecho, la utilización del verbo «regular», recuerda a otros apartados constitucionales en los que se delimita la función del legislador respecto a los derechos fundamentales: fijar las pautas para su ejercicio, pero no crearlo. Así pues, la cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas existen aunque no se dicte la ley para su regulación que prevé la Constitución. Veamos con qué contenido.

A) EL SECRETO PROFESIONAL

Se trata de una garantía de la libertad de información que tiene honda raigambre en el derecho de los países de nuestro entorno, pero que nunca había existido en el español hasta la aprobación de la Constitución de 1978. En otros países se conoce como un «derecho a callar» (*ius tacendi*), en una expresión que define muy adecuadamente su contenido. Sin embargo, lo habitual es que en estos lugares el secreto profesional de los periodistas se encuentre reconocido y *regulado* en leyes específicas. En nuestro país, en cambio, por ahora sólo aparece en la Constitución. Ello le otorga un rango mayor, puesto que así constituye a todos los efectos un auténtico derecho fundamental del que sólo gozan los periodistas. No obstante, la parquedad de la declaración constitucional hace que el modo en que funciona tal

derecho aquí deba deducirse por los tribunales aplicando la lógica jurídica y por inspiración de otros países. En definitiva, sin una ley específica todo lo que se diga del secreto profesional responde a la práctica judicial y a la interpretación sistemática de la Constitución. Aún así, no son pocos los que consideran que en general el panorama actual del funcionamiento del secreto profesional es más beneficioso para los periodistas de lo que sería si existiese una ley expresa, que podría ser más restrictiva.

a) Un derecho, no un deber

Entrando, pues, en el análisis del valor constitucional de la institución en cuestión, hay que hacer notar la inclusión del secreto profesional en este apartado dedicado a la protección constitucional de la información. Ello merece un brevísimo comentario, visto que aún hay quien equivocadamente entiende que no se trata de un derecho del informador, destinado a proteger su tarea constitucional, sino de una obligación jurídica en beneficio de la protección de las fuentes¹.

Se vuelve a imponer, pues, la necesidad de distinguir entre ética y derecho. Independientemente de consideraciones estrictamente deontológicas —que pueden poner en evidencia un deber moral periodístico— en nuestro ordenamiento jurídico la garantía del secreto profesional está destinada a asegurar el libre flujo de información dentro de la sociedad y queda a la libre disposición del informador que puede decidir en cualquier momento acogerse o no a la institución.

En nuestras leyes sólo hay un caso en el que cabe hablar de un deber de secreto que se impone a ciertos profesionales; no es un caso de secreto en razón de la profesión sino en aras del respeto a la intimidad. Efectivamente, el artículo 199 CP castiga al que «revelare secretos ajenos de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales». De esa manera no se refiere a secretos íntimos que uno pueda llegar a conocer por libre voluntad del afectado, sino de aquellos que llegan al conocimiento de uno en razón de obligaciones y prerrogativas propias de su profesión: por ejemplo de los datos personales que un paciente debe contar a su médico o de datos de estrategias comerciales de una empresa que llegan a conocimiento de los empleados encargados de ponerlos en práctica. Además, con esta sanción penal se están siempre protegiendo secretos de la intimidad o de la vida personal, mientras que el secreto profesional de los periodistas —y en eso radica la esencia de la garantía— no exime a éstos de revelar el contenido de las informaciones que reciban sino la identidad de las fuentes que se las proporcionaron.

Así pues, el secreto profesional de los periodistas no es obligación, sino beneficio. La idea central es conseguir que el periodista pueda recabar el máximo de datos, incluso aunque ello pueda repercutir negativamente en la efectividad de la justicia. La libertad de información incluye, como condición esencial de funcionamiento, la protección de la relación de confianza entre la prensa y los informadores privados. Este flujo de informaciones no funcionaría sin la garantía de la confidencialidad de las fuentes. Por ello, se le permite al informador no revelar —si no quiere— la identidad de quien se los proporcionó, de manera que pueda prometerles libremente

confidencialidad a sus fuentes sin que mantener dicha promesa dependa más que su propia voluntad. Si el periodista quiere, se calla la identidad de sus fuentes. Y si no quiere, la revela. En ambos casos está igualmente protegido por la Constitución.

b) El objeto y el sujeto del secreto profesional

En cuanto a su contenido, el derecho al secreto profesional está estrechamente limitado para evitar que se convierta en una invocación genérica que ampare conductas evidentemente delictivas por parte del informador. Esta limitación se extiende tanto a su objeto como a las circunstancias en que puede alegarse. Ya se ha avanzado que el *objeto* son las fuentes, o más concretamente *su identidad*. Pero nada más. Es decir, que no cabe alegar secreto profesional para negarse a revelar otras circunstancias relativas a los datos publicados más allá de la identificación de la persona que los proporcionó. Esto ha de ser entendido de manera racional: hay ciertos indicios cuya revelación puede equivaler a identificar a las fuentes. Así, con frecuencia, narrar el lugar concreto de una investigación o proporcionar a jueces y policía algún objeto o documento relacionado con la misma supone, directamente, identificar a la persona que dio la información.

En aplicación de esta idea, suele afirmarse que el derecho al secreto profesional impide también la incautación de documentos, cintas y materiales diversos en posesión del periodista siempre que con ello se intente descubrir a alguien que está actuando como fuente periodística para alguna información. Sin embargo, esto ha de ser necesariamente matizado en el sentido de que el secreto sólo cubre las declaraciones del periodista, pero no impone obstáculo alguno a las investigaciones que realizan las autoridades, encaminadas a esclarecer los delitos. Así, lo que cubre el secreto profesional es la obligación *del propio informador* de proporcionar documentos y materiales. Él sí que se puede negar a hacerlo invocando este derecho constitucional, pero nada impide que sean las propias investigaciones de las autoridades las que consigan los mismos materiales.

Resulta más discutible si el secreto profesional ampara también al periodista para, además de su identificación, impedir la detención de las fuentes. Es el supuesto del informador que entrevista a un delincuente huido pero suficientemente conocido, ¿está obligado a facilitar su detención, revelando a la policía el escondite? En principio no parece que esos datos puedan incluirse en el secreto profesional pero en la práctica —con la excusa de que la finalidad constitucional es facilitar el mayor flujo libre de noticias, sin ahuyentar a posibles informantes— suele alegarse que la revelación detallada del paradero de una persona implica desvelar la identidad de otras que han servido de intermediarias y a las que se extiende la protección de secreto. En estos casos, la mayoría de periodistas suelen optar por facilitar exclusivamente informaciones genéricas sobre el escondite conocido.

Por lo que hace a los *sujetos* titulares, la ausencia de legislación específica también conlleva que haya que optar por la interpretación más extensa de entre las posibles. No es infrecuente que algunos autores opinen que sólo pueden invocar el secreto quienes hacen del periodismo su profesión habitual. Incluso hay quien

defiende la necesidad de poseer un título oficial de licenciado en periodismo o un número determinado de años de profesión. Nada de eso tiene respaldo constitucional. Si se atiende al sentido último de lo previsto en el artículo 20.5 CE y a su finalidad se descubrirá que en verdad la alusión a los periodistas se refiere a cualquier persona que ejerza directamente la libertad de información. No tendría lógica, en la construcción de nuestra Constitución, excluir, por ejemplo, a los becarios que aún no están licenciados, ni a los *freelance* que colaboran ocasionalmente, ni menos aún a quien no lleva aún un determinado número de años en un medio de comunicación. Lo que se quiere, en aras de la mayor pluralidad informativa, es proteger a las fuentes para proteger a la información; sin que importe la categoría profesional de quien se sirve de ellas.

Cabe, por último, plantearse si se puede utilizar el derecho al secreto para negarse a identificar las fuentes de otros periodistas. Es decir, cuando un periodista que no sea el que elaboró la información tenga conocimiento de las fuentes que éste ha utilizado. Aunque en principio es un derecho pensado exclusivamente para las fuentes propias, en estos casos conviene acudir al criterio de la necesidad: si el otro periodista ha tenido que conocer necesariamente la identidad de la fuente para que el reportaje haya podido elaborarse, entonces la lógica constitucional aconseja que se le extienda también a él el derecho. Es el caso del director o el redactor jefe que han tenido que saber quien era la fuente de una noticia para autorizar su difusión; o el fotógrafo que ha debido documentar la noticia; o el compañero que ha intervenido como garantía adicional.

c) Ámbito de funcionamiento

Con todo lo dicho puede uno ya hacerse una idea de en qué ocasiones cabe invocar el secreto profesional y con qué condiciones. En principio, la idea básica es que el periodista tan sólo puede acogerse eficazmente a este derecho cuando comparezca *como testigo* en un procedimiento judicial. La realidad no es exactamente así, pero la idea vale como primera aproximación porque pone en evidencia que la esencia del secreto profesional está en no tener la obligación de identificar ante las autoridades a las fuentes informativas. Por eso, cuando un periodista que comparezca como testigo en un proceso, o en su fase previa de investigación e instrucción, se niegue a proporcionar datos que permitan conocer a sus fuentes no podrá ser condenado a causa de ello por delitos del tipo «desacato», «desobediencia» o «falta de colaboración con las autoridades». Es decir, que mientras que el común de los ciudadanos están obligados a proporcionar a las autoridades todos los datos relativos a la comisión de hechos delictivos de los que dispongan —so pena de ser condenados por alguno de los delitos indicados— los periodistas pueden acogerse al secreto profesional para negarse a hacerlo.

¿Qué sucede cuando el profesional de la información actúa *como acusado* por un ilícito cometido a través del medio de comunicación en un proceso? Pues entonces también puede acogerse al secreto profesional, pero en vez de quedar exento de responder jurídicamente, lo que hace es asumir él mismo cualquier responsabilidad

que se derive del contenido de sus informaciones. Conviene entender bien esto, que —como todo— tiene su lógica:

María del Rosario Rueda Fernández, locutora de Radio Popular en la localidad de Olmedo, manifestó literalmente en su programa «La tertulia»: «Por cierto que, hablando de este Alcalde, yo tengo que contar un caso que se ha producido en su pueblo, en la Escuela Taller, se llama la escuela-taller “El Reloj”, de Olmedo, en la que ha habido tres casos de acoso sexual por parte de un monitor, un albañil monitor, hacia tres alumnas, que por lo visto decidieron denunciar el caso ante el INEM. El INEM las envió al Instituto de la Mujer y a un sindicato, ellas se dirigieron a U.G.T. y, curiosamente, el viernes pasado, que era el Día Internacional de la Mujer, un Abogado de U.G.T. fue a pactar con ellas, y el pacto fue muy curioso, dijo que mantuvieran la boquita cerrada porque se podía cerrar la escuela-taller, y, en cualquier caso, el Alcalde se iba a poner del lado del monitor, que se llama J.M.O.». La periodista tuvo conocimiento de los hechos veintidós días antes de comentarlos en el programa y no desveló la fuente de información de los mismos por corresponder al secreto profesional. Presentada una querrela por injurias por parte del trabajador aludido, la periodista fue condenada porque, según Sentencia de la Audiencia Provincial «no existe prueba alguna en las actuaciones que acredite que la acusada realizara una comprobación responsable de la noticia difundida».

