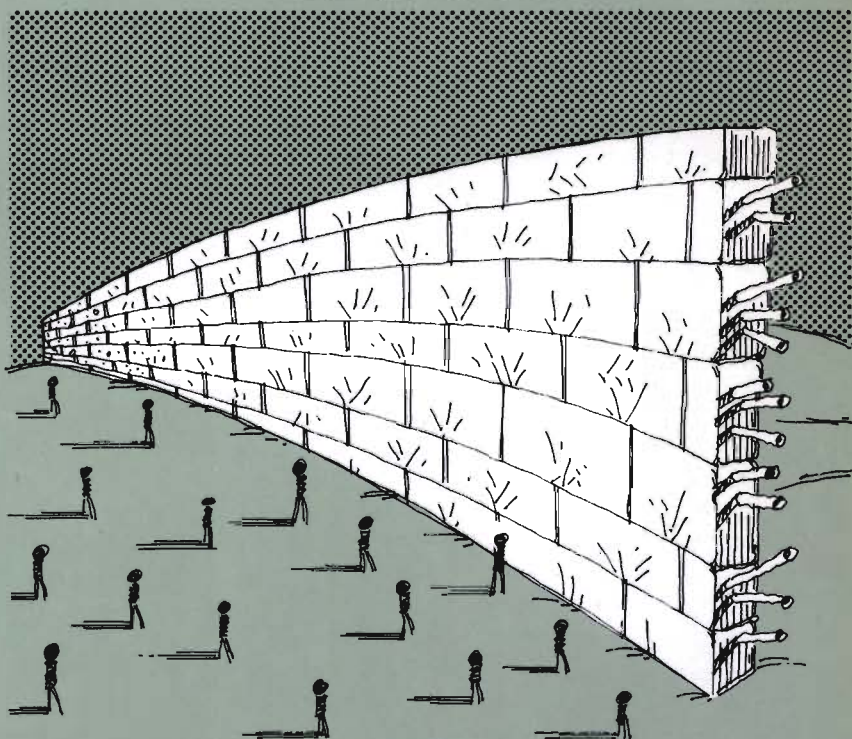




Cuadernos de Periodistas

Los límites de la información

José M^a. Desantes Guanter
Carlos Soria



Asociación de la Prensa de Madrid

2-9-2/1

Este libro ha sido donado por

PRESIDENCIA

Fecha: *30 DE ABRIL DE 2004*



Cuadernos de Periodistas

Nº 2

Este libro ha sido donado por

Facultad

Asociación de



Asociación de la Prensa de Madrid

Los límites de la información

LA INFORMACION EN LA
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL: LAS 100 PRIMERAS
SENTENCIAS

José M.^a DESANTES GUANTER
Carlos SORIA



Edita:
Servicio de Publicaciones de la
Asociación de la Prensa de Madrid
Plaza del Callao, 4 - 28013 Madrid

Diseño de la colección:
Pablo Hidalgo Ríos

© 1991 Asociación de la Prensa de Madrid

Depósito legal: M-6380-1991
ISBN: 84-87641-04-0

Fotocomposición y fotomecánica:
Procesos Preimpresión, S. A.
Marqués de Monteagudo, 18
28028 Madrid

Imprime:
Artes Gráficas Coimoff, S. A.
Federico Moreno Torroba, 1
28007 Madrid

Los límites de la información

Los medios de información, y los periodistas en particular, han pasado, hemos pasado, de la larga etapa sin derechos al nuevo régimen constitucional que ampara a todos los ciudadanos y, entre ellos, a los profesionales de la información.

Con la teoría, por un lado, de que «la mejor ley de prensa es la que no existe» y su contraria, defendida por los que quieren un amplio abanico de leyes en las que ampararse, la realidad es que el Legislativo ni siquiera se ha dignado acometer el desarrollo del famosísimo artículo 20 de la Constitución, en las tan solicitadas leyes que debían haber ampliado y detallado la Cláusula de Conciencia y el Secreto Profesional.

Esta carencia de desarrollo, en éstos como en otros temas, no excluye que los Tribunales de Justicia, y en su última instancia el Tribunal Constitucional, hayan desarrollado todo un cuerpo legal con la jurisprudencia que emana de las muchas y variadas sentencias que el más alto Tribunal ha dictado en sus aún cortos años de existencia.

Este libro, escrito por dos expertos de primera categoría, acomete el análisis de esa jurisprudencia, aportando un caudal inapreciable de información sobre un tema siempre en primer plano de la actualidad.

Indice

	<u>Págs.</u>
PROLOGO	
Francisco Tomás y Valiente	
Presidente del Tribunal Constitucional	13
I. LA «LOGISTICA» DEL ARTICULO 20 DE LA CONSTITUCION	
1. Introducción	15
2. ¿A quién corresponde la interpretación del artículo?	15
3. El contexto constitucional del derecho a la información	16
3.1. La Constitución no es la cúspide del Ordenamiento	16
3.2. Valor interpretativo de las normas supranacionales	17
3.3. Se reconocen los derechos fundamentales: no se otorgan, ni se conceden	18
4. Localización y estructura del artículo 20	19
5. Contenido del artículo 20	20
5.1. ¿Cuántos derechos se reconocen?	20
5.2. La posición dualista del Tribunal Constitucional	21
5.3. Fundamentos del Tribunal	22
5.4. Crítica a la posición dualista	23
5.5. La posición unitaria	25
6. ¿Libertad de expresión o derecho a la información?	26
II. PARA QUE SIRVE Y A QUIEN CORRESPONDE EL DERECHO A LA INFORMACION	
1. Las insuficiencias del artículo 20	28
2. Las facultades del derecho a la información en la Jurisprudencia constitucional	30
2.1. El derecho de rectificación, modo de ejercicio de la facultad de difusión	31
2.2. Conclusión	32
3. La persona humana como centro de todo derecho	32
3.1. Peculiaridades en el sujeto del derecho a la información	33
3.2. El «todo» y el «cada» hombre	33
3.3. El público visto por el Tribunal Constitucional	35

	Págs.
4. Orfandad legislativa de la profesión informativa	36
4.1. Los «hermanos siameses» del artículo 20	36
4.2. Silencio sobre la profesión	37
4.3. Algunas consideraciones del Tribunal Constitucional	38
5. Las organizaciones informativas	39
5.1. La relación empresa-medio	40
5.2. Escasas referencias jurisprudenciales	40
5.3. Los medios informativos	41
6. La discutida responsabilidad civil solidaria	42
III. LAS REGLAS DE JUEGO DE «LO QUE» SE COMUNICA	
1.. El ignorado mensaje	44
2. El principio más general	44
2.1. Confirmación jurisprudencial	45
3. Las facultades del autor	46
4. No todos los mensajes son iguales	47
5. Los hechos son los hechos	48
5.1. La información «veraz»	49
5.2. Engaño y error	50
5.3. La objetividad	51
5.4. La prueba de la verdad	52
6. La comunicación de las ideas	52
6.1. La verdad operativa	53
6.2. El principio de libertad	54
6.3. Libertad y verdad operativa	55
6.4. La moral	56
6.5. Violencia y terrorismo	57
6.6. Constitución y Estatutos de autonomía	57
7. Opiniones, críticas, juicios	58
7.1. Entre las dudas y las certezas	58
7.2. Juzgar con sentido común, con criterio	59
7.3. Sentencias constitucionales sobre la crítica política	60
IV. LOS TEMIBLES «LIMITES» AL DERECHO A LA INFORMACION	
1. El recorte de la libertad	62
2. Límites, no; excepciones, sí	63
3. Oscilación en el Constitucional	63
4. La información se impone	64
5. Los derechos son elásticos	65
5.1. Derecho a la información y derechos de la personalidad	66
5.2. Derecho a la información y derechos relativos a la comunidad	67

	Págs.
6. El balanceo	68
7. Llegó la Ley	70
7.1. La protección civil del honor, la intimidad y la propia imagen	70
7.2. Las críticas a la Ley	71
V. LEGISLAR COMO DEBE SER	
1. La ambigüedad del pronombre «lo»	73
2. ¿Hay garantías para este cheque en blanco?	73
3. La información es también un derecho fundamental	75
4. Las leyes tienen límites	76
5. El contenido esencial de un derecho fundamental	77
6. Los rasgos de toda Ley sobre la información	78
7. Principales temas que exigen una regulación	79
7.1. Cláusula de conciencia	79
7.2. Secreto profesional	79
7.3. El acceso a los archivos y registros administrativos	80
7.4. Convertir todas las leyes de la información en leyes orgánicas	80
7.5. Libertad de creación de empresas y medios informativos	81
7.6. Aclarar qué normas están vigentes	81
7.7. Ordenar la profesión	82
7.8. Reformar o derogar algunas normas	83
8. Vacíos, lagunas, vanos y agujeros	84
VI. EL DERECHO AL HONOR	
1. Un solo nombre para significados diversos	85
2. El honor no tiene buena fama	86
2.1. Significado esencial	86
2.2. Significado existencial	86
2.3. Autoestima	88
2.4. Estima «en» la sociedad y «por» la sociedad	88
2.5. Honra y fama	89
3. Para construir la comunidad es tan importante el honor como la información	89
4. El lenguaje de las leyes sobre el honor	90
4.1. La calumnia y la injuria	91
4.2. La protección civil del honor	92
5. El honor es de las personas	93
5.1. Clases determinadas del Estado e Instituciones públicas	93
5.2. Las personas jurídicas privadas	94
6. El Tribunal no ha anclado el honor en la dignidad de la persona ..	95
7. Informar con honor	96

	Págs.
8. Animus versus animus	97
8.1. ¿Qué pesa más: el honor o la información?	97
8.2. Para el Constitucional, la información prevalece	98
8.3. Un planteamiento desenfocado	99
9. Si los hechos son verdaderos, no existe conceptualmente calumnia	100
9.1. Sentido legal y conceptual de calumnia	100
9.2. El criterio del Tribunal	101
10. La crítica y el derecho al honor	102
10.1. El enjuiciamiento de los hechos	102
10.2. Matizaciones del Tribunal Constitucional	102
10.3. Extralimitaciones	103
11. Resarcimiento del daño moral	104
12. A modo de conclusión	106
VII. EL DERECHO A LA INTIMIDAD	
1. La inflación de la intimidad	107
2. Las tres esferas de la personalidad	108
3. La reserva no es secreto	108
4. La absoluta soledad del hombre ensimismado	109
5. La desdramatización	110
6. Disfunción antes que difusión	110
7. El secreto de las comunicaciones y otros derechos afines	111
8. La intimidad de las personas jurídicas	113
9. Lo que no es intimidad	113
10. El caso «Paquirri» y otro	114
11. Resumen	115
VIII. LOS OTROS DERECHOS	
1. El derecho a la propia imagen	117
2. La protección de los menores	119
3. El secreto del sumario	120
4. La información del terrorismo	121
IX. RELACION DE SENTENCIAS Y AUTOS GLOSADOS EN EL TEXTO	
1. Sentencias 1980-1990	123
2. Autos 1980-1986	124

Prólogo

El presidente de la Asociación de la Prensa me pidió amablemente un prólogo para el presente libro y accedí gustoso, sin aún conocer el texto, porque para mí es muy grato colaborar con tal institución en una empresa de acercamiento a los profesionales del periodismo hasta el ámbito de la Constitución y de su interpretación contenida en las Sentencias del Tribunal del que formo parte. Cumpló ahora muy a gusto mi compromiso con brevedad impuesta por las circunstancias y con el deseo de contribuir al entendimiento de lo que es el diálogo entre la jurisprudencia del Tribunal y sus lectores y críticos.

Los autores del texto que prologo discrepan con frecuencia de la jurisprudencia constitucional con valoraciones expresas que yo no comparto. Tan respetuosa y respetable es su discrepancia como la mía, que, por lo demás, no me impide aparecer con mi firma en este «Cuaderno del Periodista», porque cuando la discrepancia es razonada constituye un ejercicio de la razón crítica que sus destinatarios deben aceptar respetuosos, cuando no convencidos. Eso, en fin de cuentas, es dialogar. En el caso presente, el diálogo se entabla entre Sentencias del Tribunal que presido y los comentarios a veces concordantes y no pocas discrepancias de los autores de este texto. No tengo espacio ni tiempo para argumentar en favor de unas sentencias que, en gran parte, contribuí a elaborar. En más de un pasaje la distancia entre las razones del Tribunal y las de los críticos es menor de lo que la apariencia sugiere. En otras ocasiones, la discrepancia del crítico con determinadas sentencias del Tribunal Constitucional no admite duda para el lector. Un prologuista, aunque sólo sea por respeto a las leyes no escritas que regulan la condición de los géneros literarios, no debe entrar en polémica con el texto prologado. Sólo quiero afirmar que el Tribunal siempre emplea y sólo emplea razonamientos fundados «en un análisis científico de la realidad de las cosas y de los conceptos» en contra de lo que se sostiene en alguna página. Otra cosa es que tales razonamientos convengan o no a los autores del presente libro, que tampoco son (como nadie) infalibles. En todo caso, lo más importante es que la jurisprudencia del Tribunal sea conocida, comentada y difundida. En este «Cuaderno» lo es de forma inteligente y comprensible, y aunque el lector jurista (maniático de la precisión) pueda echar de menos la lectura o la reproducción literal de tal o cual párrafo, es necesario que todos comprendamos que la función divulgadora pierde en matices lo que gana en difusión. Bienvenido, pues, este texto en cuanto tiene de traslado, en lenguaje no técnico y para un lector no siempre iniciado en el mundo del Derecho, de unas sentencias de interpretación no sencilla y que en último extremo el lector curioso o interesado puede encontrar en el Boletín Oficial del Estado o en la colección de «Jurisprudencia Constitucional».

