

UNA APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN Y DE INFORMACIÓN EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Enrique GUILLÉN LÓPEZ
Universidad de Granada (España).

LLAMAZARES CALZADILLA, M.^a Cruz, *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Cívitas, Madrid, 1999, 386 págs.

El objeto de esta monografía es el estudio desde un punto de vista formal de las libertades de expresión e información en el ordenamiento constitucional español. Estas libertades constituyen un tema absolutamente clásico. Baste en este sentido resaltar la importancia que cobran en el proyecto ilustrado en cuanto que estímulo de la capacidad del ciudadano para poder recabar información y poder así situarse en el marco de un diálogo general (la opinión pública libre) que supusiera, en primer lugar, el control del poder (primera señal de identidad del constitucionalismo) y, después, dirigir al poder conforme a los deseos de los ciudadanos (en el actual constitucionalismo democrático). A tal concepción responden no sólo la visión ingenuamente “redentora” de la libertad de palabra (como en J. S. Mill¹), sino también una visión determinada de la prensa (y en general de los medios de comunicación) como paladines de la libertad y defensores de los derechos de los ciudadanos frente a las arbitrariedades del poder. De acuerdo con esta lógica, la dinámica conflictual se establecería entre el Estado como potencial vulnerador de estas libertades y los ciudadanos, especialmente los medios de comunicación como instrumentos para la consecución de los objetivos que vieron nacer estas libertades.

Dicho esto, no se puede ser ajeno a las extraordinarias variaciones del modelo que se observan en las sociedades contemporáneas. Si el tema es clásico, no deben serlo, en cambio, las aproximaciones que a él se hagan. En especial, sólo la mayor de las cegueras puede llevarnos a obviar el enorme poder acumulado por los medios de comunicación. Éstos ya no pueden ser concebidos sólo como instrumentos críticos del poder, sino además, como *el poder mismo*. Creo que en algún sentido (y alguna dosis de exageración) se puede señalar que el estudio de un derecho como el de información no es el de un medio reactivo frente al poder (tal y como se entiende habitualmente, frente a los órganos estatales que lo detentan, toda vez

1. Las opiniones de MILL en *Sobre la libertad*, al respecto, son bien conocidas. Mencionemos sólo las siguientes contenida en su Diario: “En el gobierno, una perfecta libertad de expresión en todas sus modalidades —hablar, escribir e imprimir—, tanto en la ley como en la práctica, es el primer requisito; pues ésa es la condición principal para que haya inteligencia popular y progreso mental. Todo lo demás es secundario” (ed. y trad. de C. MELLIZO, Alianza, Madrid, 1996, pp. 46-27).

que la lógica estatal se encuentra en una situación ciertamente crítica²). Al contrario, sólo puede ser comprendida su naturaleza primaria y establecidas las garantías más eficaces si se consideran las considerables ocasiones en que los ciudadanos quedan desguarnecidos directa o indirectamente frente a los medios. La televisión, en concreto, juega el papel que otrora ocuparan las patrias. Uno se identifica con la cadena que ve; en ella deposita sus anhelos; siente que son sus principales estrellas las que le representan; es al público de sus concursos más exitosos al que aspira a pertenecer, etc. Si a ello sumamos los efectos de la “visible” mano del mercado nos encontraremos finalmente con un panorama no sé si desolador, pero en todo caso, muy diferente del preconizado por los clásicos en la materia, en el que el pluralismo ocupa un lugar muy tangencial en el discurso.

La monografía escrita por la profesora M. Cruz Llamazares, no hace explícitas estas consideraciones, pero sin duda aquellas que constituyen un lugar común, laten detrás de su trabajo. Que son, desde luego, las que lo animan, se comprueba a partir del momento en que comienza haciendo del concepto de garantía institucional el eje principal de su discurso, el paradigma metodológico que ampara todo el edificio de las libertades de expresión e información. En su opinión de esta forma se logra alcanzar la auténtica dimensión de las libertades que estudia; ese algo más que derechos subjetivos que poseen las libertades de expresión y de información. La teoría de la garantía institucional es utilizada, en efecto, para conseguir la imbricación de las libertades a las que se refiere la monografía con la dignidad de la persona, la libertad de conciencia y el pluralismo político. Por señalarlo en sus propias palabras: “en el fundamento de las libertades de expresión y de información encontramos el pluralismo, la libertad de conciencia y la dignidad de la persona, lo cual pone de manifiesto cuál es el verdadero significado de la configuración constitucional de estas libertades como garantías institucionales: las libertades de expresión e información garantizan la existencia de una opinión pública libre y plural, siendo condición inexcusable para la existencia de una sociedad plural y democrática, sin la cual es impensable el respeto a la libertad de conciencia y a la dignidad de la persona. Queda así definido el auténtico alcance de la garantía institucional que los derechos del artículo 20.1.a) y d) de la CE constituyen” (p. 61).