La cuestión que se plantea es, ¿al acogerse al secreto profesional para no revelar las fuentes, se entiende cumplido el requisito de la diligencia en la investigación de la veracidad? Podría pensarse que la protección constitucional implica que, como se tiene derecho a no desvelar la identidad de las fuentes de una información, cuando se alegue el secreto profesional no se exija mayor demostración. Sin embargo resulta obvio que de este modo se abriría una importante vía de fraude: cualquier periodista que no hubiera contrastado suficientemente una información podría alegar que es que no revelaba sus fuentes por acogerse al secreto profesional. Para evitarlo, hay que entender que si el profesional no hace pública la identidad de quien le proporcionó la información debe asumirla como propia y demostrar la veracidad por otras fuentes. O sea, que cuando se impute a un periodista por una información, éste, para defenderse, debe elegir entre hacer pública la identidad de su fuente —como modo de ratificar que se trataba de una información suficientemente comprobada— o buscar otras vías para demostrar la veracidad. Por ejemplo, en el caso citado, el Tribunal Constitucional finalmente absuelve a la locutora radiofónica porque:

En el caso obran en autos dos denuncias de alumnas de la Escuela Taller a la Dirección de la misma, por haber sufrido acosos sexuales por parte del monitor. Es más, tales denuncias escritas se hallan ratificadas personalmente con presencia judicial en los actos de conciliación previos a la querrela por injurias presentada contra las alumnas por el afectado ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Medina del Campo. La defensa de la periodista añade que el pueblo, de 4.000 habitantes, se enteró con toda rapidez de los hechos: eran conocidos por el Comité de Empresa de la escuela-taller, por un guardia civil amigo de los alumnos que denunciaron el acoso sexual, y el resto de alumnas. La periodista, pues, se limitó a informar verazmente de la denuncia comprobada de unos hechos, aunque no manifestara su fuente de información en razón del secreto profesional.

Es decir, que al alegar el secreto profesional, el periodista asume la obligación de demostrar por otros medios las afirmaciones realizadas.

Finalmente, hay que señalar que la invocación del secreto profesional, aunque exime de responsabilidad por los delitos relacionados con la colaboración con la justicia, no impide que se pueda incurrir en otros, especialmente si el periodista con tal de ocultar la identidad de sus informantes ha llegado a colaborar con ellos en la consecución de sus fines delictivos. Por ejemplo, si un periodista entrevista a un

buscado delincuente para la realización de un reportaje y éste le anuncia que va a cometer próximamente un robo, informándole de los pormenores del mismo, el periodista sí que queda obligado a impedir por todos los medios a su alcance la consumación del robo. En caso contrario, se convertiría en cómplice o colaborador del delito y podría ser imputado como tal. Es decir, no está obligado a revelar al identidad o a facilitar la detención de su fuente, pero sí a impedir —si está en su mano— los delitos futuros o en fase de realización de los que tenga conocimiento. Puede hacerlo del modo que quiera; y seguramente sea posible evitar el delito sin identificar a su fuente (puede avisar a la policía del lugar del robo, o prevenir a la víctima, por ejemplo).

B) LA CLÁUSULA DE CONCIENCIA

Para una primera aproximación al contenido de esta institución basta un somero repaso a su propia denominación. Se trata de una cláusula, es decir de un apartado de los que se incluyen en los contratos y similar. Y afecta a la conciencia. Esta última alusión tiene un especial interés si se tiene en cuenta que es una de las dos únicas ocasiones en que la Constitución alude a la conciencia personal. A la libertad ideológica, recogida en el artículo 16 CE suele denominársele también «libertad de conciencia»; sin embargo, el término tan sólo vuelve a utilizarse a propósito del reconocimiento que se realiza en el artículo 30 CE del derecho a la objeción de conciencia. Ello no quiere decir que se trate de instituciones similares —de hecho, incluso son parcialmente opuestas. pues en tanto que una es el derecho a abandonar el puesto de trabajo, la otra es derecho a negarse a hacer algo— sino que la justificación de ambas es la misma. La coincidencia terminológica implica que ambas instituciones tengan un mismo fundamento: las propias creencias e ideología. Éstas, entendidas en sentido amplio, integran lo que se conoce como la conciencia de cada uno, a efectos constitucionales. Más adelante intentaremos hilar algo más fino en cuanto a qué se incluye entre las creencias y qué tipo de ideología es la protegida por la Constitución, por ahora basta con lo dicho.

Así pues, una estipulación de los contratos de los periodistas en la que se protege de algún modo su libertad ideológica. Efectivamente, esta definición genérica es la que mejor explica qué es la cláusula de conciencia desde sus orígenes: desde la ley francesa de 1935 reguladora del Estatuto periodístico², en la que por primera vez se recogía. El contenido ha ido cambiando levemente a lo largo del tiempo y en los diversos sistemas jurídicos de cada país; aun así, hay algunas características que han permanecido inalteradas a lo largo del tiempo y en distintos lugares. Suele ser un derecho que se les reconoce a los informadores frente a sus empresarios, como garantía de independencia ideológica, de manera que queden protegidos laboralmente frente a las manipulaciones imprevistas de su conciencia por parte de los propietarios de los medios de comunicación. El origen de la cláusula parece estar en el intento de asegurar cierta independencia ideológica a los periodistas, una vez que han aceptado trabajar en un medio determinado, asumiendo —por supuesto— su ideario.

Éste, y no otro, es el único sentido que cabe encontrar al hecho de que a los informadores se les den garantías de las que no disfruta el resto de los trabajadores. Lo que se protege es la propia libertad de información, no el puesto de trabajo del periodista. Como decía la STC 6/1981: «Como actores destacados con el proceso de la libre comunicación social, los profesionales de la comunicación pueden invocar derechos cuya configuración concreta es mandato que la Constitución y que no sirven para asegurar la permanencia de la actividad profesional, sino sólo el modo de su ejercicio». El fundamento, está en los riesgos específicos que padecen los periodistas en su profesión, tal y como aclara otra vez el Tribunal Constitucional:

No es ocioso recordar cómo la progresiva diferenciación de la libertad de información respecto de la de expresión a medida que la transmisión de hechos y noticias ha ido adquiriendo históricamente importancia esencial, supuso no sólo el reconocimiento del derecho a la información como garantía de una opinión pública libre en un Estado democrático, sino la exigencia de evitar que su ejercicio por parte de las empresas de comunicación, generalizadas como medios de transmisión de las noticias, pudiera atentar a la finalidad del derecho o a su ejercicio por parte de aquellos profesionales que prestan servicios en ellas, titulares a su vez de la misma libertad de información. Es respecto a dichos profesionales donde encuentra sentido el reconocimiento del derecho a la cláusula de conciencia como garantía de un espacio propio en el ejercicio de aquella libertad frente a la imposición incondicional del de la empresa de comunicación, esto es, frente a lo que históricamente se designaba como «censura interna de la empresa periodística». Pero también como forma de asegurar la transmisión de toda la información por el profesional del medio, contribuyendo así a preservar el pluralismo que justifica el reconocimiento del derecho, reforzando las oportunidades de formación de una opinión pública no manipulada y paliando el «efecto silenciador» que, por su propia estructura, puede producir el «mercado» de la comunicación³.

a) El ámbito protegido por la cláusula de conciencia

La cláusula de conciencia no es una institución preexistente en España a la entrada en vigor de la Constitución. Cuando en 1978 se aprueba el texto vigente, no hay en derecho español ninguna previsión legal con tal nombre. De ese modo, en aquellos momentos no se sabía siquiera qué era la cláusula de conciencia, nunca había existido aquí nada parecido. Ello dificulta enormemente la aprehensión del contenido esencial de este derecho de los periodistas recogido en el artículo 20 CE, más allá de las consideraciones generales que se acaban de exponer. Como hasta 1997 no se promulgó la ley reguladora de la cláusula de conciencia, los estudiosos y algún tribunal de justicia tuvieron ocasión, en los casi veinte años que median, de buscarle un contenido concreto.

Así, siempre con la inspiración francesa, aquí se entendió la cláusula de conciencia como una estipulación que se consideraba inserta en todo contrato laboral de un periodista y en virtud de la cual tenía derecho a anular su vínculo con el propietario del medio de comunicación, obteniendo la indemnización correspondiente al despido improcedente. Hasta aquí parece que hay cierta unanimidad en que eso es la cláusula de conciencia. Más complicada ha sido siempre la definición de los supuestos en los que podía recurrirse a ella y los requisitos para hacerlo. Hasta 1997 se entendía que podía aplicarse al darse tres situaciones: cuando el medio cambiase súbitamente de tendencia ideológica, en caso de venta del medio a un nuevo titular y por cese de funcionamiento del medio. En la práctica hay que reconocer que la

institución se aplicó muy poco sin que su definición dejara nunca de ser bastante confusa. Así las cosas se sucedieron una serie de propuestas para que se aprobara una ley sobre la cláusula de conciencia, en esencia destacable la de la FEPE y la del grupo parlamentario de izquierda unida, que estuvo en el origen de la ley actual.

b) El ejercicio del derecho según la Ley Orgánica 2/1997 (los requisitos para recurrir a la cláusula de conciencia)

La doctrina criticó frecuentemente esta ley en el momento de su aprobación, en especial por considerarla muy restrictiva respecto a lo que se aplicaba hasta entonces. Esta supuesta reducción del ámbito posible de aplicación se manifiesta en su artículo 2, que establece cuándo tiene el periodista derecho a solicitar la rescisión de su relación jurídica con la empresa:

a) Cuando en el medio de comunicación con el que estén vinculados laboralmente se produzca un cambio sustancial de orientación informativa o línea ideológica.

b) Cuando la empresa les traslade a otro medio del mismo grupo que por su género o línea suponga una ruptura patente con la orientación profesional del informador.