Dicho esto, conviene añadir que es bueno que los periodistas conozcan el contenido y los límites de los derechos fundamentales que profesionalmente ejercen

todos los días, para saber lo que tienen derecho a hacer o decir y para conocer hasta dónde pueden llegar sin lesionar derechos fundamentales de terceros. La exactitud es un concepto de connotaciones numéricas que no se adecúa al mundo del Derecho, en el que todo es discutible y casi nada goza de perfiles ciertos y rígidos. Por eso, el conocimiento jurídico está siempre sometido a opiniones, doctrinas, determinaciones y argumentos dialécticos. Conscientes de estas servidumbres trabajamos los juristas, y esa misma consciencia preñada de relatividad hay que trasladar al periodista, pero sin inducirle a una suerte de nihilismo o de desaliento. Importa mucho que sepa de sus derechos y de los límites que éstos comportan y que sepa distinguir en esos saberes lo que es terreno sólido y lo que es suelo resbaladizo, porque eso le permitirá actuar con seguridad unas veces y con cautela otras. En su actuación deberá preocuparse de ejercer los derechos de libertad del artículo 20 de la Constitución y, asimismo, de respetar los derechos de otros. Los términos del binomio son indisolubles. A conocerlos le servirá provechosamente la lectura de este libro.

Francisco Tomás y Valiente
Presidente del Tribunal Constitucional

I. La «logística» del artículo 20 de la Constitución

1. Introducción

La profesión periodística tiene como fin realizar un derecho humano o fundamental, que es el derecho a la información. Como ha ocurrido con otros derechos considerados necesarios para la existencia humana, el derecho a la información ha tenido una gestación histórica lenta y laboriosa. Baste decir que no se consideró como tal derecho fundamental hasta 1948. El 10 de diciembre de 1948 la Organización de las Naciones Unidas promulgó la Declaración de Derechos Humanos, en cuyo artículo 19 se describe por primera vez un derecho innato en el hombre que es el que conocemos como derecho a la información.

Lo que sea este derecho lo iremos viendo a lo largo de las páginas que siguen. Lo que interesa ahora hacer patente es que el derecho a la información, sin llamarle así, está reconocido en el artículo 20 de nuestra Constitución vigente, de 27 de diciembre de 1978. De modo que el artículo 20 contiene nuclearmente la legitimación constitucional de la labor profesional de los periodistas. El desarrollo, interpretación y aplicación de ese precepto, que ha de hacerse por las diversas instancias jurídicas dentro de sus respectivas competencias, ha de llevarse a cabo, también, día a día, por los profesionales de la información.

En el artículo 20 se encuentran indicados, de una u otra manera, quiénes son los titulares del derecho a la información y el papel que a cada uno corresponde; su objeto, que en nuestra terminología llamamos mensaje o, simplemente, información; las facultades específicas que se integran en este derecho; y las condiciones de ejercicio que ha de tener en cuenta cualquiera que lo ejercite, cualificada o no, el periodista. En fórmula breve, el artículo 20 constituye el compendio de los derechos y deberes que nuestro ordenamiento jurídico asigna al profesional de la información.

2. ¿A quién corresponde la interpretación del artículo?

Como enunciación concisa que es, el texto del artículo se puede aplicar directamente cuando sus mandatos no necesitan especificación alguna. Por ejemplo, la prohibición de la censura rotundamente expresada en su párrafo 2. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 1982 declara que el artículo 20 no tiene que esperar a un previo reconocimiento administrativo; su aplicación «nace directamente» de la norma constitucional.

Pero lo más frecuente es que las normas constitucionales necesiten un desarrollo legal y una interpretación jurisprudencial y doctrinal para su debida aplicación.

En ocasiones, la misma Constitución lo manda de manera expresa: el ejemplo más claro se da en el mismo artículo 20, párrafo 1, d) en el que se ordena que «La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional», lo que no se ha llevado a cabo hasta el momento. Otras veces el mandato de desarrollo es tácito: se desprende del texto o del contexto mismo de la Constitución.

El desarrollo legal de nuestro artículo 20 —tratándose de un precepto que reconoce un derecho fundamental— ha de hacerse a través de leyes (artículo 53,1.), que han de ser orgánicas (artículo 81), es decir, aprobadas por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados. No siempre se ha cumplido así por nuestro Poder legislativo, comenzando por el Estatuto de radiodifusión y televisión, aprobado por la Ley ordinaria 4/1980 de 10 de enero. El artículo 20 tampoco podrá desarrollarse por Decreto-Ley (artículo 86), lo que se ha cumplido hasta el momento por el Poder ejecutivo.

En cuanto a la interpretación jurisprudencial, puede llevarse a cabo —y así ocurre— por cualquier Juzgado o Tribunal español. No obstante, existe un especial Organismo, el Tribunal Constitucional que, a través de los diferentes procedimientos —principalmente, el recurso de constitucionalidad, el de amparo y los conflictos de competencia entre Estado y Comunidades autonómicas o de los de éstas entre sí (artículo 161)—, ha dado unas versiones valiosas de lo que debe entenderse en cada una de las palabras y las frases del artículo 20 y de los artículos concomitantes de la Constitución vigente.

Por interpretación doctrinal, en sentido estricto, cabe entender la que llevan a cabo los autores, más o menos especializados en las materias jurídicas e informativas. Pero, en sentido amplio, hay que incluir también la que llevan a cabo los profesionales de la información. Unas veces, aplicando individualmente el artículo 20 ante los problemas que plantea el trabajo diario; otras, de un modo colectivo o participativo, como ocurre en los países en que existen órganos de autocontrol. Esta interpretación y aplicación profesional no puede ir, por razones evidentes, contra las leyes de desarrollo; y conviene que tenga en cuenta la interpretación que hacen los Tribunales de Justicia, principalmente el Tribunal Constitucional; aunque —como ocurre en toda obra humana— sus resoluciones puedan ser más o menos acertadas y susceptibles, por tanto, de crítica, es decir, de un juicio ponderado, especializado y fundamentado científicamente.

3. El contexto constitucional del derecho a la información

Toda esta labor de hacer efectivos los mandatos constitucionales no puede llevarse a cabo atendiendo tan sólo a la letra de los preceptos. Constituiría un método extremadamente positivista, estrecho e insuficiente. Pero, además, la misma Constitución, directa o indirectamente, señala caminos más amplios que es necesario tener en cuenta en su totalidad para salvar, no sólo el espíritu de la norma, sino también la misma letra. Veamos cuáles son estas vías, de menor a mayor entidad.

3.1. La Constitución no es la cúspide del Ordenamiento

Las Constituciones más modernas —y la nuestra de un modo paradigmático— han dejado de ser la cúspide del ordenamiento jurídico —como se pensaba que

lo era hace medio siglo— para convertirse en el cauce por el que penetra el Derecho supranacional en el ordenamiento estatal, contribuyendo así a crear una base jurídica común en todos los países del mundo. En esta dirección, el artículo 96 de la Constitución establece, en su primer párrafo, que «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno». Esa integración en el ordenamiento interno obliga a engranar los tratados con las normas de origen interno. Pero no se puede olvidar que esta trabazón no se hace en términos de rigurosa igualdad por varias razones:

a) Porque la aprobación de los tratados que afecten a derechos fundamentales ha de hacerse previa autorización de las Cortes Generales, con lo que, por definición, prevalecerán sobre las disposiciones de rango inferior a ley formal.

b) Porque el mismo artículo 96 dispone también que las disposiciones de estos tratados solamente podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados y no conforme al Derecho interno, con lo que les da prevalencia sobre este Derecho interno, incluso instituido por ley formal.

c) Porque, en el artículo 95, está previsto, incluso, que el tratado contenga estipulaciones contrarias a la misma Constitución, en cuyo caso se exige la previa revisión constitucional, no la modificación del tratado. El tratado podrá o no ratificarse, pero hay que hacerlo en su totalidad y en sus propios términos.

d) Porque, en el caso español, se ha hecho uso de la autorización prevista en el artículo 93 de la Constitución para la integración de España en la Comunidad europea, cuyo ordenamiento jurídico, en los términos que señalan los Tratados constitutivos, penetra de una manera directa y prevalente en el Derecho interno, conforme a la naturaleza de las diversas fuentes que la Comunidad promulga. Y hay bastantes normas comunitarias que rigen ya en materia informativa, unas de modo automático para la generalidad de los españoles, otras que obligan a nuestros poderes públicos adaptar la legislación española a las directivas comunitarias. El Tribunal Constitucional no ha tenido ocasión de pronunciarse en ninguna resolución acerca de las normas comunitarias europeas. Sí, en cambio, cita como fuente interpretativa las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, por ejemplo, en la Sentencia 6/88 de 21 de enero.

3.2. Valor interpretativo de las normas supranacionales

Estas normas integradoras del Derecho supranacional con el Derecho interno español afectan al ordenamiento jurídico en su conjunto y, en especial, al aplicable a la tarea informativa. La Constitución, sin embargo, contiene otra norma, en cierto aspecto más importante que las citadas, pues viene a establecer que, incluso las normas de Derecho estrictamente interno, han de orientarse conforme a determinados principios capitales contenidos en el ordenamiento universal o, al menos, supranacional. El párrafo 2 del artículo 10 de la Constitución ordena literalmente: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.» En este momento puede decirse que, además de la Declaración de Derechos Humanos de 1948, que España asumió al ingresar en las Naciones Unidas, nuestro Estado tiene ratificados todos los Tra-

tados universales que vienen desarrollando la Declaración. Hay que referirse, además y en concreto, a la ratificación de la Convención europea de salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, acordada por los Estados miembros del Consejo de Europa y conocida abreviadamente como Convención de Roma. Sin embargo, la importante norma interpretativa del artículo 10,2., a pesar de la claridad con que está expuesta, no ha tenido mucho influjo en las resoluciones del Tribunal Constitucional, como tendremos ocasión de comprobar.

3.3. *Se reconocen los derechos fundamentales: no se otorgan, ni se conceden*

Como hemos podido leer en el artículo 10, la Constitución «reconoce» los derechos fundamentales. En el comienzo de muchos artículos este reconocimiento está explícitamente dicho con fórmulas diversas. El artículo 20 comienza, precisamente, con las palabras «Se reconocen». Tendremos ocasión de ver el sentido del pronombre impersonal y del plural del verbo. Ahora interesa que nos fijemos en la significación de este «reconocimiento». La Constitución no concede, ni otorga los derechos fundamentales, sino que reconoce que todos los ciudadanos españoles y extranjeros (como se desprende de los artículos 13 y 14 del propio texto constitucional), son titulares de esos derechos. Es decir, que los derechos fundamentales son anteriores a la Constitución. Y, al decir anteriores y no dependientes de que la Constitución los haya o no reconocido, está subrayando que son superiores a la propia enunciación constitucional. En otras palabras, la Constitución, en el supuesto de cada derecho fundamental, ha de desarrollarse, interpretarse y aplicarse conforme a la naturaleza jurídica de cada derecho. Por naturaleza hay que entender la manera de ser de una cosa que es la que legitima su actuación y efectos. La naturaleza jurídica es la que legitima la actuación de una institución o un derecho y su eficacia. Los derechos recaen siempre sobre una realidad, que constituye su objeto. El derecho que aquí nos preocupa tiene como objeto la información. El objeto configura el derecho. En nuestro caso, la información configura el derecho a la información. Hay que tener en cuenta la naturaleza real de la información para configurar la naturaleza jurídica del derecho a la información. Y, en este conocimiento del objeto, evidentemente, tienen ventaja los informadores con respecto a los juristas. De todo esto se desprende que el artículo 20 y las demás normas informativas que la Constitución contiene o que la Constitución incorpora, no pueden interpretarse, desarrollarse o aplicarse contra la naturaleza de la información o, si se quiere, contra la naturaleza jurídica del derecho a la información. Así lo reconoce, de una manera explícita el párrafo primero del artículo 53 de la Constitución cuando establece que la regulación de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I, en el que se encuentra el artículo 20, solamente podrá regularse por ley —orgánica, como hemos visto— «que en todo caso deberá respetar su contenido esencial». Lo que significa este «contenido esencial» lo ha explicado el Tribunal Constitucional y tendremos ocasión de resumir más adelante sus acertadas puntualizaciones.