Nada cabe objetar al sistema que Llamazares elabora con el objeto de situar contextualmente las libertades que estudia. Los derechos del artículo 20 aparecen, de esta forma, en el centro de un complejo entramado, lo que los distingue de otros derechos fundamentales que funcionan como un ámbito absoluto de intangibilidad debido a las exigencias intrínsecas de la dignidad humana (caso de la prohibición de la tortura o de los tratos inhumanos o degradantes). De lo que no estamos tan convencidos, sin embargo, es de que en este empeño se precise de la idea de garantía institucional, por cuanto la concepción contemporánea dominante de los

2. Cfr. P. DE VEGA, “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *REP*, nº 100, 1998.

derechos les añade a su dimensión tradicional subjetiva una importante dosis de objetividad, que los implica con el ordenamiento jurídico en su conjunto (y los imbrica de una determinada forma y con una diferente intensidad dependiendo de cual se trate). Si a esto sumamos que los derechos y las libertades gozan de una extraordinaria protección, podemos prescindir del mecanismo que en Weimar se alumbró con este objetivo. Así lo señala expresamente alguno de los autores españoles que han frecuentado desde antiguo esta categoría³. Si, en definitiva, el concepto de los derechos se ha abierto como para que podamos concebir en su seno esa lógica que la autora reclama no vemos porqué preferir el uso de una categoría que conlleva al menos los siguientes riesgos:

1) Una inevitable jerarquización de los derechos fundamentales. Así se podría distinguir entre los nudos derechos y los derechos-garantías institucionales, que prevalecerían sobre los primeros en el caso de que confluyesen.

2) Una consiguiente visión “sacrificial” de los derechos no secundable desde el sistema unitario que la Constitución diseña. En concreto, y como luego señalaremos, la concepción libertad de expresión *versus* derecho al honor y la inmolación necesaria de alguno no es, a nuestro juicio, especialmente afortunada.

3) En tercer término, la idea de la garantía institucional presenta el problema de que al conectarse con la generalidad, con el sistema, al ponderarse su carácter objetivo, puede quedar desprotegido el nudo derecho frente a todos; el derecho del diletante, del Sade de turno, a escribir y difundir una obra radicalmente disuasoria, nihilista, ajena totalmente a lo que de costumbre se tiene por “formación de una opinión pública libre”. No quiero dar a entender con ello un desacuerdo frontal con la tesis de la autora, sino tan sólo mostrar mi perplejidad ante las dificultades para construir un sistema de situaciones de hecho tan divergentes como las que están en estos casos implicadas (La libertad de expresión del escritor individual y la que se ejerce a través de la editorial de un periódico de masas o por boca de una *star* mediática difieren tanto como el fútbol que se juega en el patio de un colegio y el profesional).

Más allá de la fortuna de la idea de garantía institucional podríamos inquirir aquí por la validez material de los términos que en ella están implicados. Me refiero al análisis de los conceptos en los que se apoya toda la construcción. Si antes hemos dicho que la libertad de expresión tiene una clara dependencia concep-

3. Cfr., por ejemplo, A. GALLEGO ANABITARTE: “Por otra parte, en el ámbito de los derechos fundamentales, que es donde esta expresión de garantía institucional ha pretendido tener más desarrollo, su utilización es innecesaria ante la comprensión dominante según la cual los derechos fundamentales tienen una versión subjetiva como derechos subjetivos, y un aspecto objetivo o institucional, que obliga al Estado a determinadas acciones positivas para garantizar realmente el ejercicio de estos derechos, derechos que tienen además un efecto de irradiación sobre todo el ordenamiento jurídico”. A. GALLEGO ANABITARTE, “Artículo 97. Funciones del Gobierno”, en O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Cortes Generales/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1998, p. 101.

tual de las líneas maestras del proyecto ilustrado no excederíamos nuestras funciones de juristas si reparáramos en que muchas de ellas están siendo seriamente acosadas. Por ello el discurso debiera haber acogido, mínimamente al menos, cuestiones como la de la crisis del pensamiento ilustrado; el concepto de razón y el mismo de opinión pública libre⁴ cuando la información es difundida por grupos extraordinariamente poderosos; o el carácter verdadero o ficticio de la aseveración según la cual la información controla y permite orientar al poder.