Evidentemente, es una solución bastante diferente de la que se predicaba hasta ese momento, pero no hay que olvidar que aquella era una mera reiteración de la ley francesa de 1935. A nadie se le escapa que, a sociedades y momentos históricos diferentes han de corresponder soluciones jurídicas diferentes, sin que existan soluciones universales puesto que la problemática social rara vez es universal. Así las cosas, por el momento, no parece que la LO 2/1997 reduzca el derecho a la cláusula de conciencia más allá de lo que debe considerarse como su contenido esencial constitucional, de modo que no puede decirse que se trate de una ley contraria a nuestra carta magna. Y siendo legítima, es la regulación que ha de aplicarse con carácter general y sin perjuicio de que si se interpreta la Constitución de un modo más amplio, al ciudadano siempre le quedaría la posibilidad de conseguir a través del Tribunal Constitucional la protección de su cláusula de conciencia más allá del mínimo expresamente garantizado por el legislador.

En todo caso, a partir de las expresiones de la ley y de los razonamientos anteriores podemos ya individualizar una serie de requisitos que han de cumplirse cuando un profesional de la información quiera acogerse al derecho: en primer lugar, una vinculación laboral entre el medio de comunicación y el periodista; en segundo lugar, que se dé o un cambio sustancial en la línea ideológica del medio o un traslado a otro medio que rompa la orientación profesional del periodista. Antes de ver qué significan estas dos exigencias debemos detenernos en un *requisito subjetivo previo*: ¿quién se considera periodista a estos efectos?

Antonio Diéguez Lara prestaba servicios para la empresa «Información y Prensa, S. A.» (*Diario 16*) desde el año 1982, con categoría profesional de Jefe de Sección de Diseño, limitándose su trabajo a trazar las líneas del formato del diario según los criterios fijados por la Redacción respecto a la ubicación de las noticias y demás contenido del periódico. El Sr. Diéguez no tiene título de periodista y jamás, según su propia confesión, ha escrito en aquél desde el inicio de su relación laboral. Según consta, desde su creación en 1976, *Diario 16* defendió una línea programática e ideológica orientada a convertirle en un vehículo de información rápido, objetivo e independiente, propio de una sociedad

abierta, y dirigido esencialmente a informar y dar prioridad a la opinión del lector en el momento de finalización de la dictadura. Aunque no aparece objetivamente acreditado que se hubiera producido un desvío de la línea ideológica del periódico respecto a su número fundacional, continuando como un periódico plural y democrático queda demostrado que ha ido aumentando la dedicación y espacio a la información bursátil y financiera, con un estancamiento de la dedicada al mundo laboral, todo ello en un proceso gradual desde 1989 hasta el momento en que se suscita el litigio. En septiembre de 1984, e invocando ya la cláusula de conciencia, el recurrente solicitó la rescisión del contrato, con indemnización, por cambio en la línea ideológica del periódico, pormenorizadamente expuesta en su demanda, en la que denunciaba el proceso de progresiva depuración y sustitución del personal a medida que, a su juicio, la línea inicial de aquél había ido derivando hacia intereses de tipo financiero (STC 199/1999).

¿Ha de concedérsele la rescisión en indemnización? Sin dudarlo, todos los tribunales que entendieron del asunto, incluido el Constitucional, decidieron que no. La razón está en que por el trabajo del recurrente, limitado al maquetado del periódico según las instrucciones recibidas de la Redacción, no podía quedar objetivamente afectada la transmisión de información relevante para la formación de la opinión pública. Es decir, que aunque es cierto que el diseño y la presentación de la noticia no son accesorios ni complementarios sino que, por el contrario, forman con el contenido de aquélla una unidad dirigida a alcanzar ciertos objetivos en la transmisión del hecho, es cierto que la actividad de diseño de la información no necesita de una independencia ideológica que haya de ser garantizada frente a nuevos intereses de la empresa editora. De este modo, parece evidente que la cláusula de conciencia sólo protege a aquellos profesionales que desde el medio de comunicación se dedican a la elaboración de informaciones para su transmisión, que son en última instancia quienes ejercen la libertad de información. Nótese que no se está hablando de cuál sea la categoría profesional con la que el trabajador aparece en su contrato, sino de la función realizada. En este punto, pues, da igual que el trabajador aparezca referido como redactor, colaborador, becario, profesional independiente, auxiliar administrativo, documentalista, o cualquier otra cosa; lo trascendente es la función que efectivamente se realiza, y que implique una transmisión de informaciones necesitada de ciertos límites en cuanto a su disponibilidad ideológica por parte de la empresa editora.

Por último, en aplicación de lo dicho, hay que señalar que tampoco se podrá aplicar la cláusula de conciencia a las relaciones laborales de periodistas con empresas que no sean medios de comunicación: se trata de una garantía de la comunicación pública libre, no de un privilegio de quien sea considerado como periodista.

En cuanto a los requisitos legales en sí mismos, el primero era tener una *relación laboral en vigor* con el medio de comunicación. Suscita dos posibles problemas ¿a qué tipo de relación se refiere?, ¿cuándo se considera que está en vigor? Para resolver el primero resulta obligatorio remitirse al derecho del trabajo. En principio parece que es necesario que entre trabajador y empresa haya cualquier tipo de contrato de trabajo de los permitidos por la legislación. Es decir, que es admisible lo mismo un contrato indefinido, que uno por tiempo determinado, o por obra y servicio determinado, o a tiempo parcial. No parece que pueda incluirse el supuesto de contrato de prestación de servicio en el que el periodista actúa como profesional independiente (profesional

autónomo) que vende sus obras al medio de comunicación. Tampoco puede entenderse incluida en este artículo la relación funcionarial (por ejemplo, algunos periodistas de Radio nacional, que tienen *status* de funcionario), que implica un régimen de derechos, deberes y mecanismos de control diferentes de la relación laboral. De acuerdo con las normas laborales españolas, además, cuando exista una relación laboral efectiva pero no se haya firmado ningún tipo de contrato de trabajo, se entenderá implícita esta firma, de manera que el trabajador puede reclamar judicialmente que se le reconozcan sus derechos en igualdad de condiciones con quienes sí tienen contrato firmado por escrito. En definitiva, habrá que atender a la regulación existente en cada momento para definir qué se considera contrato de trabajo.

Por lo que hace al hecho de que el contrato tenga que estar en vigor, se ha planteado si la mecánica de la cláusula de conciencia permite que el trabajador primero abandone por sí mismo su empleo y a continuación solicite la indemnización correspondiente:

D. Francisco E. J. había venido prestando sus servicios laborales para las distintas editoriales del Diario *Ya* desde el 4 de noviembre de 1996, en la denominada «tercera época» del periódico, caracterizada por la defensa de la justicia social y los valores éticos y humanos cristianos. En septiembre de 1997 comienza una nueva etapa del Diario *Ya* en la que cambia de línea ideológica, publicándose artículos que provocan indignación en el trabajador. Por ello, con fecha de 20 de septiembre de 1997, decide rescindir su relación jurídica y laboral con las empresas editoras en virtud de la invocación de la cláusula de conciencia. Una vez extinguida su relación laboral interpone una demanda a los efectos de que se declare la resolución del contrato de trabajo, concediéndole la indemnización por despido improcedente (STS 521/1989).

¿Cómo se resolverá su demanda? Pues para el Tribunal Supremo denegando la pretensión de aplicar la cláusula de conciencia; el periodista en primer lugar había roto su relación laboral, de modo que cuando se solicita la aplicación del derecho ya no existe. En efecto, el texto de la Ley obligaba a eso. Sin embargo, cuando el asunto llega al Tribunal Constitucional éste entiende (STC 225/2002) que «excluir la posibilidad del cese anticipado en la prestación laboral, es decir, obligar al profesional, supuesto el cambio sustancial en la línea ideológica del medio de comunicación, a permanecer en éste hasta que se produzca la resolución judicial extintiva, implica ya aceptar la vulneración del derecho fundamental, siquiera sea con carácter transitorio —durante el desarrollo del proceso—, lo que resulta constitucionalmente inadmisibile». De ese modo, establece que a pesar de lo que diga la Ley, ha de permitirse «una decisión unilateral del profesional de la información que extinga la relación jurídica con posibilidad de reclamación posterior de la indemnización». El periodista ha de elegir entre despedirse y luego reclamar su indemnización o hacerlo mientras continúa trabajando en el medio.

En cuanto a las circunstancias que pueden dar lugar a la solicitud de rescisión, la primera de la que habla la ley es el *cambio sustancial en la orientación* informativa o línea ideológica del medio. Nótese que aquí se equiparan dos aspectos «ideológicos» de los medios de comunicación que, sin embargo, no son idénticos. La orientación informativa alude al tipo de cobertura informativa que se le da a unos hechos en virtud de la concepción que cada medio tenga acerca de su importancia, de la

trascendencia para la sociedad y de la función democrática e informadora de los medios de comunicación en general. La línea ideológica, en cambio, parece estar más relacionadas con la diversidad de opciones políticas o religiosas que se ofrecen al ciudadano en la sociedad y el pronunciamiento, implícito o explícito, del medio de comunicación en cuestión a favor de alguna de ellas. Así, por ejemplo, la decisión de priorizar el aspecto más morboso de las noticias integraría la orientación informativa del medio, en tanto que la decisión de dar especial relevancia a las noticias relacionadas con la iglesia católica y su doctrina, otorgándoles un trato favorable, formaría parte de la línea ideológica del medio.

Dicho esto, parece que la primera alusión, la ley haya pretendido ampliar extraordinariamente el ámbito de acción de la cláusula de conciencia. Por ejemplo, si un medio que manifestara una actitud especialmente favorable a un club de fútbol, o a una hermandad religiosa concreta cambia el objeto de sus preferencias —decide apoyar en la tendencia de sus informaciones a otro club de fútbol o a otra hermandad— ¿pueden los periodistas que trabajan en él acogerse a la cláusula de conciencia? En principio habría que decir que la ideología sólo afecta a determinados aspectos del pensamiento, de modo que no puede decirse que cualquier preferencia de una persona forme parte de ella: el tener un color favorito u otro no supone un planteamiento ideológico. Sin embargo, estas meras preferencias tal vez puedan considerarse incluidas en la amplia categoría de «orientación informativa», de modo que quepa entender —con el tenor literal de la ley, aunque no con la interpretación teleológica de la Constitución— que al variar el club de fútbol al que apoya especialmente un medio de comunicación varía la línea informativa de éste. Frente a este entendimiento sólo cabría alegar, a lo sumo, que la expresión «orientación informativa» debe ser entendida exclusivamente en cuanto a las decisiones del medio a propósito de *opciones informativas técnicas*, pero no en cuanto al contenido mismo de las informaciones. Como no es ilegítimo que una ley *amplíe* el contenido de la Constitución, ambas interpretaciones son posibles.