El criterio interpretativo y la naturaleza del derecho a la información son de gran utilidad para los supuestos, desgraciadamente frecuentes, en los que la norma no está clara o el ordenamiento presenta fisuras o lagunas legales. Se dan asiduamente estas circunstancias en los casos de cambio de legislación o de derogación parcial y tácita de disposiciones, que obligan al intérprete a un esfuerzo, no

sólo de aplicación, sino de la simple determinación de las normas que están vigentes.

4. Localización y estructura del artículo 20

El artículo 20 está situado en el Título I, que tiene como rúbrica «De los derechos y deberes fundamentales». Dentro de él, en el Capítulo segundo, que se titula «Derechos y libertades». Y, en tal Capítulo, en la Sección 1.ª, que especifica en su rúbrica «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas», y que comprende desde el artículo 15 hasta el 29. Puede observarse que, desde una denominación única, «derechos», se va introduciendo la expresión «libertades», que después se especifica con la expresión libertades públicas. Aquí emplearemos la fórmula derecho a la información, por las razones de fondo que luego tendremos ocasión de ver, y porque es más actual y expresiva. Lo que, como también veremos, no excluye, sino que potencia, la idea de libertad.

Esta localización del artículo 20 no tiene un valor simplemente descriptivo. Es necesario ponerla de manifiesto para poder concluir que el derecho a la información, precisamente por su emplazamiento constitucional, goza de las máximas garantías que la propia Constitución establece para los derechos fundamentales.

Ya hemos visto una de estas garantías explícita en los artículos 53, 81 y 86: solamente por Ley Orgánica, que deberá en todo caso respetar su contenido esencial, se puede regular el derecho a la información, por estar incluido en el Capítulo segundo del Libro I. Pero hay, además, otras garantías.

El mismo artículo 53, en su párrafo 2, establece que cualquier ciudadano puede recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y en la Sección primera del Capítulo segundo —donde se localiza el artículo 20— ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad. A estos efectos, se promulgó la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección de los derechos fundamentales de la persona, tanto en el orden civil, cuanto en el penal y en el contencioso-administrativo.

Los mismos derechos pueden ser reclamados, en su caso, después de agotar las instancias ordinarias, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (artículos 53,2. y 161,1,b).

Finalmente, los derechos reconocidos en determinados artículos del Capítulo segundo, entre ellos el del artículo 20, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio, en los términos previstos en la Constitución. En consecuencia, no se podrá suspender en el estado de alarma, que puede ser declarado por el Gobierno mediante Decreto aprobado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días y dando cuenta al Congreso de los Diputados, que es el único que puede autorizar su prórroga (artículo 116,2.). El estado de excepción requiere autorización previa del Congreso de los Diputados que, entre otras cosas, deberá determinar expresamente sus efectos y, por tanto, si la declaración afecta o no al artículo 20 (artículo 116,3.). Y el estado de sitio ha de ser declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. La declaración contendrá también las condiciones en que podrán ser suspendidos, en su caso, los derechos, entre ellos el derecho a la información (artículo 116,4.). En cumplimiento del párrafo 1 del citado artículo 116, se promulgó la Ley Orgánica 4/1981, que regula los estados de alarma, excepción y sitio.

Mejor que describir la estructura y contenido del artículo, será oportuna su transcripción literal:

Artículo 20. 1. 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.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.

5. Contenido del artículo 20

El párrafo 1 del artículo comienza por la frase «Se reconocen y protegen los derechos». Conviene comprobar el alcance de este reconocimiento y protección. Pero previamente hay que plantearse qué es lo que se reconoce y protege, puesto que se habla de «los derechos», en plural.

5.1. ¿Cuántos derechos se reconocen?

Ciertamente, una primera lectura nos llevaría a pensar que se reconocen y protegen cuatro derechos diferentes, coincidentes con los cuatro apartados de que consta el párrafo 1. al que se remite, expresa o tácitamente, el resto de los párrafos y cuyos apartados se individualizan con las letras a) a d).

Es oportuno separar, en su tratamiento, los apartados b) y c) del primero y el último que son los únicos que han ocupado la atención del Tribunal Constitucional.

El apartado b) reconoce lo que, según la terminología más correcta, se llama derecho de autor, aunque la vigente Ley 22/1987 de 11 de noviembre, que lo regula, insista en la denominación impropia de propiedad intelectual. La más moderna tendencia, en los juristas que se ocupan del tema, considera el derecho de autor como una manifestación concreta de la facultad de difundir, una de las tres facultades que, como veremos, forman parte del derecho a la información. La historia del derecho de autor, la anterior Ley de Propiedad Intelectual de 1879, la

actual, y la comparación, en el Código civil, de los artículos 348, —que trata de la propiedad en general— y 428 —que intenta definir la propiedad intelectual—, no se oponen a esta concepción, antes bien la confirman. La fuerza de la realidad se ha impuesto al legislador que, aun inconsciente de ello, ha caracterizado al derecho de autor como integrado por una facultad esencial, que es la de difundir —o la inédito, aspecto negativo de la difusión— y por otra serie de facultades, morales y económicas, que giran alrededor de la esencial. Si se tiene en cuenta, además, que el artículo 27 de la Declaración de Derechos Humanos, no solamente contempla esta facultad de difusión del autor y las accidentales que de ella dependen, sino también la de recepción del público, podemos concluir que nos encontramos con un derecho que, en fin de cuentas, es derecho a la información visto desde la perspectiva jurídica del creador de la información. Derecho, por otra parte, de gran interés para el periodista que, por definición, es el que aporta su esfuerzo intelectual para crear o dar forma a los mensajes y hacer posible el medio. Su encuadramiento en el artículo 20 facilita la solución de muchos problemas que la profesión periodística tiene pendientes, aunque no siempre se los plantea porque considera autor solamente al de renombre en la literatura, en las artes o en las ciencias. El Tribunal Constitucional ha estudiado un solo caso relativo al derecho de autor, en la Sentencia 35/1987 de 18 de marzo. El asunto versaba acerca de una estatua de un célebre escultor, no de un trabajo intelectual destinado a informar. El Tribunal no entró en el fondo del problema planteado porque el derecho, generado por la creación, había nacido antes de su reconocimiento constitucional, como un derecho reconocido tan sólo civilmente. Esta manera negativa de resolver el contencioso no carece, sin embargo, de interés, dado que al derecho de autor se le reconoce en este momento una mayor fuerza legal que cuando contaba solamente con la protección civil y, en caso extremo, la penal. No puede olvidarse este aspecto a la hora de que los informadores mantengan unos derechos que la Ley vigente de 1987 regula en sus artículos 51 y 52 principalmente.

El apartado c) reconoce el derecho a la libertad de cátedra. Es por lo menos, discutible si tal derecho debería figurar en el cuadro de los que presenta el artículo 20 o estaría mejor situado en el artículo 27 que reconoce la libertad de enseñanza. Ambas posiciones son defendibles. Como justificación de su actual emplazamiento puede decirse que se trata de un derecho a la libertad de exposición docente, es decir, a la libertad de difusión, hablada o escrita, de mensajes científicos que, como veremos, son mensajes ideológicos, uno de los tipos de mensajes que enumera expresamente el apartado a) del mismo párrafo 1. La labor docente es una manera de informar, no muy distinta a las demás, pues, en reciprocidad, también el quehacer informativo tiene una finalidad formativa.

Los apartados b) y c) del párrafo 1. del artículo 20 podían haber constituido normas separadas o incorporadas a otros artículos de la Constitución. Pero, situadas donde están, no puede decirse que sean cuerpos extraños en el conjunto del artículo, dado que pueden ser referidos al derecho a la información, se benefician de esta homologación y confirman la naturaleza y los elementos del derecho de que tratamos.

5.2. La posición dualista del Tribunal Constitucional

Más problemática resulta la comprobación de si los apartados a) y b) del párrafo 1. del artículo 20 tratan del mismo derecho o de dos derechos distintos. Esta

dificultad no resulta de la redacción de estos textos, que parece bastante clara, aunque perfectible. Ni siquiera de discusiones más o menos bizantinas de los autores, bastante concordes en la cuestión, como reconoce el mismo Tribunal Constitucional en la Sentencia 6/1988 de 21 de enero. La dificultad aparece cuando el Tribunal adopta una posición dualista y entiende que la Constitución reconoce dos derechos diferentes: a la libertad de expresión de ideas y opiniones en el apartado a); y a la información de hechos noticiables o noticiosos en el apartado d).

En el comienzo de su actividad, el Tribunal no tuvo ocasión de enfrentarse claramente con el problema y se refería globalmente al artículo 20, sin distinguir el apartado a) del d), aunque haciendo mención de uno u otro: así las Sentencias de 16 de marzo de 1981 y 74/1982 de 7 de diciembre. Una sola Sentencia, la de 20 de diciembre de 1982, adopta una solución monista al hablar del «derecho fundamental reconocido por la Constitución en su artículo 20, 1, a) y d)». La 6/1988 de 21 de enero, que adopta la posición más meditadamente dualista, contiene también una mención monista, si bien tangencial, cuando se refiere al «ejercicio de la libertad civil que la Constitución preserva».

Las demás Sentencias adoptan un criterio decididamente dualista, unas veces sin razonarlo, como en las 105/1983 de 23 de noviembre, 104/1986 de 17 de julio, 186/1986 de 22 de diciembre y 185/1987 de 27 de octubre. La Sentencia 6/1981 de 16 de marzo veía, incluso, en el apartado d) dos derechos diferentes, aunque íntimamente conectados: a comunicar y a recibir, confundiendo de ese modo derecho con facultad.

Las dos Sentencias en que el Tribunal se decide a razonar detalladamente su oposición dualista son la ya citada 6/1988 de 21 de enero y la 107/1988 de 8 de junio. A partir de ellas la posición del Tribunal se consolida y se mantiene constante en Sentencias posteriores que no hacen sino repetir argumentos de estas dos o aceptar sin más la dualidad. Es oportuno detenerse a comentar los fundamentos jurídicos que pone en juego el Tribunal.

5.3. Fundamentos del Tribunal

a) Se mantiene en la Jurisprudencia constitucional que ambos derechos aparecen separados en apartados distintos, lo que es evidente. Pero esta separación física en el texto no es suficiente razón para afirmar, a continuación, que tienen un diferente contenido, límites diferentes y diferentes efectos. En realidad, como veremos inmediatamente, no es cierto que tengan diferente contenido. Y por lo que se refiere a los diferentes límites y efectos, todo esto no implica en sí mismo que se trate de dos derechos distintos.

b) Afirma el Tribunal Constitucional que los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba, mientras que las ideas, por su naturaleza abstracta, no se prestan a la demostración de su exactitud. Todo ello es cierto. Lo que ya no lo es tanto es la consecuencia que se obtiene. Concluye el Tribunal Constitucional que la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información, pues no tiene el «límite interno» de la veracidad. Aquí el argumento presenta fallos desde distintos puntos de vista. La expresión «límite interno» es contradictoria en sus mismos términos, pues el límite siempre supone algo externo a lo limitado. Por otra parte, no se puede hablar de límite —precisamente porque se trata de un derecho innato o fundamental—, sino que, a pesar de lo que diga el párrafo 4. del artículo 20, hay que hablar del contenido interno del derecho y de su coordina-

ción con los demás derechos fundamentales. El mismo párrafo 4 vendría a contradecir el argumento del Tribunal, pues no distingue los límites a uno y otro pretendido derecho. El tema de los límites o de la coordinación de derechos no es cuestión cuantitativa, sino cualitativa y, en consecuencia, no admite términos comparativos en relación con la cuantía: no parece correcto hablar de «más» o «menos» amplia.

c) El derecho a la libre información, a diferencia del derecho de libre expresión, se refiere a los hechos noticiables o noticiosos que lo son, según el Tribunal, porque pueden tener trascendencia pública para una participación real, base del régimen democrático. Es cierto que la comunicación de hechos es necesaria para conocer la realidad, decidir conforme a ella y participar en los asuntos públicos. Pero no se puede negar tampoco la decisiva importancia que tiene la comunicación de ideas para el régimen democrático. Ideas que son necesarias, por otra parte, para enjuiciar los hechos y crear, de ese modo, una opinión pública que el mismo Tribunal pondera insistentemente en sus Sentencias como necesaria para la democracia.

d) El Tribunal considera que la libertad de información ha ido adquiriendo una progresiva autonomía respecto de la libertad de expresión en la que tiene su origen. El hecho no es cierto, históricamente hablando. Pero el Tribunal deduce de él consecuencias interesantes: ambos derechos mantienen una íntima conexión; conservan elementos comunes; un comportamiento genérico imperado por una idea es también un conjunto de hechos; en la realidad informativa es difícil separarlos, con lo que hay que atender al elemento preponderante en cada caso. Con un sentido en parte distinto, la Sentencia 185/1987 de 27 de octubre minimiza la cuestión pues, sin negar la conexión directa e íntima entre ambos derechos, mantiene que «tienen matices peculiares que modulan su respectivo tratamiento jurídico». Tal vez había que subrayar que los matices no implican diferencia esencial, sino lo contrario, y que desde el momento en que hay que resolver caso por caso, el Tribunal no ha logrado resolver nada.

e) La Sentencia 107/88 se ve forzada a confesar que la tesis unitaria, y no la dualista, es acogida, además de por la mayoría de los autores, en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por el artículo 10 del Convenio de Roma para los derechos humanos en Europa. Pero la Sentencia omite las consecuencias constitucionales a las que puede llegarse a partir de estos hechos. Todos estos documentos son Tratados internacionales que forman parte de nuestro Ordenamiento Jurídico. Además, de acuerdo con una norma de la Constitución, ya comentada, estos Tratados internacionales han de utilizarse precisamente como elemento interpretativo de las disposiciones de nuestro ordenamiento interno, cuando estas disposiciones puedan exigir interpretación, como para el Tribunal ocurre en este caso.