Dedicado el capítulo primero al estudio de la garantía institucional, los tres restantes se ocupan de los sujetos del derecho a la información, de los derechos de los ciudadanos derivados de las libertades de expresión y de información, y de los límites a estas libertades, respectivamente. Estamos, por tanto, ante un repaso amplio de los principales problemas teóricos y prácticos del tema que le ocupa que nosotros vamos a tratar de caracterizar sumariamente.

El segundo capítulo se detiene especialmente en los profesionales de la información y en la empresa informativa. El tratamiento de los problemas que aparecen (requisitos para el ejercicio de la profesión periodística, el secreto profesional, la cláusula de conciencia o el régimen de las empresas informativas) está presidido por la idea de garantía institucional con la que arranca el estudio. Resulta especialmente ilustrativo señalar que el capítulo se cierra con un alegato en favor de la intervención estatal en el proceso de creación de empresas informativas, certero diagnóstico que muestra que en el panorama actual la lesión de las libertades de expresión y de información puede provenir con más frecuencia de poderes privados (especialmente de las empresas mediáticas) que del Estado⁵. La propuesta de la autora es una muestra de que los planteamientos tradicionales son escasamente viables en la compleja sociedad contemporánea.

En el capítulo tercero la autora lleva a cabo un considerable esfuerzo por reconducir jurídicamente la actividad de todos los implicados a la formación de la opinión pública libre que propició el nacimiento de las libertades de expresión y de información. Desde este núcleo de preocupaciones cobran todo el sentido propuestas verdaderamente atinadas como la de garantizar el acceso a todos los medios (ya sean de titularidad pública o privada) de los grupos sociales y políticos más significativos (p. 206). Se advierte aquí una defensa constante del pluralismo en su doble vertiente (externo e interno) que le conduce, por detenernos sólo en un aspecto, a acoger con vehemencia la idea de servicio público de la actividad

4. El pensamiento jurídico debe considerar las dificultades de anclar todo el sistema de libertades de expresión y de información en el concepto de opinión pública cuando no tienen precisamente un alcance meramente testimonial las opiniones, por ejemplo, de DERRIDA que a la pregunta "¿qué es hoy la opinión pública?", responde: "¿Hoy? La silueta de un fantasma, la obsesión de la consciencia democrática". Cfr. "La democracia, para otro día" en *El otro cabo. La democracia, para otro día.*, Ediciones del Serbal, Barcelona, 1992, p. 85.

5. Sobre la cuestión es extraordinariamente interesante el debate norteamericano y la visión que de él tiene O. FISS, en *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona, 1999 (En especial, el capítulo denominado "La misión democrática de la prensa", pp. 71-104).

radiotelevisiva (y con ello, por ejemplo, la necesidad de un control parlamentario más incisivo sobre su actividad, pp. 225 y ss.) sobre la base, acertada, de que su cesión en el actual momento de concentración de medios conduciría a una nueva, y más insidiosa, si cabe, forma de absolutismo.

En el último de los capítulos de la monografía se repasan los límites a los que están sometidas las libertades de expresión y de información. Se sistematizan aquí con sencillez el amplio conjunto de límites que a estas libertades cabe oponer sobre la base de que son garantía institucionales y por tanto ligadas a la consecución de una determinada finalidad. Distingue así entre límites derivados de los derechos fundamentales (especialmente el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen); el límite de la moral pública; los límites derivados de la seguridad nacional; y, por último, los que se desprenden de la salud pública. Sin lugar a dudas el supuesto que plantea más problemas, tanto cuantitativa como cualitativamente, es el del conflicto entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor, intimidad y propia imagen. Sabido es el importante número de asuntos que oponen estos dos derechos, pero ¿dónde reside la dificultad teórica de las cuestiones que al respecto se suscitan? Pues bien, a mi juicio, siguiendo a Bastida el problema estriba en que no se suele encarar correctamente el problema de la confluencia de derechos. En efecto, como señala este autor: “El TC incurre muy frecuentemente en la relativización de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos al desligar la idea de ponderación de la idea de concreción o determinación interpretativa del contenido de cada uno de los derechos en presencia. El conflicto de derechos debería resolverse siempre con una previa delimitación del contenido o ámbito de los derechos en litigio. Sólo luego, y tras un balance de las circunstancias básicas del supuesto, se podrá decidir si los actos u omisiones objeto de juicio son o no ejercicio de uno de esos derechos. No es correcto concluir, porque lo impide el principio de unidad de la Constitución, que a la vista de los hechos y circunstancias del caso un derecho fundamental goza de amparo frente a otro derecho, también fundamental, pero que debe *ceder* ante el mayor peso dado al primero en el juicio de ponderación. Sin embargo, esto es lo que hace el TC en numerosas de sus sentencias y más aún en aquellas en las que uno de los derechos en presencia es la libertad de expresión o la de información.