En cuanto a que el cambio sea sustancial, poco puede decirse. El adjetivo utilizado implica que no se trata de cualquier variación en la orientación del medio, producto de una evolución socialmente deseable a lo largo de su existencia; tiene que tratarse de una *alteración de la esencia ideológica* del medio de comunicación, es decir a una variación totalmente impredecible respecto a la orientación que se tenía cuando el trabajador ingresó allí. En la mayoría de los casos, la variación ideológica sustancial implica un cambio brusco producido en algún momento del devenir histórico del medio, que lo ha alejado considerablemente de sus posturas de partida.

El segundo supuesto que puede fundamentar la solicitud de rescisión del contrato laboral en aplicación de la cláusula de conciencia es el del *traslado del periodista* a otro medio del mismo grupo que suponga una ruptura con su orientación profesional. Evidentemente, se trata de una causa mucho más ligada a las especialidades laborales de la tarea periodística que a la conciencia propiamente hablando. La idea parece ser permitir al periodista salir —con indemnización— de la empresa si se le hace trabajar en un medio que no se adapte a lo que venía siendo su carrera profesional hasta el

momento. Aunque éste pueda ser un mecanismo útil para evitar posibles represalias contra el periodista por razones ligadas a su ideología, cuesta trabajo entender que sea un supuesto típico de cláusula de conciencia. Es difícil de entender por qué un traslado (de un medio de información general a otro especializado en deportes, por ejemplo) puede implicar un atentado contra la conciencia del trabajador, en especial cuando la empresa editora sigue siendo la misma. En todo caso hay que resaltar que la orientación profesional del informador está vinculada con una especie de «derecho a la profesionalidad» que implica una expectativa de mantenerse en medios que tengan la misma «línea o género», en expresión de la ley. Línea debe aludir a la línea ideológica, pero la referencia al género periodístico tiene, sin duda, un trasfondo crítico con diversos géneros, que podrían ser —hipotéticamente— contrarios a la conciencia del profesional. Seguramente ésta es la muestra de un modo de entender la cláusula de conciencia que tiende a olvidar su sentido de «garantía de la libertad de información» para convertirse en un derecho sindical más de los trabajadores de la información.

Más allá, se plantea si es necesario o no acreditar fehacientemente que el cambio empresarial ha afectado a *la conciencia del periodista*. Visto que la vigente ley no se pronuncia sobre ello, resulta necesario atender al sentido último de la institución en la Constitución. Y en cuanto a la finalidad última de la cláusula de conciencia, hay que destacar que *la intención de la Constitución no es ni la protección de la conciencia personal en abstracto, ni tampoco la imposición de un sistema de neutralidad ideológica de los medios de comunicación*. La conciencia de un periodista puede ser variable; de hecho la conciencia propia es en definitiva el modo que uno tiene de entender la relación ideal entre la propia persona y el resto de la sociedad, de modo que es una realidad en evolución pues está sometida a una crítica constante que, en cualquier persona, ocasiona cambios. Pues bien, estos cambios no gozan de ninguna protección constitucional. Como se ha visto, el presupuesto para acogerse al derecho no es la variación en la conciencia del periodista, sino en el medio de comunicación.

Esta idea implica en sí misma la aceptación de que los medios de comunicación pueden tener una determinada orientación ideológica, de manera que carece de sentido buscar en la Constitución un mandato —o ni siquiera un deseo— en pro de la neutralidad ideológica de las empresas de comunicación y sus productos. En resumidas cuentas, el fin último de la cláusula de conciencia no es otro que *proteger al periodista frente a los efectos de cambios ideológicos externos imprevisibles*. Cuando uno entra a trabajar en un medio de comunicación admite con ello el ideario del medio y su orientación en ese momento. Para invocar la cláusula de conciencia *no hace falta* declarar sobre la conciencia propia ni demostrar que efectivamente la variación de la línea editorial viola la propia conciencia, en la medida en que se entiende que el mero hecho de entrar a trabajar en un medio supone compartir o al menos asumir su orientación ideológica y profesional. Así, por ejemplo, una persona afiliada a un partido de extrema derecha puede tranquilamente acogerse a la cláusula de conciencia si, trabajando en un periódico de izquierdas, éste cambia de dueño y pasa a acercarse a posturas mucho más conservadoras; aunque la nueva orientación

sea conforme con la ideología personal del trabajador, no tiene por qué serlo con su ideal de orientación profesional como periodista. En caso contrario, asegurar la total independencia ideológica del informador frente a las directrices y la línea decidida por los responsables del medio de comunicación en el que trabaja, llevaría a la desaparición de los medios mismos. Así, resulta adecuado constitucionalmente que el informador se someta voluntariamente a la línea de un medio cuando solicita su ingreso en el mismo. Gracias a la cláusula de conciencia, el informador puede contar con la garantía de que con el tiempo no va a verse obligado a aceptar un ideario diferente. El periodista no disfruta de independencia ideológica en el seno del medio de comunicación, sino de garantía de previsibilidad. Ahora bien, si es el propio periodista el que evoluciona en las concepciones que integran su conciencia, como es por su propia causa, pues no gozará de ningún tipo de privilegio o garantía.

Por último merece la pena una breve alusión al artículo tres de la ley reguladora de la cláusula de conciencia. Este artículo, de difícil interpretación, parece incluir algún tipo de *objeción de conciencia* en el ámbito periodístico laboral:

Los profesionales de la información podrán negarse, motivadamente, a participar en la elaboración de informaciones contrarias a los principios éticos de la comunicación, sin que ello pueda suponer sanción o perjuicio.

No queda clara qué relación tiene este apartado con la cláusula de conciencia, puesto que no establece una causa de rescisión del contrato de trabajo sino una prohibición de sanciones con motivo ideológico. De hecho se trata de un principio redundante en tanto que la regulación laboral española ya recoge en otros lugares la posibilidad de negarse razonadamente a las órdenes dadas por el empresario que sean contrarias a los principios éticos generales de cada profesión. Parece que tal vez el legislador haya intentado más el dejar clara su posición a favor de una comunicación basada en determinados valores «éticos» que establecer realmente nuevas normas en torno a la profesión periodística. El antecedente de este artículo hay que encontrarlo sin duda en las propuestas a favor de incluir en la cláusula de conciencia la utilización del nombre del periodista para firmar artículos que él no hubiera elaborado o con los que no se sintiera conforme. En todo caso, simplemente, dejar claro que por «ética periodística» sólo pueden entenderse ciertos valores consensuados en torno a lo que se podría denominar «mínimo de profesionalidad» y que no es en absoluto un supuesto de cláusula de conciencia.

Una cuestión conexas con la de la cláusula de conciencia es la de la libertad de expresión de los periodistas para expresar públicamente opiniones divergentes de la línea editorial del medio de comunicación.

En 2002, don Francisco Frechoso desempeñaba la función de redactor jefe de cierre en el periódico *El Mundo*. En su contrato, como el del resto de periodistas del medio, una cláusula establece que realiza su actividad profesional en régimen de dedicación exclusiva, percibiendo en contraprestación un importante complemento anual de salario. Pese a ello, al igual que muchos otros compañeros de plantilla, mantenía un contrato de colaborador como comentarista con el espacio *La mirada crítica*, en Telecinco TV.

El 20 de junio de 2002, los sindicatos más representativos convocaron una huelga general. En el seno de *El Mundo*, el comité de empresa se sumó a la convocatoria, haciendo un llamamiento a que se secundara. No obstante, el periódico *El Mundo* publica una serie de artículos y editoriales haciendo

referencia a la inoportunidad de la convocatoria de la huelga general y la falta de motivos reales para ella.

El día siguiente al de la huelga general, el periódico informaba de que la publicación de *El Mundo* de ese día se realizó gracias a furgonetas policiales, que trasladaron los paquetes a un punto de distribución seguro, situado a escasa distancia de la planta impresora. Ese mismo día, en el programa *La mirada crítica*, don Francisco criticó el hecho de que la empresa editora hubiera obstaculizado la huelga y señaló que, aunque el periódico no lo recogiera, el 90 por cien de su plantilla se había sumado a la huelga.

El 22 de julio, el director del periódico informa a la plantilla de que a partir de ese momento los periodistas que deseen acudir a tertulias y programas de otros medios de comunicación deberán solicitar una autorización previa expresa. Cuando don Francisco requiere tal autorización se le deniega, mientras a la mayoría del resto de colaboradores se les autoriza.

El periodista acude al Tribunal Constitucional alegando que la decisión del periódico lesiona su derecho a la libertad de expresión, pues ha recibido una sanción encubierta debida al contenido de unas opiniones contrarias a la línea editorial del medio. En la STC 125/2007, de 21 de mayo, el Tribunal viene a darle la razón y estima que se trata de una lesión de su libertad de expresión. De este modo, se viene a establecer una garantía adicional. Así, a pesar de las dudas de que en el seno del medio de comunicación, el periodista carezca de protección específica para decidir la orientación y contenido de sus publicaciones, es innegable que el medio no puede perjudicarlo por opiniones vertidas fuera del medio de comunicación. Esta protección abarca incluso las sanciones encubiertas en la medida en que pueda desprenderse siquiera indiciariamente una voluntad de restringir la libertad de opinión del profesional.

2. INTERDICCIONES CONSTITUCIONALES

La estructura del artículo 20 CE es perfectamente lógica. A la hora de establecer garantías específicas para el desarrollo de la libertad de información (y, en cierta medida, también de otras de las libertades contenidas en el precepto), las introduce de dos tipos: derechos específicos a favor de los periodistas y prohibiciones específicas a la administración. Es decir, no sólo asegura que los profesionales de la información tengan un ámbito de actuación profesional más resguardado que el corriente de los ciudadanos, sino que además limita las medidas restrictivas que puedan adoptar los poderes públicos. Tal limitación se plasma en la prohibición de la censura previa y del secuestro administrativo de publicaciones.