5.4. Crítica a la posición dualista

El error del Tribunal Constitucional consiste, fundamentalmente, en confundir la existencia de dos derechos diferentes con la de un mismo derecho con dos posibles objetos distintos: ideas y hechos. En realidad, la cuestión es más compleja: se trata de un derecho con un solo objeto genérico, que es el mensaje, y un número ilimitado de objetos específicos que son cada mensaje o cada informa-

ción, equivalencia terminológica —mensaje = información— que acordó la Asamblea General de la UNESCO en su reunión de Ginebra, el mismo año de la Declaración de Derechos Humanos de la ONU, es decir, en 1948. El número posible de mensajes es ilimitado porque difícilmente se da un mensaje puro o simple. Lo que no impide que en cada mensaje complejo se puedan analizar los mensajes simples que lo componen, conforme al papel que desempeñan en él. En último extremo, al término del análisis siempre se llega a dos mensajes simples. Los que surgen del interior del informador: ideas o pensamientos, reflejados en el texto del apartado a) del artículo 20; y aquellos mensajes que el informador recoge del exterior: hechos en un sentido amplio, y que la Constitución llama impropia-mente «información», en vez de «noticia», en el apartado d), pero que concreta inmediatamente al añadir al adjetivo «veraz», porque, efectivamente, y como dice de pasada el Tribunal Constitucional, solamente en la información de hechos es exigible la verdad. Hay una especie de mensaje que podemos llamar el más simple de los complejos, que es el que resulta de aplicar una idea a un hecho, de lo que se deduce un juicio u opinión, que es un tercer tipo que aparece también en el apartado a). Si se sigue la lógica del Tribunal Constitucional, no serían dos, sino tres los derechos reconocidos en estos dos apartados. Pero, a la vista de la realidad de la información, no se podría hablar de dos, ni de tres derechos, sino de los ilimitados derechos que corresponderían al ilimitado número de mensajes complejos posibles, alguno de ellos tipificado por el Ordenamiento, como el mensaje publicitario y el de relaciones públicas.

Es la realidad la que hay que tener en cuenta para caracterizar la naturaleza jurídica. Y, en concreto, la realidad del objeto para caracterizar un derecho. El objeto genérico de nuestro derecho es la información que acoge, en principio, todo tipo de mensajes, sin perjuicio de que cada tipo tenga sus reglas específicas, que más adelante diseñaremos. Los sujetos y facultades del derecho a la información son los mismos, sea cualquiera el mensaje. Y los mismos son los medios de comunicación a través de los cuales se difunden tales mensajes, aunque algunos de estos medios por su estructura y su lenguaje no sean susceptibles de difundir algún tipo de mensajes, como ocurre con el teatro que no es medio idóneo para transmitir noticias.

Hay que añadir que no todos los tribunales están de acuerdo con la interpretación dualista del Constitucional. Los testimonios de Sentencias serían muchos. Seleccionamos por su claridad y concisión una Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 8 de marzo de 1988, cuyo primer Fundamento jurídico comienza con estas palabras: «En la elaboración teórica del derecho a la información ha podido establecerse, con suficiente aceptación, que el objeto propio de este derecho puede dividirse analíticamente en ideas, hechos y opiniones.» Si el Tribunal Constitucional hubiese partido de esta sencilla proposición se hubiese evitado muchos rodeos para la fundamentación de sus fallos, y se hubiera ajustado mucho mejor a la realidad informativa.

Como conclusión final, se puede afirmar que el plural «los derechos», utilizado al inicio del párrafo 1. del artículo 20, está forzado porque se ha incluido en este precepto dos derechos —el de autor y el de cátedra— que ni siquiera el legislador advirtió que constituyen modalidades de hacer efectivo el derecho a la información. Pero, en manera alguna, el legislador supuso que este derecho a la información fuera distinto del derecho a difundir ideas. La expresión colectiva «los derechos», interpretada conforme ordena el párrafo 2 del artículo 10 de la Constitución y conforme a la realidad informativa, hay que entenderla como «el dere-

cho». Tendremos ocasión de comprobar que el problema y su solución no son meros entretenimientos teóricos.

5.5. La posición unitaria

El artículo 20 «reconoce» un derecho. Las consecuencias de este reconocimiento son variadas y habrá que ir las deduciendo en el momento de su aplicación. Cabe, no obstante, destacar alguna que el Tribunal Constitucional ha subrayado con mayor o menor insistencia.

Según el máximo intérprete de la Constitución, el artículo 20 «entraña el reconocimiento y garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político». Esta «posición preferencial» implica mayor responsabilidad moral y jurídica en quienes realizan la información y una rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio. (Sentencias 6/1981 de 13 de marzo; 104/1986 de 17 de julio; 159/1986 del 12 de diciembre.) Esta última Sentencia añade que la efectividad del derecho a la información exige, en principio, excluir la voluntad delictiva en quien se limita a transmitir, sin más, la información, aunque ésta, por su contenido, pueda revestir carácter penal.

La Sentencia 199/1987 de 16 de diciembre declaró inconstitucional el artículo 21 de la Ley Orgánica 9/1984 de 26 de diciembre contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas, por los efectos negativos de autocensura que pueda producir al existir una coerción indirecta sobre el ejercicio de los derechos del artículo 20.

La Sentencia 30/1982 de 1 de junio, recaída en el caso de la expulsión de un informador de la Sala donde se celebraba la vista oral del juicio por el 23F, dejó establecido que el Presidente del Tribunal, fuera del supuesto de los actos delictivos en los que el Código de Justicia Militar determina que se pongan sus autores a disposición de la autoridad judicial, no puede vulnerar el derecho a informar de un profesional.

La importante Sentencia 6/1988 de 21 de enero declaró que los principios que informan las relaciones jurídicas privadas, en este caso la relación laboral, y que preservan el honesto y leal cumplimiento por las partes de sus obligaciones respectivas, no podrán entenderse en términos tales que se impida, más allá de los imperativos propios impuestos por el contrato, el ejercicio del derecho a la información.

Ningún derecho fundamental y, muy especialmente, el derecho que reconoce el artículo 20 puede resultar limitado por la policía de espectáculos (Sentencia 87/1987 de 2 de junio).

La dignidad de la función del abogado tiene su raíz en el artículo 20,1,a) de la Constitución en relación con el 24,2. que garantiza el derecho de defensa y asistencia de letrado, por lo que su conducta en la actuación forense puede ser corregida en vía disciplinaria, pero no sometida al juicio de faltas que puede provocar en dicho ejercicio una reserva excesiva, limitadora, en mayor o menor medida, de su libertad de expresión y defensa. (Sentencia 38/1988 de 9 de marzo).

En su frase inicial, el artículo 20 no sólo reconoce, sino que «protege». La consecuencia inmediata del reconocimiento es, en efecto, la protección. El artículo 9,2. de la propia Constitución concreta el deber de protección refiriéndolo a los poderes públicos, a los que corresponde «promover las condiciones para que la

libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Aquí se incluyen todas las medidas para evitar monopolios o concentraciones del poder de informar, entre ellos los de los propios poderes públicos que han de adoptar una actitud de subsidiariedad, en el doble sentido de no actuar cuando la actividad informativa está suficientemente cubierta por la iniciativa privada; y de prestarle subsidios. Los subsidios exigen unas medidas de fomento que han de concederse respetando el principio de igualdad y en ningún modo pueden servir para enfeudar a los sujetos que intervienen en las relaciones jurídicas informativas.

6. ¿Libertad de expresión o derecho a la información?

Otro tema suscita el artículo 20 que, aunque se plantee necesariamente a nivel teórico, tiene una gran importancia práctica. Como hemos visto, el artículo comienza reconociendo un derecho, con lo que está manifestando que es un derecho innato. El párrafo segundo, sintonizado con el primero, sigue utilizando el término derechos para prohibir rotundamente la censura previa. Sin embargo, el párrafo cuarto cambia de terminología y se refiere a libertades. El Tribunal Constitucional emplea unas veces un término, otras otro y otras habla de un «derecho a la libertad» de expresión. En las páginas anteriores hemos utilizado indiferentemente uno y otro vocablo, aunque nos hemos inclinado por el de derecho, dejando para este momento la justificación.

El derecho a la información constituye una verdadera conquista de la Humanidad, una vez declarado y descrito. Históricamente, en cambio, salvo algún caso excepcional, se ha hablado de libertad de expresión, de prensa, de información, etc. El concepto de libertad, por más primario y comprensible, cuesta desarraigarlo en su utilización como sustantivo. El de derecho, por más técnico y complicado, encuentra dificultades para abrirse paso en la terminología usual. En cualquier caso, es conveniente proceder a la clarificación del tema.

El concepto y el término de libertad tiene una connotación política que ha influido en su generalización. Pero también en su desvirtuación. La Historia nos dice que la libertad de expresión, ha aparecido siempre concedida por el pueblo soberano. Como el pueblo la concedía, el pueblo mismo la podía limitar. Cuando a los períodos revolucionarios han seguido los despóticos, el poder ha seguido pensando que era el que concedía la libertad y, por tanto, el que la podía limitar e, incluso, suprimir. En el artículo 11 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y, más claramente, en el 371 de la Constitución española de Cádiz de 1812, puede verse incoado este fenómeno. En efecto, en Francia —el país de la libertad— y en el siglo XIX —el siglo de las libertades—, se inventan todos los procedimientos conocidos de limitación y supresión de la libertad informativa, excepto la censura, inventada siglos antes, pero que también se implantó en algunos períodos de la Centuria en Francia y, como no podía menos de ocurrir, en España. No es extraño que el párrafo 4 del artículo 20 de la Constitución contenga inmediatamente después de la palabra «libertad», la palabra «limitación». La idea de libertad de expresión va unida siempre a la de concesión gratuita y a la de su no menos gratuita limitación. A la Sentencia 171/1990 se le escapa la expresión «la Constitución le concede» refiriéndose a una de las condiciones de la

libertad de información. La idea de derecho a la información, como derecho reconocido e innato que es, no admite limitaciones externas a él, sino la necesaria coordinación con otros derechos reconocidos e innatos.

Pero la idea de derecho no excluye la de libertad. La prueba la tenemos en el mismo artículo 20, que cuando se refiere al ejercicio del derecho en el párrafo 1., utiliza por dos veces, en los apartados a) y d), el adverbio de modo «libremente». Aquí está la solución al problema. La libertad, que es el derecho más unido al núcleo de la personalidad después del derecho a la vida, actúa modalmente cuando se refiere al ejercicio de cualquier otro derecho. Si todo derecho se ha de ejercer vitalmente, todo derecho se ha de ejercer libremente. Sin vida no hay ejercicio posible del derecho; sin libertad, tampoco, pues el hombre se convierte en un autómeta, en un cadáver viviente.

La consideración adverbial de la libertad, —manifestada en la expresión libremente— en contrapunto con el sustantivo *derecho*, no va en detrimento de la idea de la libertad, por dos razones principalmente. La primera por el reconocimiento de la preeminencia de la libertad como base común, además de la vida, para el ejercicio del derecho a la información. La segunda porque, al convertirse la libertad en el requisito modal de un derecho innato y, en consecuencia, no limitable por fuerzas externas, se está dando a la libertad la misma dimensión cualitativa ilimitada que se reconoce al derecho. Esto es lo que de un modo tácito, pero no poco expresivo, lleva a cabo el artículo 20 de nuestra Constitución.

Otra cosa es que la libertad así considerada no pueda ir contra el derecho o en discordancia con él. En esto consisten los excesos en el ejercicio del derecho a la información que el Tribunal Constitucional ha tenido que corregir en muchas ocasiones; o confirmar la corrección llevada a cabo por los Tribunales ordinarios. Si el derecho necesita de la libertad para poderse ejercer realmente, la libertad necesita del derecho para poderse ejercer rectamente. Las Sentencias 171 y 172/1990 de 12 de noviembre se refieren, en efecto, al ejercicio de la libertad de información «de una manera desmesurada y exorbitante del fin». El fin, en el caso de los derechos humanos, tiene que ver con la justicia. Las mismas Sentencias siguen hablando del «ejercicio abusivo y desproporcionado del derecho» y de que «el ejercicio del derecho haya sido o no legítimo» para lo que, evidentemente, no puede hablarse de libertad.