El derecho al honor no *cede* ni se *debilita* ante el valor preferente de las libertades de expresión e información; simplemente su contenido no abarca todo los supuestos en los que haya ofensas morales a personas. No es constitucionalmente adecuado afirmar que el derecho al honor de una persona es vulnerado, incluso gravemente, por unas opiniones o informaciones divulgadas, pero que debe sacrificarse en aras del valor preferente de las libertades de expresión e información, por su contribución a la formación de una *opinión pública libre*”⁶.

6. F. J. BASTIDA FREIJEDO, *El régimen jurídico de la comunicación social*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1994, pp. 18-19.

Pues bien, al respecto hay que señalar que la postura de la profesora Llamazares es coincidente con la que el TC ha mantenido, lo que resulta obligado toda vez que se añade a las libertades de expresión y de información la calidad específica de garantías institucionales. En concreto señala: “las libertades de expresión e información, en cuanto garantes de la formación de una opinión pública y plural, adoptan una posición prevalente frente a otros derechos fundamentales que en principio podrían ser concebidos como límites externos a estas libertades” (p. 283). La cuestión se traslada ahora a los criterios necesarios para que pueda estimarse que las expresiones e informaciones son precisas para la formación de la opinión pública libre y así, siguiendo la doctrina del TC, se trata la relevancia pública de la información (aunque no llega a afrontarse directamente la diferencia conceptual, esencial a mi juicio, entre interés público e interés *del* público); la exigencia de veracidad aplicable a las informaciones; y la adecuación de las expresiones utilizadas.

En el apartado referente a los límites derivados de la seguridad nacional la profesora Llamazares, pasa revista a los supuestos que nuestro ordenamiento prevé como excepciones al principio de publicidad. Así se refiere al secreto en el proceso penal y en el seno de las Cortes. Por lo que atañe a este último aspecto la autora es terminante: “el secreto de las sesiones parlamentarias tiene en las normas vigentes un alcance mucho mayor del que es constitucionalmente justificable” (p. 342). Se trata de una postura que estima en poco las modificaciones del RCD, por ejemplo, que en 1994 vino a establecer un principio general de publicidad de las Comisiones de Investigación. Con los límites derivados de la salud pública concluye la autora el estudio de este apartado y la monografía, no sin antes manifestar en una valoración general la necesidad de ponderar la vertiente institucional de las libertades de expresión e información como mecanismo racionalizador del sistema. El trabajo se encuentra así con el que fue su punto de partida y su hilo conductor permanente. En este sentido, nos encontramos con una aportación sumamente congruente con sus postulados. La teoría de la garantía institucional ha servido para desgranar el régimen jurídico de las libertades de expresión y de información, obteniendo un resultado que, alejándose del discurso dominante, es sin embargo, plausible en sus soluciones. La autora cultiva, además, una prosa ágil y de fácil lectura (a lo que no poco ayuda el que introduzca sistemáticamente resúmenes y conclusiones al final de cada punto). Ciertamente hay cuestiones que quedan en el tintero. No se alude, en primer lugar, a internet, el vehículo de comunicación por excelencia del siglo XXI. Tampoco hay tratamiento alguno del derecho comparado (especialmente del derecho de los Estados que forman parte de la Unión Europea, aunque el debate norteamericano sea crucial en lo que tiene de precursor), lo que sería interesante porque es uno de los pocos ámbitos en los que se puede cifrar la existencia de ese espacio público europeo que la Unión necesita para desprenderse de su ontológica debilidad. De cualquier modo, el amplio repaso que la autora realiza del ordenamiento jurídico español satisfará las pretensiones del lector interesado en tan fascinante tema.