Al contrario de lo que sucede con los derechos vistos antes, estas dos interdicciones tienen suficientes similitudes como para que antes de pasar a estudiarlas de modo individual haya que preguntarse si realmente son diferentes, o se trata de una única realidad con dos nombres diversos. La realidad muestra que incluso los órganos de justicia más cualificados tienden a confundir en una sola figura el secuestro y la censura. Sin embargo, partiendo de una interpretación sistemática y teleológica de la Constitución, parece evidente que es necesario dar a cada uno un contenido diferente. De este modo, aquí vamos a partir de una diferencia entre ambas basada tanto en *el momento* de la intervención administrativa sobre la información,

como en su *trascendencia* para el sistema constitucional de libertades, como — finalmente— en la *forma* de limitación del derecho: en la censura se somete a control preventivo el contenido de la obra, en el secuestro se limita su transmisión a terceros.

La censura, como se verá, es una práctica que incide sobre el proceso de creación de la información, en tanto que el secuestro afecta a su divulgación una vez terminada. En virtud de esta diferencia, mientras que el secuestro es un obstáculo para el desarrollo de la libertad de información —que puede venir justificado por la protección de otros intereses—, la censura es una violación del desarrollo de la personalidad, en cuanto intromisión el proceso creativo de una persona afecta a la dignidad humana y no puede venir por ello admitida en ninguna ocasión. Así pues, creación frente a divulgación y atentado contra la dignidad frente a limitación admisible del derecho: la diferencia es esencial.

A) LA CENSURA PREVIA

Al acercarse al estudio de la censura en nuestra Ley Fundamental lo primero que llama la atención es el tono terminante que se utiliza. De hecho, éste es uno de los pocos casos de prohibiciones absolutas que hay en la Constitución vigente. Literalmente dice el artículo 20.2 CE: «el ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante *ningún tipo de censura previa*». Tradicionalmente, las constituciones españolas incluyen junto al reconocimiento de la libertad de expresión la prohibición de la censura previa. Y, en realidad, se trata de una institución eminentemente histórica: pese a las reiteradas declaraciones constitucionales la censura ha sido históricamente uno de los mecanismos favoritos por parte del poder para controlar el ejercicio de la libertad de información. De hecho, se ha utilizado tanto que en la actualidad no es infrecuente que se denomine «censura» a cualquier restricción —legítima o no, razonada o no, previa o posterior— de la libre transmisión de ideas e informaciones. Así, lo que era el nombre de una institución concreta y muy definida ha pasado a usarse con carácter general para cualquier intervención no deseada. De ahí que hoy día uno de los principales problemas a la hora de hablar del régimen jurídico de la censura previa en nuestro ordenamiento es, precisamente, su propia definición.

A la vista de lo que se decía antes, parece lógico que una primera aproximación a lo que debe entenderse por censura previa se centre en el análisis de lo que la institución era históricamente. A lo largo del siglo XIX y, más claramente aún en el período franquista, la censura es un *control estatal del contenido de las publicaciones del que se hace depender la autorización para su difusión*. Prueba de ello son las leyes que establecieron en 1938 la censura obligatoria de publicaciones: se impuso la necesidad de someter toda publicación a un funcionario público (denominado expresamente censor) antes de proceder a su distribución. El funcionario examinaba los contenidos haciendo indicaciones sobre ellos: en ocasiones tachaba un párrafo, en otras sugería un nuevo adjetivo, en otras introducía frases enteras a favor del sistema político y social dominante. Aunque en ocasiones al periodista (o al autor del libro en

su caso) le quedara la posibilidad de intentar «negociar» con su censor algunos de los cambios, éste tenía siempre la última palabra y era quien hacía posible la difusión o no de la obra.

Nótese la importancia de todos los elementos indicados en la definición histórica: en primer lugar la censura es *estatal*. Existió en tiempos también lo que se denominaba «censura eclesiástica», pero no era sino un supuesto en el que las autoridades del Estado consultaban con las eclesiásticas acerca del contenido de una obra para permitir o no su publicación. Nunca se ha hablado de censura, por tanto, cuando se trata de restricciones a la libre difusión de una obra que provienen de otros ciudadanos o instituciones; así, por ejemplo, no podría hablarse de censura cuando es la dirección de un medio de comunicación la que impide a un periodista que se divulgue una obra suya. En cambio, siempre que sea un poder del Estado el que imponga la medida limitativa se podrá hablar de censura, incluso en el caso de que sea el propio poder judicial.

En segundo lugar, se examina el contenido y se realizan o proponen modificaciones del mismo de las que se hace depender la autorización. Esto exige que se trate de obras sólo provisionalmente terminadas. Efectivamente, la tarea del censor se realiza de manera que la elaboración de datos por el profesional se convierte en *propuesta*, más que en definición final. De ese modo, sólo puede hablarse de censura cuando la intervención estatal tiende *alterar la sustancia* de la obra, ya sea introduciendo omisiones, ya imponiendo cambios. No podrá hablarse de ella si la restricción se impone sobre la difusión de la obra terminada, ni tampoco si de antemano se prohíben datos que no pueden ser incluidos en ningún caso en la información que se elabore, pues en ambos casos el Estado se abstiene de alterar el proceso creativo durante su desarrollo. En este sentido, puede afirmarse sin duda que toda censura es censura previa. El adjetivo ha de ponerse en referencia con el momento de la distribución de la obra. Previa a la publicación y al conocimiento público.

Por esto mismo, el efecto ha de ser autorizar o no la *difusión* del resultado elaborado. Es decir, que la censura —y sólo en esto coincide con el secuestro de publicaciones— implica que se niegue la posibilidad misma de dar a conocer a la sociedad una idea o una información. No se trata de realizar un examen judicial o administrativo una vez publicada para valorar y eventualmente castigar los efectos de la publicación, sino que el Estado impide siquiera que ésta se realice. Esto, y no otra cosa, ha sido lo que se conoce técnicamente como censura. En principio hay que entender que el constituyente español de 1978 tenía esta institución en su mente cuando la prohibió, si bien la alusión a «cualquier tipo» de censura podría hacer pensar que la prohibición era más amplia. Veamos pues si el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución ha mantenido el concepto tradicional o lo ha ampliado a otras formas de intervención estatal.

a) El concepto de censura previa en la jurisprudencia constitucional

A lo largo del tiempo que ha transcurrido desde la promulgación de la

Constitución han sido numerosos los supuestos en los que se han impugnado ante el Tribunal Constitucional supuestas decisiones de censura. Hasta la fecha, éste nunca le ha dado la razón a los recurrentes. De esta manera, el concepto jurisprudencial de censura ha de construirse en nuestro país a partir de decisiones negativas. Así, en un primer momento afirmó que por censura previa «puede entenderse cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerla depender del previo examen oficial de su contenido»⁴. Se trata de una definición amplia y poco determinada. Sirve para muy poco: ni siquiera para introducir el elemento de «oficialidad» como integrante del concepto constitucional de censura. Al considerar prohibidas constitucionalmente las medidas limitativas tanto en la fase de la elaboración como en la posterior de la difusión, dejaba sin terreno propio al secuestro judicial de publicaciones, constitucionalmente lícito. De cualquier modo, la definición ha seguido usándose por el Tribunal Constitucional hasta la actualidad, a pesar de que hacía prever una extensión de la protección constitucional frente a injerencias externas que no se corresponde con lo que ha sido luego el desarrollo de la jurisprudencia constitucional, mucho más matizado.

Así, por ejemplo, en el caso que ya conocemos del incendio de Mallorca en el que un juez había prohibido la difusión de unas fotografías tomadas lícitamente con ocasión de un suceso sobre el que se decretó luego el secreto del sumario. En la Sentencia 13/1985 se rechaza la alegación de censura, aunque termina considerándose que la medida judicial atentaba contra la libertad de información. El argumento esencial es que la única censura previa prohibida constitucionalmente «implica la finalidad de enjuiciar la obra en cuestión con arreglo a unos valores abstractos y restrictivos de la libertad, de manera tal que se otorgue el *plácet* a la publicación de la obra que se acomode a ellos a juicio del censor y se le niegue en el caso contrario». Se pasó, pues, sin aparente solución de continuidad, de un concepto muy amplio a otro muy estricto: en su virtud la censura debe ser oficial, previa a la publicación y basada en valores abstractos restrictivos de la libertad. Con ello quedaba claro que resulta casi imposible apreciar casos de censura previa dentro del Estado de Derecho, puesto que no es imaginable que se pretenda expresamente volver a un control de contenidos en base a valores. En el supuesto al que aludimos se excluye la posibilidad de hablar de censura previa cuando el aparato del Estado prohíba publicar informaciones amparándose en el ejercicio de una actividad jurisdiccional: así, los jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones nunca podrán disponer limitaciones a la libertad de informar calificables de censura previa.

Así pues, en la jurisprudencia constitucional encontramos dos tendencias contrapuestas: de un lado, la idea de la máxima extensión de la libertad de información, que —desde una perspectiva cargada de voluntarismo— lleva a considerar censura cualquier intromisión en ella, del mismo modo que ha llegado a entenderse en el lenguaje popular. Esta idea vuelve inútil la previsión del artículo 20.2 CE: puesto que hay intromisiones legítimas, en especial cuando se vulnera el honor, la intimidad o la imagen, se hace imposible distinguir con alguna nitidez cuales son las prohibidas. De otro lado, está la preocupación por articular la libertad

informativa con otros bienes y derechos de rango similar, que lleva a defender la intervención estatal. Desde esta perspectiva la censura previa es un residuo histórico y su prohibición obedece más bien a una mera cláusula de estilo, a un recordatorio simbólico del carácter democrático de nuestro Estado. Con cualquiera de las dos perspectivas, tomadas de modo maximalista, la conclusión sería la inutilidad de la prohibición absoluta de censura.

Por fin, en 1999, el Tribunal vuelve prácticamente al concepto histórico. Dice expresamente que ha de entenderse como censura a los efectos del artículo 20 CE: «la intervención preventiva de los poderes públicos para prohibir o modular la publicación o emisión de mensajes escritos o audiovisuales» (STC 187/1999). Nótese que a partir de esta afirmación cabe suponer que en España la prohibición de censura se refiere a esta institución tal y como se ha venido entendiendo tradicionalmente.

Más adelante, el Tribunal Constitucional también ha evolucionado en el sentido de no aceptar cualquier tipo de prohibición de difusión decretada por un juez:

En octubre de 2003, el periódico *El Adelanto* informa de que en la programación prevista por la cadena de televisión Antena 3 TV se incluía la emisión de una película sobre la vida y las vicisitudes personales y familiares del menor N.N., conocido públicamente como *El niño del Royo*, debido a las vicisitudes de su complicado procedimiento de acogida y adopción.