En términos generales, el Tribunal Constitucional no ha tratado el tema de la relación entre libertad y derecho más que de una manera accidental. La falta de un criterio claro le ha hecho decir, por ejemplo que, «la libertad de expresión no es un derecho ilimitado» (Sentencia 120/1983 de 15 de diciembre). Que es «un derecho de libertad frente al poder», que lo tiene la persona en cuanto ciudadano, pero no en cuanto obrero (Sentencia 88/1985 de 19 de julio). Que es un derecho de libertad que tiene «impedimentos», sea por vía de hecho, sea porque se establece en una Ley, con lo que debería haberse impugnado la Ley penal y no su aplicación por el Tribunal de instancia (Sentencia 105/1983 de 23 de noviembre).

Como resumen, puede decirse que el derecho a la información no hay que confundirlo con la antigua libertad de expresión. Que, en cambio, la libertad de expresión hay que entenderla, como hace literal y expresamente la Constitución, como el modo libre de ejercicio del derecho a la información.

II. Para qué sirve y a quién corresponde el derecho a la información

En todo derecho se suelen distinguir tres elementos o componentes: subjetivo o personal, objetivo o real y de contenido.

El elemento objetivo o real suele coincidir con la denominación del derecho, como ocurre en nuestro caso: el objeto del derecho a la información es, precisamente, la información en la acepción de mensaje.

El elemento subjetivo o personal está constituido por los titulares actuales o potenciales del derecho de que se trata. Estos titulares son siempre personas físicas o jurídicas. La personalidad, jurídicamente hablando, es la cualidad de ser centro de atribución de derechos, lo que lleva consigo también el ser centro de atribución de deberes.

Al hablar de contenido nos estamos refiriendo al conjunto de facultades que se integran en cada derecho y que son como los poderes, distinguibles entre sí, con cuyo ejercicio se da eficacia al derecho.

Dada la peculiar naturaleza del derecho a la información, parece oportuno comenzar por la exposición del contenido, dado que habrá que referirse a él para configurar la posición de los diferentes sujetos, que trataremos a continuación. Esa misma peculiaridad nos indica que, en el derecho a la información, existe un elemento —no previsible en otros derechos— que es el llamado medio de comunicación social al que nos referiremos a propósito de los sujetos.

1. Las insuficiencias del artículo 20

El artículo 19 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948 es muy claro en cuanto a las facultades que forman parte del derecho a la información: facultad de recibir, facultad de investigar y facultad de difundir. Los documentos supranacionales que desarrollan la Declaración son unánimes en este punto. Lo que nos lleva a deducir que el derecho a la información es un derecho complejo. El derecho de asociación, por ejemplo, solamente comprende la facultad de asociarse, pues la de no asociarse es la misma facultad en su vertiente negativa. El derecho que aquí estudiamos está claramente integrado por las tres facultades enunciadas, lo que no quiere decir que haya que ejercitarlas todas a la vez, entre otras cosas porque es imposible. Por ejemplo, difundir y recibir la misma información al mismo tiempo. Pero el ejercicio individualizado de cada una de ellas es ejercicio del derecho a la información.

No vamos aquí a estudiar detalladamente, y una por una, las tres facultades. Solamente se trata de estudiar los problemas que plantea la redacción del artículo 20 y lo que, a propósito del tema, ha resuelto el Tribunal Constitucional.

Porque, efectivamente, nuestro artículo plantea problemas en este punto. El artículo 20, 1, a) habla de «expresar y difundir». La diferencia entre uno y otro verbo puede resultar clara si el primero lo entendemos como manera de comunicarse interpersonalmente y el segundo como comunicación a través de los medios informativos. En consecuencia, hay que entenderlo como una misma facultad. Pero este apartado del artículo 20 no cita más facultades que ésta. El párrafo 1, d), en cambio, incluye dos verbos de sentido opuesto, «comunicar o recibir». La misma conjunción disyuntiva no indica exclusión de una de las facultades por la otra en términos generales, sino en cada acto informativo.

La diferencia entre los dos párrafos se debe, sin duda, a olvido del redactor, pues, aparte de lo ya expuesto acerca de la unidad del derecho regulado por el artículo 20, un constitucionalista ha dicho del artículo que en él se separa «en tratamientos distintos, aunque con el mismo contenido» la comunicación de ideas y opiniones y la de hechos. Para añadir a continuación que «la mencionada duplicación innecesaria de los apartados a) y d) del número 1, además, genera la sorprendente laguna de no amparar el derecho (es decir, la facultad) de recepción de pensamientos, ideas y opiniones». La Sentencia 71/1990, de 12 de noviembre, viene a certificar el amplio panorama de facultades que el texto escueto del artículo 20 deja en penumbra: «Como ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Lingens (Sentencia 8 de julio de 1986), a la prensa incumbe y es su misión publicar informaciones e ideas sobre las cuestiones que se discuten en el terreno político y en otros sectores de interés público, y el público tiene el derecho de recibirlas, por lo que no es aceptable la opinión según la cual la prensa tiene la misión de divulgar las informaciones, pero su interpretación debe dejarse primordialmente al lector.»

Si bien es cierto que el artículo 16, 2. de la Constitución ordena que «Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencia», hay que entender que es en tanto en cuanto la ideología no trascienda de la esfera íntima; pero no puede implicar a la ideología con trascendencia pública, lo que no significa solamente ideología política. Téngase en cuenta, por ejemplo, el derecho a la enseñanza del artículo 27 o a la cultura, que se manifiesta en el artículo 44 y se deduce de la lectura del artículo 46. O el derecho a gozar de las artes, de la vida cultural, del progreso científico y de los beneficios que de él resulten, expuesto en el párrafo 1 del artículo 27 de la Declaración de Derechos Humanos de la ONU. Nadie puede negar que «la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» del artículo 9, 2. de la Constitución, da pie a la exigencia de que determinadas personas den a conocer sus ideas y opiniones, en general o sobre problemas concretos.

Pero hay otra razón más poderosa para considerar que rige en nuestro régimen constitucional la facultad de recibir ideas y opiniones y es que los tratados internacionales ratificados y publicados la entienden dentro del derecho a la información y esos tratados rigen en España como Derecho interno y han de constituir el elemento interpretativo de cuanto se refiere a los derechos humanos.

Esta razón es tanto más concluyente cuanto que permite incluir en uno y otro párrafo del artículo 20 la facultad de investigación de hechos, ideas y opiniones totalmente olvidada por el legislador constitucional al redactar el artículo. No deja, sin embargo, de traslucirse en algún otro texto, como el artículo 105, en su apartado b), en el que se ordena que una ley regule el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, lo que constituye un modo de investigación. No importa que la ley no se haya promulgado, para que el principio constitucio-

nal quede como testimonio. No es necesario ponderar la importancia que la facultad de investigación de todo tipo de informaciones tiene para el desempeño de la profesión periodística.

En pocas palabras, hay que entender que el artículo 20 reconoce implícitamente las facultades de investigar, difundir y recibir ideas, opiniones y hechos, además de todos los mensajes que se componen con ellos; es decir, todo tipo de mensajes. No verlo así ha dado lugar a pronunciamientos del Tribunal Constitucional dispares y no siempre acertados.

2. Las facultades del derecho a la información en la Jurisprudencia constitucional

Hay que hacer notar que el Tribunal nunca se refiere a facultades, sino a derechos, de aquí que el dualismo en que milita se convierte a menudo en pluralismo, como hemos visto que ocurría en la Sentencia 105/1983, que encuentra en el párrafo d) dos derechos: a comunicar y a recibir.

La Sentencia de 11 de marzo de 1981 había afirmado, en cambio, que el derecho a recibir supone, en rigor, una redundancia, pues no hay comunicación si no hay receptor. Aquí quizás el Tribunal no distingue con precisión dos conceptos que, en la realidad informativa, están claros. Si por comunicación se entiende la puesta en común de un mensaje, es indudable que es necesario que alguien lo reciba y lo perciba por alguno de los sentidos corporales. Pero el texto constitucional cuando habla de comunicar «por cualquier medio de difusión», se está refiriendo a la idea de comunicación en el sentido técnico de difusión o publicación. Si, como ha concretado la doctrina, la difusión equivale a la puesta a disposición del medio, la facultad de difusión significa la facultad de incorporar un mensaje a un soporte, constituyendo así un medio con una resuelta finalidad difusora. Para lo cual es necesario que haya recepción efectiva, ni mucho menos que, de modo automático, al ejercitar la facultad de difusión, se ejercite simultáneamente la de recepción.

La misma Sentencia afirma que del derecho a comunicar gozan todos los ciudadanos, aunque en la práctica sirva de salvaguarda a quienes hacen de la búsqueda y difusión su profesión específica. En este texto jurisprudencial se contienen varias afirmaciones importantes, que glosaremos en su momento. Aquí nos interesa subrayar el sustantivo «búsqueda», porque indica que el Tribunal, al enjuiciar la labor informativa profesional, no puede ocultar que el periodista ejercita la facultad de investigación.

La misma facultad constituye el problema principal con que se enfrenta el Tribunal en la Sentencia 30/1982 de 1 de junio, acerca de la expulsión del Director de un periódico de la Sala de audiencia en que se veía el proceso del 23F. El Tribunal entendió que para que el principio de publicidad en los juicios pueda tener proyección general es necesaria la asistencia de los medios de comunicación social. La Sentencia atribuyó la titularidad inmediata de la facultad de investigación a la empresa informativa, pues afirma que la empresa titular de un medio tiene derecho, en igualdad con otros medios, a acceder a la fuente de información a través de la persona o personas que designe libremente. En virtud de tal designación, el periodista tiene derecho a acceder a la Sala. Bien es verdad que ambos derechos están conectados y, aunque parezcan distintos, cualquier medida que incida en uno afecta al otro.

Otras sentencias se limitan a puntualizar casos concretos. La Sentencia 71/1982,

de 30 de noviembre, declara el derecho a recibir información por parte del consumidor, lo que presupone un deber de informar de manera veraz y completa acerca de los bienes y servicios por parte de las empresas que los prestan, deber contractual que puede cumplirse directamente o a través de organismos públicos o representativos de intereses colectivos. La Sentencia 120/1983, de 15 de diciembre, reconoce el derecho de difusión del trabajador, aunque puntualiza que ha de ejercitarse conforme a las pautas de comportamiento que el artículo 7 del Código civil expresa con carácter general al precisar que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe». En consecuencia, concluye el Tribunal, transgrede este derecho el que actúa con «animus nocendi», dado que con su ejercicio no se puede desprestigiar a la empresa en la que presta sus servicios. La Sentencia 6/1989, de 21 de enero, puntualiza que, supuesta la buena fe, la relación laboral no puede limitar el derecho a la información.

2.1. El derecho de rectificación, modo de ejercicio de la facultad de difusión

Un modo tipificado legalmente de ejercitar la facultad de difusión es el ejercicio del impropriamente llamado derecho de rectificación, regulado por la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo. El no darse cuenta de que este derecho es un modo de ejercicio de la facultad de difusión para esclarecer la verdad, ha llevado al Tribunal Constitucional a posiciones discutibles en las Sentencias 35/1983, de 11 de mayo; 168/1986, de 22 de diciembre, y 264/1988, de 22 de diciembre.

El Tribunal acierta claramente al declarar que la rectificación no constituye una sanción al medio. Acierta cuando considera que el acceso a una versión distinta de los hechos favorece el interés colectivo en aras de la verdad. Acierta cuando concreta que solamente puede ejercerse el derecho de rectificación con referencia a hechos, o incluso a juicios de valor que, atribuidos a terceras personas, se convierten en hechos; pero no es un derecho ejercitable frente a opiniones propias «cuya responsabilidad admite quien las defiende», es decir, que la opinión no está condicionada por la realidad que se comunica, sino que es libre y, por tanto, no rectificable. Acierta también el Tribunal cuando determina que hay que precisar el texto concreto de la información rectificada. Y cuando especifica, finalmente, que no debe ponerse obstáculos, ni demorar su publicación.

Es discutible, en cambio, la posición del Tribunal cuando atribuye al derecho de rectificación un carácter «meramente instrumental», cuya finalidad se agota en la rectificación de la información publicada. Esta falta de perspectiva hace incurrir al Tribunal en el mismo desenfoque en que ha caído una parte de la doctrina que clasifica el derecho de rectificación como una de las «limitaciones» a la información.