A petición del fiscal, el Juzgado de Primera Instancia de Salamanca dictó entonces un Auto acordando, como medida cautelar en el procedimiento de acogimiento del menor N.N., «la suspensión de la emisión del programa televisivo *Sin Hogar* programado por la cadena Antena 3 TV, absteniéndose de emitir, en todo o en parte, dicha dramatización o cualquier parte o referencia a ella en la hora y día previstos o en cualquiera otros». En la misma resolución, se ordenaba también la entrega del «original de la grabación» para ponerla a disposición del Juzgado. Posteriormente, en diciembre de 2004, el Juzgado dictó otro Auto por el que dispone que «se suspende de forma definitiva del programa televisivo *Sin hogar* que fue programado en su día por la cadena Antena 3», en los mismos términos del Auto de 3 de noviembre. En esencia, el Auto se fundamenta en la necesidad de proteger la intimidad del menor frente al ejercicio de la libertad de expresión, creación y comunicación de la productora y la cadena de televisión.

Cuando el asunto llega al Tribunal Constitucional (STC 34/2010), se plantea la cuestión de prohibiciones previas basadas en contenido acordadas por decisión judicial. Efectivamente, la Constitución se refiere sólo a la interdicción de la censura administrativa. Ello, no obstante, no implica que cualquier prohibición judicial de difundir una información ya terminada y elaborada resulte legítima. Bien al contrario, en este caso, el Tribunal Constitucional argumenta que resulta contrario a la Constitución, una medida cautelar que venga a impedir de manera definitiva o indefinida la difusión de una obra informativa sin el procedimiento declarativo específico correspondiente. En este sentido señala que «El régimen constitucional de las libertades de expresión e información establecido por los arts. 20.2 CE y 20.5 CE limita cualquier control cautelar de su ejercicio a supuestos muy excepcionales, restringidos a la protección de otros bienes constitucionales frente a daños irreparables, evitando interferir en el proceso creativo de la obra que se quiera transmitir». Por tanto, incluso las restricciones judiciales encuentran un límite derivado de que no afecten al proceso creativo y no introduzcan prohibiciones cautelares definitivas sin una discusión judicial centrada en el asunto.

b) El ámbito de acción de la prohibición de censura

En principio, la prohibición de censura previa en nuestro ordenamiento es absoluta. O sea, que no admite excepciones. Una interpretación lógica y sistemática de la Constitución lleva a la conclusión de que, puesto que la censura interfiere en la actividad intelectual creativa de los autores, violando la dignidad misma de la persona, no es en ningún caso admisible en un Estado de Derecho. Así, situando la actividad censora fuera del régimen de libertades, se niega la posibilidad de excepciones a la prohibición. No importa cual sea el poder estatal que realiza el examen de contenidos antes de la conclusión de la obra, siempre será inconstitucional. A estos efectos el poder judicial es igual al ejecutivo, de modo que tampoco los jueces pueden acordar medidas de este tipo. En el Estado español, si es censura, está prohibido. Sin más.

De hecho, es muy discutible incluso que la Constitución la posibilidad de establecer mecanismos de censura cuando en caso de guerra, disturbios o catástrofes se declare la vigencia de uno de los estados de alarma, excepción o sitio. El artículo 55.1 CE permite en estos casos la suspensión de los derechos recogidos en los apartados *a)* y *d)* del artículo 20.1 CE, es decir del reconocimiento de las libertades de expresión e información. Sin embargo, puesto que la prohibición de censura aparece en el apartado 2 del mismo artículo, parece que en estos casos la supresión temporal de la libertad de informar no puede hacerse mediante la instauración de mecanismos de censura, sino que habrá que establecer otro tipo de procedimientos o mecanismos como pueden ser el secuestro, el cierre de publicaciones, las sanciones administrativas o la supresión del derecho a conseguir información. Eso demuestra la extrema repugnancia que tiene para el sistema democrático el procedimiento de la censura.

Ahora bien, el carácter absoluto de la prohibición no implica que haya que entender que se extiende a prácticas diferentes del estricto control de contenidos durante la fase de elaboración de la información. O sea, que no pueden considerarse como censura mecanismos que llevan, por ejemplo, a la *autocensura* de los periodistas. Es decir, que aunque algunas restricciones del derecho a transmitir información —por ejemplo, el depósito previo, o la responsabilidad civil de los editores— pueden llevar a que los propios informadores controlen sus informaciones para no incluir hechos, datos u opiniones contrarios al gusto de las autoridades públicas, no han de ser consideradas como censura sino como limitaciones —legítimas o ilegítimas, según el caso— de la libertad de información. Así, la obligación de depositar ejemplares de cada publicación en oficinas públicas puede ser tal vez una limitación inconstitucional del derecho, pero no son censura previa. Y al no ser censura, ya no quedan prohibidas de manera absoluta, sino que habrá que evaluar en cada caso si se imponen o no razonadamente para la protección de otros bienes constitucionales. Ni que decir tiene que la autocensura interna, es decir aquella que no viene motivada por intromisiones excesivas de los poderes públicos sobre los medios, sino por las propias decisiones editoriales acerca de su modelo de medio de

comunicación, nunca pueden ser consideradas ni censura, ni siquiera limitación ilegítima de la libertad de informar⁵.

B) EL SECUESTRO ADMINISTRATIVO

La alusión que se hace en el artículo 20 CE al secuestro de publicaciones sólo puede entenderse dentro del contexto histórico en el que se elabora y aprueba la Constitución. Ciertamente, en virtud de la legislación franquista de época la prohibición de difusión y la retirada de ejemplares eran algunos de los castigos más frecuentes —junto a las multas— por parte de la administración frente a la publicación de noticias o artículos contrarios a los intereses del régimen vigente. El secuestro de publicaciones consiste esencialmente en la prohibición de su difusión. Al contrario que la censura, no interfiere en la actividad creadora, sino en el proceso de distribución, impidiendo que ésta, una vez terminada, llegue al público. De hecho la propia denominación «secuestro» da claramente una idea de retención o exclusión del tráfico que define muy bien la intención y el modo de aplicarse de esta medida. El modo típico y tradicional de secuestro es la prohibición de que los ejemplares ya impresos de una publicación salgan del taller de impresión para su distribución por los puntos de venta. No obstante, son imaginables otras muchas posibilidades que van desde la prohibición de que se emita por televisión un programa ya grabado, hasta la mera interferencia en la distribución del producto por cualquier medio técnico o material.

La diferencia entre la censura —que afecta a la dignidad esencial de la persona y queda prohibida terminantemente— y el secuestro de publicaciones se advierte perfectamente en su régimen durante la vigencia de los estados de alarma, excepción o sitio: mientras que, como se dijo, ninguna situación autoriza en España la implantación de la censura, durante la vigencia del estado de sitio la autoridad gubernativa puede legalmente ordenar el secuestro de publicaciones⁶.

En cuanto a su naturaleza, lo que caracteriza al secuestro de publicaciones y emisiones es que es una medida preventiva, que se realiza antes de que a través de la transmisión de ideas o hechos se haya lesionado ningún otro derecho, pero que no interfiere en el proceso creativo violentando la voluntad creadora del autor. Simultáneamente, el secuestro supone la prohibición misma de ejercer el derecho a la libertad de información, es decir, que no se trata de una mera restricción sino de una anulación. El hecho de que se impida el ejercicio del derecho sólo puede quedar justificado ante la seguridad de que con ello se va a causar un daño *seguro, grave, ilegítimo e irreparable* a otro bien o derecho del mismo rango. O sea, que no es bastante la eventualidad del perjuicio a otro bien constitucional, porque entonces la restricción de la libertad informativa atentaría contra la eficacia y el valor de los derechos fundamentales; ni tampoco puede acordarse la medida cuando el daño a producir sea más leve que la prohibición de transmitir información, o cuando, al contrario que la lesión a la libertad de transmitir hechos, la otra sí pueda repararse.

Esta naturaleza compleja, y los riesgos que conlleva para su utilización, hacen que

la Constitución española prohíba el secuestro administrativo, y tan sólo permita el que se acuerde por las autoridades judiciales. Esta preferencia por los jueces es una constante en instituciones similares de la Constitución. Así, por ejemplo, tampoco se pueden intervenir las comunicaciones privadas sino en virtud de resolución judicial. En el trasfondo de ello se advierte una concepción del poder judicial como garante de los derechos, de modo que la intervención de un juez aseguraría que se ha tomado en cuenta el valor del derecho suprimido y la trascendencia del posible daño a otro derecho antes de acordar la medida. Pero, para que esto sea cierto, no basta conformarse con la firma de un juez en el acuerdo de secuestro de una publicación o grabación; hay que exigir algunos requisitos en la propia decisión judicial. De hecho, cabe imaginar dos supuestos en los que un juez decida secuestrar una publicación o grabación: puedo hacerlo como sanción por una violación de derechos, para impedir que siga realizándose, o puede hacerlo preventivamente, para evitar que la violación se produzca. El secuestro *como sanción*, que apenas suscita problemas, sólo lo es en sentido impropio, pues no constituye más que una de las medidas que se pueden acordar para reparar una situación lesiva de derechos. Así, por ejemplo, cuando a raíz de la denuncia presentada por un grupo de antiguos prisioneros de campos de exterminio un juez decide que un *comic* que ironizaba sobre el holocausto nazi vulnera el honor de estas personas y ordena su retirada de las librerías y establecimientos de distribución. Resulta obvio que se trata de una medida de secuestro, pero en sentido impropio. No tiene carácter preventivo, sino que supone la ejecución de una decisión judicial en virtud de la cual la difusión del *comic* no estaba amparada por la libertad de expresión.