Pero quizás el error más grave de la jurisprudencia constitucional estriba en considerar que el derecho de rectificación no «se concede» en función de la falsedad o inexactitud de los hechos rectificadas, sino de la apreciación subjetiva de que lo son por parte de la persona que lo ejerce. Como el procedimiento judicial correspondiente a la acción de rectificación es sumario, tampoco se exige al juez que compruebe la verdad de los hechos contenidos en la declaración. Con ello el procedimiento previsto para garantizar el buen ejercicio del derecho en cuestión no produce efectos de cosa juzgada respecto de una potencial investigación procesal futura de los hechos efectivamente ciertos. Se olvida aquí que la facultad de difusión no supone la de falsear la información, ni por parte del medio ni por par-

te del que ejercita el derecho de rectificación. El derecho de rectificación va, efectivamente, en favor del que rectifica; pero también del público que tiene derecho a ser informado en verdad; también del medio, que tienen que comunicar siempre hechos verdaderos si no quiere perder prestigio; y también del informador que ha dado una noticia no verdadera porque le ayuda a cumplir con el deber de informar cuando haya desinformado. Todos esos intereses conviven en el derecho a la información y su satisfacción constituye la eficacia de este derecho. Y la eficacia se puede conseguir, en este caso, por la correcta utilización de la facultad de difusión por parte de la persona que rectifica.

2.2. Conclusión

El derecho a la información en nuestro régimen constitucional y, por tanto, cabe decir que en nuestro ordenamiento jurídico informativo, comprende, en consecuencia, las tres facultades que le caracterizan: investigar, recibir y difundir. Otra cosa es que la utilización de cada una y, a través de ella, la eficacia del derecho a la información sea distinta en la realidad y haya sido acogida desigualmente por la legislación. Cada facultad tiene su función y su razón de ser. Y conforme a ella se va abriendo camino a medida que los sujetos son conscientes de su titularidad y que las condiciones externas permiten su pacífico ejercicio. La publicación de las cartas al Director que, en los países continentales no ha pasado de ser potestativa, ha adquirido en el Reino Unido un carácter de obligatoriedad cuando su contenido es de interés general. El régimen de apertura y transparencia de la Administración, que comenzó ya a abrirse paso legalmente en el siglo XVIII en Suecia, ha llegado a romper el círculo de hierro más cerrado que se daba en el Derecho comparado, que era el francés. Y en la misma línea podían citarse otros muchos ejemplos.

3. La persona humana como centro de todo derecho

Se ha dicho, con igual razón, que el Derecho es la realización de la justicia; y que la justicia es la realización del derecho. Sólo es aparente la antinomia de estas dos proposiciones, dado que en ellas hay un término que mantiene unidad de significado —la justicia—, y dos términos con significado distinto, por lo que se han escrito en un caso con mayúscula —Derecho— y en otro —derecho— con minúscula. Por eso las dos proposiciones anteriores pueden reducirse a una sola que vendría a ser la siguiente: en aras de la justicia, el Derecho ha de ser la realización del derecho. Es decir, el ordenamiento jurídico será justo en tanto en cuanto haga efectivos los derechos subjetivos. En nuestro caso diríamos que el Derecho de la Información, entendido como conjunto de normas que rigen la información, será justo en la medida en que suponga un reconocimiento, protección y realización del derecho a la información. Y esto es así, lógicamente, porque lo importante para el derecho es el hombre que, en cuanto actuante en el mundo jurídico, llamamos persona. Todo el derecho se configura teniendo como centro la persona humana. La necesidad de atribuir derechos y deberes a colectividades, ha hecho extender el concepto de personalidad a las llamadas personas jurídicas que actúan a semejanza de las físicas o naturales. De todo esto se desprende la importancia que, al estudiar cualquier derecho, tiene el análisis del que hemos llamado

elemento subjetivo o personal. Tal relevancia adquiere en el derecho a la información unas modulaciones de interés.

3.1. Peculiaridades en el sujeto del derecho a la información

En primer lugar, porque, como todo derecho, se da para el hombre individualmente considerado; pero esta referencia personal es compatible con su consideración comunitaria. Desde antiguo se ha considerado que comunidad y comunicación son la misma cosa, puesto que no puede existir la una sin la otra. El derecho a la información sirve al hombre y sirve a la comunidad. Pero la dimensión comunitaria no puede borrar la personal. Antes bien, estará tanto mejor cumplida cuanto más se afirme la personalidad de nuestro derecho. De aquí que no deba hablarse —traduciendo impropriamente una expresión sajona— de comunicación de masas que, como afirma un autor contemporáneo, nos presenta «al individuo transformado en grano de arena y a la sociedad en desierto».

En segundo término, porque, a diferencia de otros derechos, en el ejercicio de la información concurren varios titulares, que desempeñan papeles distintos en el proceso informativo, pero que vienen a realizar el mismo derecho. Porque no se puede considerar que, en la información, exista un sujeto puramente pasivo y otro u otros exclusivamente activos.

3.2. El «todo» y el «cada» hombre

El artículo 20 comienza de una manera impersonal: «Se reconoce». Lo que no significa impersonalidad. Si, además, relacionamos el texto del artículo 20 con el artículo 14 de la Constitución —que establece el principio de igualdad o no discriminación— y con el 13 —que atribuye los derechos fundamentales, salvo el derecho de voto, a los extranjeros—, el resultado es que nadie está exceptuado de ser sujeto actual y activo, no solamente potencial, del derecho a la información. El que no exista excepción posible en un conjunto es lo que se llama universalidad. Por eso es corriente referirse al sujeto universal de la información. El artículo 19 de la Declaración de Derechos Humanos habla efectivamente, como sujeto del derecho a que se refiere, de «todo hombre», en el sentido de toda persona, tanto física como jurídica. La Sentencia 141/1985 parece reducir en un pasaje determinado la titularidad de las personas jurídicas, al considerar que la libertad de comunicación «es, en línea de principio, un derecho individual» de los miembros de una Asociación Sindical de Policías. Esta línea de principio la quiebra la misma Sentencia al reconocer más adelante a la Asociación tal legitimación, aunque sólo excepcionalmente cuando se refiera a aquellas facetas respecto de las cuales la Asociación sea titular directa del derecho. El tema —planteado también por algún autor— hay que resolverlo en favor del derecho a la información de las personas jurídicas.

Esta atribución universal no significa atribución global, a todos los hombres en conjunto, ni a grupos determinados de hombres, sino a «cada hombre», sin excepción. Es incorrecto, pero expresivo, decir que «a todos los cada hombre». Usualmente se habla de público para referirse a estos sujetos que no son profesionales ni empresas informativas, o que no actúan como tales. Pero la palabra pú-

blico no significa un solo titular colectivo, sino una colectividad de titulares individuales.

El párrafo 3 del artículo 20 parece atribuir unos derechos a los «grupos sociales y políticos», siguiendo la pauta del artículo 9,2. que habla de «la libertad e igualdad de los individuos o de los grupos sociales en que se integra». Si estos grupos sociales están jurídicamente personificados, como ocurre con los partidos políticos o con las asociaciones de consumidores, por ejemplo, no se plantea problema alguno, pues también las personas jurídicas participan de la universalidad del derecho. Si no lo están, hay que entender que actúan en la información en tanto en cuanto todos y cada uno de los que integran el grupo son titulares del derecho: precisamente la agrupación tiene por finalidad potenciar el derecho personal igual de cada uno.

Titular universal del derecho a la información es, por igual, cada persona física y, por extensión, cada persona jurídica. Cuando los ordenamientos jurídicos establecen determinadas normas favorecedoras de un colectivo determinado, lo hacen precisamente para ponerle en plan de igualdad con los demás sujetos. Por eso, estas normas protectoras se refieren siempre a minorías, sean minorías de criterio, como la juventud y la infancia, que se mencionan en el párrafo 4 del artículo 20, sean minorías numéricas, como pueden ser las lingüísticas, las étnicas, las religiosas, etcétera.

El que toda persona física o jurídica sea sujeto del derecho a la información significa que cada persona física y jurídica es titular de cada una de las facultades que integran el derecho a la información: la facultad de investigar, la de recibir y la de difundir mensajes. Tanto la Declaración de la ONU, como los demás documentos internacionales suscritos por España, o la propia Constitución, interpretada del modo que ha quedado dicho, confirman este punto. La facultad de recepción es fácil de comprender porque, más o menos conscientemente, la estamos ejercitando sin cesar. La de investigación resulta más difícil, porque el sujeto no especializado carece de formación para desempeñarla. Todavía más dificultad presenta el ejercicio de la facultad de difusión, porque, además de no poseer esta formación, el que podemos llamar hombre de la calle no tiene un medio de comunicación social a su alcance. Piénsese, sin embargo, en que una y otra facultad se van abriendo paso en la vida informativa. Los sujetos no profesionales y no empresas ejercitan cada vez más la investigación directamente porque es creciente el interés de conocer aquello que les afecta. En cuanto a la facultad de difundir puede advertirse la mayor frecuencia e intensidad con que los no informadores acceden de diversos modos a los medios de información. Algunos de esos modos se van recogiendo y regulando por la información: ya nos hemos referido a las cartas al Director en el Reino Unido y al derecho de rectificación, que es común, con diversas denominaciones, a nuestro ordenamiento y al de otros muchos países. Podríamos referirnos a otros supuestos también legalizados, como el contrato de difusión publicitaria, las diversas formas de que un autor actúe como editor o el régimen de las emisoras de radioaficionados, como ejemplos significativos.

Todas estas fórmulas y las que sucesivamente vayan abriéndose camino, no son, sin embargo, suficientes para satisfacer en toda su plenitud el derecho a la información. No hay que pensar por eso en que los Tratados internacionales y la Constitución contengan unas declaraciones irónicas o carentes de sentido real. Lo que ocurre, del mismo modo que en otros derechos existenciales, es que su titular delega en unos profesionales y en unas organizaciones que, por su formación y por sus medios, son capaces de realizar los derechos debidamente. Esta delega-

ción tácita del sujeto universal en profesionales y organizaciones, en nuestro caso informativas, viene precisamente a caracterizar la naturaleza, respectivamente, de esa profesión y de esas organizaciones.

3.3. El público visto por el Tribunal Constitucional

Aunque nunca ha afrontado de cara y a fondo el problema, el Tribunal Constitucional se ha referido, en muchas ocasiones, al sujeto no profesional, con diferente acierto y más o menos coherencia. La manifestación más corriente del Tribunal Constitucional es la que, de uno y otro derecho —dada la posición dualista que hemos visto que mantiene— «gozan por igual todos los ciudadanos». En esta misma línea coinciden, por ejemplo, las Sentencias 6/1981 de 16 de marzo, 12/1982, de 31 de marzo, y 94/1982, de 7 de diciembre.

La Sentencia 6/1988, de 21 de enero, contiene pronunciamientos desiguales, en relación con el sujeto del derecho a la información. En uno de sus fundamentos se refiere a la universalidad cuando los datos de la información pueden tener interés para todos: en el caso en cuestión lo tenía, pues se refería a unas declaraciones hechas por un periodista al servicio de un Ministerio, denunciando unas irregularidades informativas. Pero en otro de los fundamentos habla de la «abstracta titularidad». Si por abstracta se entendiese la impersonalidad con que el artículo 20 plantea la universalidad, no habría nada que objetar. Pero, dejándose llevar por el precedente de la Sentencia 105/1983, de 23 de noviembre, la Sentencia que comentamos repite que del derecho a la información «es sujeto primario la colectividad» —lo que hemos visto que jurídicamente es imposible—, para añadir a continuación: «y cada uno de sus miembros», lo que sí es plenamente correcto.

Una Sentencia mantiene que el derecho a la información corresponde a todos, «sin estar subordinados a las características personales de quien las ejerce» (165/1987, de 27 de octubre). Siendo derecho de todos los es también del trabajador como ciudadano y conforme a la acción representativa que le asigna el Estatuto de los Trabajadores (20/1983, de 15 de diciembre), incluso cuando el trabajo es el de redactor (6/1988, de 21 de enero). Y también corresponde al abogado como complemento de la garantía procesal del artículo 24,2.

Las Sentencias 6/1981, de 16 de marzo, y 63/1987, de 20 de mayo, abogan porque se garantice el acceso a los medios de comunicación social de los grupos «significativos» o, al menos, que no se les impida dicho acceso. La 63/1987, de 20 de mayo, en relación con la Ley Orgánica 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de radio y televisión, considera como grupos sociales «significativos» los grupos políticos con representación en las Cortes Generales, si hubieran concurrido —en solitario o federados— a las últimas elecciones, no bastando con que tengan en sus filas un Diputado y un Senador por afiliación posterior. El voto particular del Magistrado señor Fernández Viagas a la Sentencia de 16 de marzo de 1981 sostiene que la desigualdad en la confrontación de las fuerzas sociales, conforme al mandato del artículo 9,2., que obliga a los poderes públicos a salvaguardar la libertad y la igualdad de los individuos y los grupos en que se integran, ha de remediarse a través de los medios de comunicación social del Estado.

El reconocimiento de la riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España y de su cooficialidad con el castellano en las respectivas comunidades autónomas (artículo 3 de la Constitución), y el respeto a las diversas lenguas en el acceso a los medios de comunicación social del Estado (artículo 20,4.), han plantea-

do problemas menores sobre el sujeto del derecho a la información. El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre ellos en relación con expedientes administrativos (Sentencia 82/1986, de 26 de junio), o con procesos judiciales (Sentencia de 25 de mayo de 1987). Tan sólo puede tener mayor relevancia para nuestro tema la Sentencia 84/1986, de 26 de junio, que considera inconstitucional una norma de la Ley de Normalización Lingüística del Parlamento de Galicia, que imponía a todos los gallegos el deber de conocer el idioma específico de aquella Comunidad autonómica.