La problemática del secuestro preventivo, o secuestro en sentido propio, es muy diferente. En estos supuestos se está también ante una medida acordada por un juez, pero antes de decidir acerca de si efectivamente hay, o no, una vulneración de algún derecho fundamental, guiándose tan sólo por las apariencias y consideraciones basadas en lo que pueda llegar a suceder:

Ana García Obregón y Alessandro Lequio di Assaba denunciaron a la antigua niñera de su hijo, Sra. De la Vera, a raíz de las declaraciones que sobre su vida privada había realizado a la revista *Pronto*, por sendos delitos de calumnias e injurias. Con posterioridad se incoó el pertinente sumario, en el curso del cual, los denunciantes pusieron en conocimiento del Juzgado instructor que les constaba que la denunciada señora De la Vera se proponía intervenir en el programa «La Máquina de la Verdad» de la cadena de televisión «Telecinco», que sería emitido al día siguiente de su grabación, y donde se iban a reproducir las mismas declaraciones hechas a la mentada revista, y que fueron la causa de la denuncia por la presunta perpetración de injurias y calumnias. Solicitaban además la prohibición de difundir o proyectar el programa «La Máquina de la Verdad», con el fin de evitar el incremento del perjuicio sufrido por los denunciados en sus derechos al honor y a la intimidad personal y familiar. El Juez dictó el Auto de 15 de diciembre de 1993, por el que se acordó la prohibición de la emisión y proyección del mentado programa televisivo. Fundaba su decisión en que la emisión proyectada del referido programa «pudiera conculcar el derecho al honor, a la propia imagen e intimidad personal y familiar», incrementando, entonces, el daño moral denunciado con motivo de la publicación de la exclusiva concedida a una revista por la denunciada Sra. De la Vera, «pudiendo además, perjudicar la actuación judicial en curso al interferir en la investigación de los hechos que es su función propia y específica con actuaciones al margen de los cauces procesales legalmente establecidos». El Ministerio Fiscal solicitó del Juez que requiriese a la cadena de televisión que aportase a la mayor brevedad una copia del programa para su visionado, con el fin de poder decidir sobre la procedencia o no de la «medida cautelar inicialmente acordada», y así procedió el Juez mediante providencia con fecha del mismo día

en el que estaba previsto emitir el programa televisivo en cuestión.

¿Es esta decisión constitucionalmente legítima por el mero hecho de haber sido adoptada por un juez? Pues no. Para decidir si se trata de un secuestro judicial legítimo hay que comprobar que se acordó cumpliendo una serie de requisitos. Así, por ejemplo, si en este caso realmente resultara que en el programa no se vulneraba, ni siquiera aparentemente, el honor o la intimidad de los aludidos, el secuestro judicial habría supuesto una vulneración del derecho a la libertad de información. Máxime cuando en definitiva lo que se está es impidiendo el ejercicio de la libertad de información por parte de *Telecinco*, ya que aunque la medida sea provisional, la información es perecedera y el hecho de levantar el secuestro pasado un tiempo no remedia el daño causado al medio de comunicación. Por tanto, no basta con constatar que sólo el juez puede dictar el secuestro de una publicación, sino que habrá que analizar cuáles son los requisitos para que la decisión del juez sea constitucionalmente legítima. Podemos hacerlo a partir de este mismo caso.

a) Requisitos de legitimidad del secuestro judicial

La primera cuestión que se plantearía es la de si el juez puede acordar el secuestro de una grabación sin que ninguna ley se lo permita, por propia iniciativa. Es decir, ¿tiene el legislador algún papel a la hora de regular en qué casos puede un juez dictar una orden de secuestro? Se trata de una cuestión bastante discutida entre la doctrina científica, sin embargo, el Tribunal Constitucional la ha resuelto fácilmente indicando que sí, que los jueces sólo pueden actuar cuando hay una ley que se lo permite, y siempre de acuerdo a los trámites y procedimientos en ella previstos, de modo que el primer requisito es *que exista una ley* que permita el secuestro de publicaciones para proteger otros derechos. El juez, evidentemente, deberá moverse en el marco de esta ley. Así, en el ejemplo que seguimos es efectivamente la Ley 62/1978 la que en su artículo 3.2 permite que los jueces decreten, cuando se tramita un proceso penal, el secuestro de la publicación o la prohibición de difundir o proyectar el medio a través del cual se produjo la actividad delictiva. Además, no basta cualquier ley, sino que el Tribunal constitucional exige que sea una Ley Orgánica (aprobada por mayoría absoluta) y que se justifique en la protección de bienes o derechos constitucionales. Ambos requisitos se dan en la ley de nuestro ejemplo.

A partir de ahí ya puede entrar en acción el poder judicial, siempre respaldado por una ley. Pero tampoco puede actuar por iniciativa propia: no resulta acorde con nuestro sistema jurídico que los jueces tomen, en aras de la protección de cualquier interés, medidas limitativas de derechos sin que nadie se lo solicite. Es lo que se conoce como «iniciativa de parte», es decir que, para que se pueda hacer, alguna de las partes en un proceso tienen que haber pedido que se secuestre la publicación. A partir de ahí el juez debe valorar si es o no *necesario* y el Tribunal Constitucional ha indicado al detalle cómo ha de hacerlo: en primer lugar ha de indicar expresamente *cuáles son los derechos* enfrentados, además tiene que definir claramente cuál es el *daño* que se quiere evitar y por qué es *irreversible* y por última tiene que aclarar que

la prohibición de informar resulta *proporcional* al daño evitado. El control de proporcionalidad no es sino un modo de ponderación, seleccionando qué bien constitucional se va a sacrificar para proteger otro. En nuestro ejemplo, el Alto Tribunal se inclina por considerar adecuado el secuestro:

El interés general de la información o su relevancia pública no se da en este caso por un conjunto de circunstancias: la índole del programa «La máquina de la verdad» y singularmente, el protagonismo de la niñera. Con tales ingredientes, el Juez pidió a la empresa las grabaciones y la cadena se negó tozudamente a facilitarlas o entregarlas. Con los elementos de juicio puestos a su disposición, hizo una ponderación razonable de los intereses y valores, bienes y derechos en juego. No sólo tuvo en cuenta la buena marcha del proceso penal, sino también, como es natural, la protección a la intimidad del menor y, en definitiva, impidió que la institutriz repitiera las mismas informaciones, datos o hechos y opiniones que eran objeto de investigación por un supuesto delito de injurias, reiteración que era lógicamente presumible del contenido de las «cuñas» publicitarias, acordes con la naturaleza del programa. Era, en definitiva, una conducta continuada, con una identidad en sus elementos con los hechos denunciados y perseguidos sumariamente. Se trataba de las mismas personas, del mismo entorno familiar, de las mismas ocurrencias y de los mismos conceptos. La presunción rayana en la certeza de que así iba a transcurrir la emisión configura a su vez el peligro o riesgo cuya aparición justifica la fulminante intervención preventiva del Juez (STC 187/1999).

Nótese que en este caso se pone muy claramente en evidencia el principal problema que plantea la legitimación constitucional de la figura del secuestro de publicaciones o grabaciones: ¿qué pasaría si en el juicio contra la niñera se demostrase que las declaraciones vertidas por ella en la revista *Pronto* no constituían injurias ni lesionaban la intimidad, el honor o el libre desarrollo del menor? Pues que con el secuestro se habría prohibido innecesariamente el ejercicio del derecho a transmitir informaciones.

Ésta es la principal crítica que puede hacerse a la construcción constitucional en torno a los requisitos de la retirada judicial de publicaciones: implica casi siempre un prejuicio sobre el resultado del conflicto entre información y otro derecho. Por eso no puede utilizarse alegremente el mecanismo de la ponderación a la hora de decidir un secuestro. La ponderación de sacrificios que se realiza de manera preventiva ha de ser mucho más estricta que la que se realiza *a posteriori* para decidir si se ha vulnerado o no un derecho al ejercer otro, puesto que no tiene remedio. A cambio, también puede alegarse que nunca tiene remedio la vulneración del honor, la intimidad o la imagen. Pero eso no es absolutamente verdad: en muchos casos la reparación civil de una vulneración al honor u otros derechos supone un remedio bastante, aunque indeseable. La conclusión de todo lo dicho es, esencialmente, que donde los jueces han de incidir es en la constatación de la irreversibilidad del daño que produciría la difusión de la información; sólo cuando se vaya a causar con total seguridad un daño *absolutamente irremediable* —por ejemplo, en este caso, el desarrollo de la personalidad de un niño— podrá decidirse el secuestro.

Para ello resulta imprescindible que el juez pueda *examinar el contenido* de la información ya elaborada pero aún sin difundir. Si no fuera así, y se prohibiera publicar una noticia o un programa sin conocer su contenido, ni poder constatar que en verdad es lesivo de algún derecho, estaríamos ante un caso de auténtica censura: se estaría induciendo al periodista a no tratar determinadas materias, independientemente de cómo las elabore. En el asunto que hemos venido usando es

verdad que el juez no pudo visionar previamente el vídeo a emitir, pero también es cierto que ello se debió a que los propios periodistas se negaron a ello, de modo que la decisión de secuestro judicial se acordó a la vista de los indicios que se tenían en ese momento, sobre todo los anuncios hechos por la cadena televisiva acerca del contenido previsto.

BIBLIOGRAFÍA

Entre la bibliografía dedicada a la cláusula de conciencia y el secreto profesional destaca, por la importancia que ha tenido, el libro de Marc CARRILLO, *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas: una aproximación al estatuto jurídico de los periodistas*, Civitas, Madrid, 1993. En el mismo sentido, fue también un hito la publicación del debate celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales entre periodistas y juristas en 1994, con el título *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, CEC, Madrid, 1995. Un buen trabajo sobre ambos temas de manera conjunta es el de Joaquín FRIGOLA VALLINA, *Honor, secreto profesional y cláusula de conciencia en los medios de comunicación: límites y aspectos jurídicos civiles y penales*, RGD, Valencia, 1998.

En particular sobre el secreto profesional, el primer estudio detallado fue el de Alfonso FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, *El secreto profesional de los periodistas*, Tecnos (Temas clave de la Constitución), Madrid, 1990. Un artículo conciso y que de manera clara expone la perspectiva internacional, aunque escrito en 1983, es el de Enrique GÓMEZ-REINO CARNOTTA, «El secreto profesional de los periodistas», *Revista de Administración Pública*, n.º 100-102, pp. 611-629. También son útiles los artículos de Iñigo LAZCANO BROTONS, «El tribunal Europeo de Derechos Humanos y el secreto profesional de los periodistas (*Goodwin v. Reino Unido*)», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 52 (1998), pp. 373-395; y de M.^a Aránzazu MORETÓN TOQUERO, «El secreto profesional de los periodistas y la empresa de comunicación: ¿un conflicto de lealtades?», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 4 (2004), pp. 99-146.

Por lo que hace a los estudios dedicados en exclusiva a la cláusula de conciencia, son escasos los publicados con posterioridad a la ley que regula el tema. Una monografía interesante, que fue su tesis doctoral, es la de Joan CAPSETA CASTELLÀ, *La cláusula de conciencia periodística*, McGraw-Hill, Madrid, 1998. Más reciente, el libro de Gloria Pilar ROJAS RIVERO, *Cláusula de conciencia y extinción del contrato*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2008. También los artículos de Manuel PULIDO QUECEDO, «De nuevo sobre la cláusula de conciencia de los periodistas», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, T. III (2002), pp. 2.088-2.091; y Francisco Javier CALVO GALLEGU, «Algunas notas sobre la jurisprudencia constitucional y el derecho a la cláusula de conciencia», en *Temas Laborales* n.º 69 (2003), pp. 85-96.

En cuanto a la censura, por razones obvias la mayoría de los estudios que existen publicados tienen un carácter histórico. Como máximo se refieren al período franquista, pero es raro que adopten un punto de vista jurídico que aún mantenga cierta utilidad hoy día. Sin duda, uno de los mejores trabajos es el de Román GUBERN, *La censura: función política y ordenamiento jurídico bajo el franquismo (1936-1975)*, Península, Barcelona, 1981. Un buen comentario a algunas cuestiones candentes sobre el tema en Ignacio VILLAYERDE, «Censura, secuestro y medidas cautelares en materia de libertad de información y expresión (A propósito de la STC 187/1999)», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, T. I, 2001, pp. 1951-1986. También, José Antonio TOMÉ GARCÍA, «El secuestro de los soportes de la información en el proceso penal por delitos contra el honor, la intimidad o la propia imagen», en *Revista de Derecho Procesal*, 2008, pp. 503-544.

¹ En verdad, en toda la legislación franquista, el secreto profesional era una obligación del periodista que, precisamente, sólo decaía cuando tuviera que declarar ante un tribunal. Justo lo contrario de la actualidad. Véase el principio 5 del estatuto de la profesión periodística de 1967.

² Es la ley de 29 de marzo de 1935, a raíz de la denominada *proposición Guernut*. En otros países, no obstante, ya existía la institución. Así en la ley austríaca de 13 de enero de 1910, que permite el rechazo a firmar informaciones obtenidas contra los principios éticos del periodista.

³ Cfr. STC 199/1999, FJ 3.

⁴ STC 52/1983, FJ 5, a propósito de la obligatoriedad de depósito legal de publicaciones.

⁵ Así lo indica el TC en su Sentencia 187 de 1999: «no encaja en este concepto [censura] la que a veces ha dado en llamarse “autocensura”, utilizada en algunos sectores —la cinematografía o la prensa—, en algunos países o en algunas épocas para regular la propia actividad y establecer corporativamente ciertos límites. Más lejos aún del concepto constitucionalmente proscrito está la carga, con su cara y reverso de derecho-deber, que permite e impone a los editores y directores un examen o análisis de texto y contenidos, antes de su difusión, para comprobar si traspasan, o no, los límites de las libertades que ejercen, con especial atención a los penales. Se trata de algo que, en mayor o menor grado, precede siempre a la conducta humana, reflexiva y consciente de que el respeto al derecho ajeno es la pieza clave de la convivencia pacífica».

⁶ Artículo 21.1 de Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio.

Edición en formato digital: 2014

© JOAQUÍN URÍAS, 2014
Diseño de cubierta: J. M. Domínguez y J. Sánchez Cuenca
© Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2014
Calle Juan Ignacio Luca de Tena, 15
28027 Madrid
infotecnos@tecnos.es

ISBN ebook: 978-84-309-6444-4

Está prohibida la reproducción total o parcial de este libro electrónico, su transmisión, su descarga, su descompilación, su tratamiento informático, su almacenamiento o introducción en cualquier sistema de repositorio y recuperación, en cualquier forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, conocido o por inventar, sin el permiso expreso escrito de los titulares del Copyright.

Conversión a formato digital: calmagráfica

www.tecnos.es

Índice

Presentación	8
Lección uno. El derecho constitucional de la información	10
1. Derecho de la información y derecho a la información	10
2. Las consecuencias de la constitucionalización del derecho a la información	13
A) La Constitución racional-normativa	16
B) Los derechos fundamentales	17
a) Qué son los derechos fundamentales	17
b) Los derechos fundamentales en la Constitución española	21
C) Las garantías de los derechos fundamentales	23
3. Los principios rectores de la política	26
Bibliografía	27
Lección dos. La evolución histórica del derecho a la información	28
1. La libertad de prensa en el nacimiento del estado constitucional	28
A) El Estatuto de Bayona	28
B) La Constitución de 1812	30
2. La opinión pública liberal y la segunda fase de constitucionalismo	32
A) La Constitución de 1837	33
B) La Constitución de 1845	34
C) La Constitución y el acta adicional de 1856	35
3. La constitución de 1869: el derecho a la información	36
A) El sentido de la constitución de 1869	36
B) La reacción en la Constitución de 1876	38
4. El antecedente histórico de la segunda república	39
A) La Constitución de 1931	39
B) La época franquista	40
Bibliografía	42
Lección tres. La libertad de información en la Constitución española	43
1. Libertad de expresión y derecho a la información	43
A) Teorías sobre la distinción	43
B) La construcción tradicional y su crítica	45
C) Criterios de distinción	47
2. Breve referencia al derecho a la libertad de expresión	49
3. El valor jurídico-constitucional del derecho a la información	52
4. El contenido prestacional del derecho a la información. medios públicos y	56

privados	56
5. Los titulares del derecho a la información	61
6. Breve excursio sobre las peculiaridades de la libertad de información en las «redes sociales» y a través de internet	65
Bibliografía	67
Lección cuatro. La obtención legítima de la información	68
1. Una visión dinámica del derecho a transmitir información	68
2. El ejercicio legítimo del derecho a obtener información	69
A) Frente a los ciudadanos	69
B) Frente a los poderes públicos	73
3. Los límites a la obtención de la información	78
A) Los secretos	79
B) Los secretos oficiales	81
C) El secreto de las comunicaciones	82
D) El secreto de sumario	85
a) Los juicios paralelos en prensa	86
Bibliografía	91
Lección cinco. Los requisitos constitucionales de la información	95
1. Las características del ejercicio legítimo del derecho a la información	95
2. La veracidad	96
A) La diligencia profesional	99
B) La fiabilidad de las fuentes	101
a) La teoría del reportaje neutral	102
3. La relevancia pública	104
A) Criterios de determinación	106
B) Relevancia pública <i>ratione personae</i>	107
4. La prohibición de insultos	109
Bibliografía	112
Lección seis. El derecho a recibir libremente información veraz	114
1. La problemática configuración como derecho fundamental	114
2. Posibilidades de ejercicio frente a los medios y periodistas	115
A) El supuesto derecho a la veracidad	115
B) Otras posibilidades de derecho frente a medios y periodistas	117
3. Las posibilidades de ejercer el derecho frente al estado	118
A) El derecho a recibir como principio rector del ordenamiento	118
B) Los cauces de ejercicio como derecho de libertad	119
4. El posible derecho a no recibir mensajes	120

Lección siete. El derecho a crear medios de comunicación	124
1. Efectividad y límites del derecho	124
2. Los límites específicos del derecho a crear medios de comunicación	125
3. Derecho a crear medios de comunicación y libertad de configuración del legislador	127
A) La ausencia de regulación	128
B) Posibilidades de la regulación legal	130
Bibliografía	133
Lección ocho. Derechos al honor, la intimidad y a la propia imagen	136
1. Tres derechos fundamentales y distintos	136
A) El derecho al honor	136
a) Concepto subjetivo, objetivo y social de honor	138
B) El derecho a la intimidad	141
a) El ámbito protegido por la intimidad	142
b) Las renunciaciones a la intimidad	143
c) El pasado y el derecho al olvido	149
C) El derecho a la propia imagen	151
a) Las facultades de control de la propia imagen	157
2. La distinción entre los tres derechos y su relevancia	158
A) La titularidad de personas jurídicas	159
B) El fallecimiento del titular	161
a) Otros efectos de la distinción	164
3. La protección a la infancia	165
A) El valor constitucional de la protección a los niños y jóvenes	166
B) Los niños como objeto y sujeto de la información	167
Bibliografía	171
Lección nueve. Límites de la libertad de información y conflicto de derechos	174
1. Los derechos y sus límites: el caso de la libertad de información	174
A) Restricciones verticales de derechos fundamentales	176
B) Los conflictos entre derechos	178
2. La ponderación de derechos	181
A) El caso «Soria Semanal»	181
B) El supuesto valor preferente del derecho a la información	183
C) La práctica de la ponderación	184
3. La relaciones honor-veracidad e intimidad-relevancia pública	187
Bibliografía	188

Bibliografía	188
Lección diez. Los procedimientos de protección de los derechos (I)	192
1. Distinción entre la tutela civil y penal de los derechos	192
A) Diferencias esquemáticas entre ambas vías	196
2. El derecho de rectificación	197
A) Procedimiento de rectificación	199
B) Requisitos del escrito de rectificación	201
3. La tutela civil ordinaria	203
A) El valor del consentimiento	205
B) Los procedimientos judiciales	206
Bibliografía	211
Lección once. Los procedimientos de protección de los derechos (II)	213
1. La tutela penal	213
A) Los delitos contra el honor	215
a) La calumnia	215
b) La injuria	218
c) Disposiciones comunes: instancia de parte y exceptio veritatis	220
d) Otros delitos similares	223
B) Delitos contra la intimidad y la infancia	225
2. Tutela civil y penal ante el tribunal constitucional	226
A) La responsabilidad civil y penal	228
Bibliografía	233
Lección doce. El estatuto jurídico del informador	234
1. El concepto de periodista	234
2. La organización interna de los medios de comunicación: el director	235
3. Las asociaciones de periodistas	238
4. Los órganos de control y autocontrol	240
A) El ejemplo británico	241
Lección trece. La protección constitucional de la información	245
1. Derechos específicos de los periodistas	245
A) El secreto profesional	246
a) Un derecho, no un deber	247
b) El objeto y el sujeto del secreto profesional	248
c) Ámbito de funcionamiento	249
B) La cláusula de conciencia	251
a) El ámbito protegido por la cláusula de conciencia	252

b) El ejercicio del derecho según la Ley Orgánica 2/1997 (los requisitos para recurrir a la cláusula de conciencia)	253
2. Interdicciones constitucionales	259
A) La censura previa	260
a) El concepto de censura previa en la jurisprudencia constitucional	261
b) El ámbito de acción de la prohibición de censura	264
B) El secuestro administrativo	265
a) Requisitos de legitimidad del secuestro judicial	267
Bibliografía	269
Créditos	271