4. Orfandad legislativa de la profesión informativa

4.1. Los «hermanos siameses» del artículo 20

En el Anteproyecto de Constitución, el artículo que reconocía el derecho a la información, que cambió de numeración a lo largo de su tramitación parlamentaria, no mencionaba a la profesión informativa. La redacción definitiva, que es la promulgada y vigente, incorporó un precepto al apartado d) del párrafo 1, que ordena: «La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.» Tan sólo puede entenderse ese «ejercicio» como «ejercicio profesional», puesto que la cláusula de conciencia, que hay que entender como cláusula legal —implícita y específica de toda relación laboral informativa—, implica la profesionalidad.

Del mismo modo, cuando se habla del «secreto profesional» hay que referirlo a la profesión informativa, puesto que al secreto profesional en general —que también afectará al informador en cuanto que genéricamente es un profesional— se refiere el párrafo 2 del artículo 24. El secreto profesional en general se reduce a callar hechos conocidos en el ejercicio mismo de cualquier profesión. El secreto profesional informativo afecta exclusivamente a las fuentes personales de la información.

Puesto que también la fuente es algo existente en el mundo exterior del informador, el secreto profesional está bien situado en el citado apartado d). En cambio, la cláusula de conciencia, que ha de referirse solamente a lo que es tal cláusula y no a otros problemas de conciencia que puedan plantearse al periodista, se relaciona con el mundo interior del informador y debería haberse ubicado en el apartado a). De quererlos situar juntos para subrayar más claramente la presencia de la profesión informativa en la Constitución, debieron haberse establecido en un párrafo separado del que se ocupa de un tipo singular de mensaje.

En cualquier caso, el mandato de regular por ley estas dos instituciones típicas de la profesión periodística no se ha cumplido por los gobiernos postconstitucionales. Los intentos de los partidos políticos en la oposición, que han presentado al Congreso de los Diputados propuestas de ley más o menos acertadas, han sido parlamentariamente frenadas. Un veterano periodista, Diputado en las Cortes Constituyente y que intervino directamente en la redacción definitiva de nuestro artículo 20, dijo en una ocasión: «Por los propios periódicos verán ustedes que el Gobierno ha decidido no regular, no intervenir y no mojarse en nada en el secreto profesional y va a sacar una ley muy parcial, muy incompleta sobre la cláusula de conciencia. De tal manera que lo que era una especie de hermanos siameses en el artículo 20 de la Constitución, de repente ha llegado la cirugía legislativa del Gobierno y va a separar una cosa de otra.» De momento, no se conoce todavía

el día y la hora de llevar a cabo tal operación cisoria. Lo que, además de privar a la profesión periodística de dos derechos enunciados en la Constitución, ha planteado ante los Tribunales el problema de si, en el secreto profesional informativo, se aplica directamente la Constitución o es necesaria, para hacerlo efectivo, la promulgación de la ley que la Constitución impera. Una tercera solución es posible: la de entender que la Constitución respalda un secreto profesional que, desde el momento en que no se refiere a la declaración de hechos, sino de fuentes personales, puede entenderse ya existente en España. Antes incluso de la promulgación de la Constitución, dos jueces militares —en el caso de dos informaciones referentes a la llamada Unión Militar Democrática— llegaron a admitir el secreto de las fuentes de la información en nuestro sistema jurídico.

4.2. Silencio sobre la profesión

Lo cierto es que la Constitución, ni siquiera a través de estas dos peculiares instituciones, permite perfilar lo que es la profesión informativa. Tampoco el Tribunal Constitucional ha tenido que enfrentarse a problemas que le hayan obligado a pronunciarse acerca de la naturaleza de la profesión periodística, en concreto, o de las profesiones informativas, en general. Tan sólo hay alusiones indirectas y no siempre muy afortunadas.

Ha sido la doctrina la que ha venido a establecer lo que se ha llamado identidad de la profesión periodística, atendiendo a la esencia de las cosas y a las cuestiones de fondo. No es momento aquí de recordar todo este planteamiento, pero es necesario resumir unas ideas que permitan enjuiciar lo que el Tribunal Constitucional ha dicho sobre la profesión periodística.

Toda profesión justifica su existencia y su actuación como tal en la prestación de un servicio. Hay profesiones, entre ellas la informativa, cuyo servicio consiste precisamente en hacer efectivo un derecho fundamental. Hemos dicho que el derecho a la información corresponde a toda persona, entre las que hay que contar, como persona física que es, al propio informador. Cualquier persona puede ejercitar todas y cada una de las facultades que integran el derecho a la información. El periodista, como persona, también. Pero, como profesional, está haciendo eficaz el derecho de los demás, sean o no profesionales. Esta respuesta al derecho de otros es lo que se llama deber. Lo que caracteriza la profesión informativa es que cumple el deber de hacer eficaz un derecho. Es decir, el núcleo esencial del periodismo, en cuanto profesión, es el deber de informar.

Tal deber tiene un conjunto de manifestaciones concretas con las que se encuentra el periodista en su tarea informativa y por cuyo cumplimiento o incumplimiento responde. Pero si hemos dicho que este deber es la respuesta a la satisfacción de un derecho y este derecho se integra por tres facultades, son estas facultades las que constituyen las raíces del deber de informar. La facultad de recepción se satisface ofreciendo una información correcta. Pero las facultades de investigación y de difusión las ejercita el periodista, como profesional, representando al que hemos llamado sujeto universal de la información.

La cuestión tiene una gran importancia práctica. Primero, porque la responsabilidad del informador no tiene solamente como causa el deber de ofrecer mensajes, sino el obedecer el mandato o delegación tácitos de todas y cada una de las personas a las que conocemos como público. Segundo, porque el periodista, cuando exige sus derechos profesionales o sus facultades en la actuación informativa,

no los exige tan sólo en su nombre, sino respaldado por el derecho de su mandante, titular universal del derecho a la información.

Los temas que preocupan a la profesión periodística, como titulación, acreditación, colegiación, sindicación, asociación, seguridad frente a los riesgos, la misma cláusula de conciencia y el secreto profesional, etcétera, han de orientarse en función de lo que constituye la esencia de la identidad profesional informativa: el cumplimiento del deber de informar. Esta orientación ha de estar viva, no sólo en el ordenamiento interno profesional informativo, sino más allá de las fronteras actuales, en el campo de la homologación de las profesiones informativas en la Comunidad Europea.

4.3. Algunas consideraciones del Tribunal Constitucional

En las escasas ocasiones en que el Tribunal Constitucional se ha referido a la profesión periodística ha sentado unos principios no siempre coincidentes con lo que acabamos de decir, aunque tampoco diametralmente opuestos. En la Sentencia 6/1981, de 16 de marzo, se afirma que gozan del derecho a la información todos los ciudadanos, por más que «en la práctica sirve de garantía a los profesionales, aunque no les otorga ningún privilegio».

El sentido que tiene esa «garantía» no puede ser otro que el respaldo que le da el ejercitar un derecho no en nombre propio, sino en el de «todos los ciudadanos»; es decir, de cada uno de ellos. Respecto a que los profesionales no tienen otorgado «ningún privilegio», la afirmación está en línea con las normas nacionales y supranacionales establecidas en los Códigos de Deontología Periodística. A falta de Código en España, se puede citar, como ejemplo, el que nos afecta más directamente —el Código Moral del Periodista Europeo—, en cuyo artículo 8 se dice: «El fin altamente moral de la profesión periodística excluye que cuantos la ejercen puedan recibir ventajas personales de su actividad.» En diferentes Códigos nacionales y en los Reglamentos de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, se emplea, más en concreto, el sustantivo «privilegio». No resulta, por tanto, muy acertada la Sentencia 171/1990, de 12 de noviembre, cuando habla de que la Constitución «crea un espacio de inmunidad», que, aunque la Sentencia refiere al mensaje, no puede conectarse más que con el sujeto informador, que en este caso era un periodista.

Un comentario paralelo habría que hacer a la Sentencia 165/1987, de 27 de octubre. Según esta Sentencia, los derechos del artículo 20 corresponden a todos, «sin estar subordinados a las características personales de quien las ejerce, sino al contenido del propio ejercicio», «aunque alcanza su máximo nivel cuando son ejercitados por profesionales». En realidad, el nivel que alcanza el cumplimiento de un deber que satisface un derecho, se ha de medir por la eficacia del ejercicio de este mismo derecho.

La Sentencia 6/1981, de 16 de marzo, recaída en el recurso de amparo de unos periodistas contra el cierre de ciertos periódicos pertenecientes a los medios de comunicación del Estado, dice que la cláusula de conciencia y el secreto profesional que los profesionales pueden invocar como actores destacados, no sirven para asegurar la permanencia de la actividad profesional, sino sólo el modo de su ejercicio. El Tribunal Constitucional tenía razón. El recurso pudo y debió, en su caso, haberse fundado en otras alegaciones distintas al secreto profesional y a la cláusula

sula de conciencia, cuya naturaleza jurídica no las hacían idóneas constitucionalmente para fundamentar la pretensión de los recurrentes.

De nuevo la Sentencia 165/1987, de 27 de octubre, apostilla que de la difusión de una nota informativa —sin firma, anónima en su difusión, y que el Tribunal consideró injuriosa— es responsable penal el Presidente de la Asociación de Vecinos que la lanzó, en concepto de Director —no profesional— de la publicación. Si se hubiera tratado de una publicación legal, el pronunciamiento del Tribunal sería impecable, porque aplicaría el principio de la responsabilidad en cascada previsto en el artículo 15 del Código Penal. Pero la responsabilidad en el caso planteado no procedía en primera línea del mensaje, sino de una anomalía precedente: la clandestinidad del medio. Esa clandestinidad debió ser contemplada y punida con anterioridad a la sanción que mereciese el carácter injurioso del mensaje.

Existe una Sentencia que no se refiere a los medios de comunicación, pero que puede tener importancia para la relación laboral entre los profesionales de la información y las empresas en las que trabajan. Es la que concede amparo contra el despido de un profesor de un centro docente por razones ideológicas. Esto es lo que podríamos llamar cláusula de conciencia por pasiva, que ha sido reivindicada también para las empresas informativas por los empresarios de la información. Igual que los centros docentes, las empresas titulares de medios de comunicación social son empresas ideológicas o, como también se han llamado, empresas de tendencia. Y el precedente jurisprudencial puede tener aplicación en favor del trabajador informativo. Se trata de la Sentencia 47/1985, de 27 de marzo.

5. Las organizaciones informativas

El periodista puede trabajar de modo independiente. Aunque no es todavía muy frecuente entre nosotros, tenemos el ejemplo del «free lance» inglés o del «pigiste» francés, que habrá que tener en cuenta para el futuro, en relación con las libertades de establecimiento y de prestación de trabajo, propias de la Comunidad Europea. Lo que, en cambio, es más frecuente entre nosotros es el informador que no presta servicios en uno de los medios de comunicación social, sino en una organización no informativa, empresarial o no, que tiene necesidad de resolver sus problemas de comunicación, tanto internos como externos. A la hora de estructurar legalmente la profesión informativa hay que tener presente el trabajo de estos profesionales a los que excluyó como tales, al menos como periodistas en activo, el Estatuto de la Profesión Periodística de 1967. También su actividad está, o debe estar, nucleada por el deber de informar.

El trabajo arquetípico del periodista se desenvuelve en un medio de comunicación social, contratado laboralmente por una empresa informativa. La contratación civil, legalmente necesaria en el caso del Director y potestativa en la del Subdirector, no ha dejado de plantear problemas que pueden obviarse en el futuro. La contratación por una empresa informativa, como ha ido decantando la conciencia profesional, no sitúa al periodista al servicio de la empresa, sino al servicio del derecho a la información en la empresa informativa, con la que comparte, desde perspectivas diferentes, el deber de informar.

Todo esto supone una concepción de la organización informativa que debe trascender a una futura regulación. La empresa se sitúa, como el informador, al servicio de un derecho humano, no como un servicio público que ha de ser controlado por la Administración, sino como un servicio de interés público, social-

mente supervisado con arreglo a pautas que han mostrado su oportunidad en la legislación comparada.

5.1. La relación empresa-medio

Quizás el problema más importante es dejar clara la naturaleza de la relación entre empresa y medio, que condicionará la de informador y medio. No se puede decir que la empresa sea propietaria del medio en el mismo sentido que se dice que es propietaria del edificio en que el medio se produce, de la rotativa en que se imprime o de la antena con que se difunde, por ejemplo. La relación de empresa y medio, como puede deducirse del régimen de los mensajes y de los soportes, es la de una titularidad especial a efectos del cumplimiento del deber de informar y de la responsabilidad por su incumplimiento. El mismo artículo 20,3. no habla de «propiedad» de los medios de comunicación social, sino de su «dependencia».

Si se advierte que el deber de informar y la responsabilidad por los mensajes que hacen posible el medio es atribuible también al informador, puede deducirse que existe una cotitularidad del medio dirigida a hacer posible y efectivo el derecho del público a la información. La cotitularidad, que tiene como base la delegación tácita del público a la vez en la empresa y en el informador, ha de subyacer en la relación laboral entre empresa informativa y redactor, que tendrá así un especial carácter conforme a la realidad, aun cuando no lo haya advertido el artículo 2 del Estatuto de los Trabajadores.

5.2. Escasas referencias jurisprudenciales

Pero la Constitución no dice nada más acerca de la organización informativa que, si tiene carácter empresarial, gozará del principio de libertad de empresa explícito en el artículo 38. El Tribunal Constitucional se ha referido, en cambio, al principio de libertad en la creación de medios (Sentencia 12/1982 de 31 de marzo), lo que implica, para que no exista contradicción, la libertad de creación y funcionamiento de las empresas informativas, entendidas en un sentido amplio y no sólo de carácter mercantil, como lo prueba el que la única alusión constitucional a una organización informativa es a aquella creada y sostenida por el Estado o cualquier ente público. No hay obstáculo en que lo sea un ente privado constituido en forma no mercantil.

Apenas nada más importante a nuestros efectos ha dicho la jurisprudencia constitucional. Las Sentencias a este respecto han versado acerca de cuestiones de competencia entre el Estado y las Comunidades autonómicas; o de los problemas que plantean los medios que se difunden a través de ondas radioeléctricas, por la especial naturaleza y régimen jurídico internacional de las ondas: servicio público esencial, monopolio, gestión directa o indirecta, sistema de concesiones, etcétera. Tan sólo cabe decir aquí que el Tribunal se ha dejado llevar por los planteamientos de las partes, más que por lo dispuesto en los tratados internacionales, a pesar de referirse a ellos expresamente en alguna Sentencia, como la 12/1982 de 31 de marzo. Tampoco ha tenido en cuenta el Tribunal la realidad de las cosas. Así como ha sido muy riguroso en la innovación que ha supuesto el reconocimiento del derecho a la información en el régimen de los mensajes, ha reducido

su alcance cuando se ha enfrentado, aunque haya sido lateralmente, a problemas relacionados con medios y organizaciones informativos.

5.3. Los medios informativos

El artículo 20 menciona los medios de una manera inorgánica y no muy precisa terminológicamente. Unas veces alude a ellos como meros instrumentos que sirven de cauce para difundir mensajes: «cualquier medio de difusión», «mediante la palabra, el escrito o cualquier medio de reproducción» (Apartados d) y a) del párrafo 1 del artículo 20, respectivamente). Otra vez para ordenar que la ley regule el acceso de los grupos sociales y políticos a los medios dependientes del Estado o de cualquier ente público (párrafo 3). Finalmente, el artículo se refiere a dos medidas que afectan a los medios: la censura (párrafo 2) y el secuestro (párrafo 5).

La Sentencia 12/1982 de 31 de marzo, una de las escasas sentencias que se refieren a los medios, afirma que «el derecho a difundir ideas y opiniones comprende, en principio, el derecho a crear los medios materiales a través de los cuales la difusión sea posible». Si se completa ese «derecho a difundir ideas y opiniones» con el deber de difundir noticias, el pronunciamiento jurisprudencial es válido. La misma Sentencia contiene otra afirmación plausible: que «los mismos medios de comunicación social han de preservar el pluralismo», dado que a la información no sólo puede ponerle obstáculos el poder público, sino también el poder informativo.

La Sentencia 30/1982 de 1 de julio destaca el papel de «intermediario natural» desempeñado por los medios de comunicación social entre la noticia y cuantos no están en condiciones de conocerla directamente, papel que se acrecienta con respecto a los acontecimientos que pueden afectar a todos. Pero la Sentencia 49/1984 de 5 de abril, refiriéndose al cine y la 153/1985 de 7 de noviembre al teatro, afirman que, además de vehículos culturales, ambos son medios de comunicación, pues, aunque no son informativos, tienen una finalidad de entretenimiento. No advierte esta Sentencia que estos medios son los mejores propagadores de ideas, excepto el cine noticioso o documental. Como tampoco advierte la universalidad del derecho a la información al referirlo únicamente a los medios informativos, lo que solamente puede admitirse en contraposición a los cauces clandestinos, pero no a la expresión fuera de los medios. A fin de cuentas, hasta la palabra hablada es un cauce o un medio que, en ocasiones, puede producir menos perturbación que la difusión genérica del Código penal: «Realizar el delito por medio de la imprenta, radiodifusión u otro que facilite la publicidad» (Artículo 10, 4^o). No son acertadas, por tanto, las siguientes palabras de la Sentencia 105/1990: «Los cauces por los que se difunde la información aparecen así como relevantes para determinar su protección constitucional.» La universalidad de los medios hay que extenderla a todas las formas de expresión o comunicación.

Las medidas positivas o de fomento son mencionadas en la Sentencia 6/1981 de 16 de marzo. En ella se afirma que la cláusula del Estado social y democrático del artículo 1, 1. de la Constitución y, en relación con ella, el mandato promocional del artículo 9,2. imponen, sin duda, actuaciones positivas por parte del Estado. Pero se niega que estos textos impongan una obligación concreta al Estado, ni el derecho a exigir el apoyo a los medios privados con fondos públicos, ni la creación y sostenimiento de medios públicos.

El Tribunal Constitucional no se ha tenido que pronunciar acerca de la censura previa, a pesar de que ha aparecido ya en alguna ley formal, cuya inconstitucionalidad nadie ha contestado; ni sobre el secuestro no judicial de medios de información (párrafos 2. y 5. del artículo 20, respectivamente).

6. La discutida responsabilidad civil solidaria

Las Sentencias 171 y 172/1990 resuelven dos casos caracterizados por su «similitud o semejanza». Ya el Tribunal Supremo, en las sentencias recurridas condenó a los dos recurrentes, pero les impuso una indemnización diferente. El Tribunal Constitucional, al que se deben los adjetivos entrecuillados, resuelve en dos Sentencias, correlativas y de la misma fecha, en un sentido opuesto, concediendo en la primera el amparo y en la segunda no. No puede decirse, sin embargo, que la doble decisión sea contradictoria cuando se compara el texto de los dos mensajes sometidos a enjuiciamiento.

Entre las alegaciones del recurso, en este caso comunes sustancialmente a uno y otro recurrente, se plantea el problema de la vigencia del artículo 65 de la Ley de Prensa e Imprenta de 1966, especialmente en lo que respecta a su párrafo 2. La cuestión se trata aquí porque afecta al Director-profesional en la mayoría de los casos, según la misma Ley de 1966 y a la empresa informativa, puesto que el párrafo cuestionado establece la responsabilidad civil solidaria de ambos con el autor de la información. En contra de la vigencia del precepto se había pronunciado ya una Sentencia de un Juzgado de Madrid que fue, en su momento, muy criticada por los mismos miembros de la Magistratura. El argumento allí fue la derogación genérica de ese precepto de 1966 a través de la disposición derogatoria 3. de la Constitución, y que aquí alegaron también los recurrentes.

Pero hay otra razón para tratar el asunto y es que ambas alegaciones coinciden en señalar que el precepto, de considerarse vigente, hará que proliferen la autocensura de empresas y directores sobre los redactores.

Ni una ni otra de las dos Sentencias admite el argumento y declara vigente el artículo 65. Complementando las consideraciones de ambas Sentencias —que tienen un antecedente en el Auto de 14 de noviembre de 1988— las consideraciones en favor de la vigencia del artículo 65 de la Ley de Prensa de 1966 pueden resumirse así:

a) No puede eximirse de responsabilidad al Director puesto que, según el artículo 37 de la Ley de 1966, tiene un derecho de veto —que efectivamente ejerce— sobre el contenido de todos los originales del periódico.

b) Tampoco puede eximirse la empresa informativa porque es ella la que designa y remueve al Director, según los artículos 31 y 33 de la misma Ley.

c) La Ley orgánica 1/1982 de responsabilidad civil por daños al honor, a la intimidad y a la propia imagen dispone que la tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima o para prevenir e impedir intromisiones posteriores. Estas medidas no podrían adoptarse, so pena de incurrir en indefensión, si no se demandase al Director y a la empresa, que en su caso serán quienes soportan las consecuencias de las medidas rectificatorias o cuatrelares.

d) En todo caso, es manifiesta la inconsistencia de las alegaciones de los recurrentes puesto que ellos mismos manifiestan que ejercieron el derecho a la li-

bertad de información, lo que les inhabilita el derecho ahora para atacar las bases jurídicas en que tal ejercicio se asienta.

Habría que añadir otro argumento: la probable insolvencia del profesional haría ilusoria la fijación de una indemnización por daños en la lesión de los derechos fundamentales que reconoce el artículo 18, de la que este caso se trataba, o de otros derechos, fundamentales o no.

La llamada autocensura resulta así inevitable. Y lo es si se tiene en cuenta que, además de la responsabilidad civil, existe la penal cuando la información es delictiva. Tal responsabilidad penal y sus consecuencias, conforme al artículo 15 del Código penal, tienen un régimen de cascada o de responsabilidad subsidiaria del Director, cuando no puede responder el autor; y del editor, cuando resulta imposible exigir la responsabilidad a autor y Director.

III. Las reglas de juego de «lo que» se comunica

1. El ignorado mensaje

Todos nos comunicamos. Unos en el ejercicio de un derecho y otros en el cumplimiento de un deber. En ambos supuestos, el segundo de los cuales hemos visto que caracteriza a la profesión periodística, es necesario atenerse a un conjunto de reglas. Especialmente, en el caso del deber, para que el cumplimiento sea satisfactorio; es decir, para que satisfaga el derecho a la información. Estas reglas son muy variadas y afectan al sujeto que comunica, al medio a través del que se comunica y al derecho que se satisface. Derecho que tiene un objeto que es «lo que» se comunica y al que en la terminología informativa llamamos mensaje.

Los autores han hecho un gran esfuerzo por clarificar lo que es el mensaje, sus clases y las reglas por las que se rige. La legislación, en cambio, no ha sido muy pródiga en su regulación, tanto cuantitativa como cualitativamente. Ni siquiera utiliza la palabra mensaje y, como hemos visto a propósito del tratamiento general del artículo 20, cuando se refiere a los mensajes, lo hace de una manera equívoca. Hay que estar rellenando sus impropiedades y lagunas, incluso por parte de los mismos profesionales, cuando se interpreta y cuando se aplica el artículo. Las deficiencias legales se salvan merced a lo que se llaman principios, obtenidos por inducción desde la misma realidad de los mensajes. El Tribunal Constitucional se refiere a algunos de ellos llamándolos «criterios generales» (Sentencia 172/1990 de 12 de noviembre).

Los principios o criterios constituyen, pues, como las reglas matrices del juego, que hay que tener siempre en cuenta. Ofrecen la ventaja de que no es preciso recordar el reglamento del juego en detalle. De los principios se pueden deducir sus normas fácilmente. Y, por otra parte, los principios permiten comprenderlas más en profundidad. Mediante los principios podemos comprobar si el Tribunal Constitucional acierta o no en sus resoluciones en torno al objeto del derecho a la información.

2. El principio más general

Al hablar de los mensajes, el principio más general —que comprende todos los demás— es, precisamente, el llamado principio de generalidad. Hemos dicho que el sujeto del derecho a la información se rige por el principio de universalidad o de no excepción posible. Lo mismo se ha recordado en cuanto al contenido de facultades que se integran en el derecho a la información. Y el mismo principio de universalidad puede predicarse de los medios de comunicación social: to-

dos los medios pasados, presente y futuros, sea cualquiera su soporte y su modo de difusión, son aptos, sin excepción, para comunicar mensajes. Así queda dicho, implícita o explícitamente, en el artículo 20. Este principio de universalidad quiere, sin embargo, en el régimen de los mensajes y se sustituye por el de generalidad. La regla general es la que admite excepciones. Es decir, según la teoría y las normas que guían la producción y la difusión de los mensajes, caben excepciones en determinadas circunstancias.

Sabemos, hasta por simple intuición, que no todo lo que se conoce o lo que se crea se puede decir; o que no todo lo difundible ha de ser difundido. Pero debe quedar claro que la generalidad del mensaje no significa un recorte a la libertad de informar, si se entiende ésta como el modo libre de hacer efectivo el derecho a la información. La libertad se ejercita conforme al derecho o no es libertad. El Tribunal Constitucional afina más al mantener que la libertad «debe enmarcarse, en cualquier supuesto, en unas determinadas pautas de comportamiento, que el artículo 7.º del Código civil expresa con carácter general al precisar que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe» (Sentencia 120/1983 de 15 de diciembre).

El principio de generalidad no significa tan sólo que hay mensajes no difundibles, sino algo tan importante como eso. En buena metodología jurídica, es decir, por sentido común, lo general hay que interpretarlo siempre de modo extensivo. Lo que significa, por el contrario, que lo excepcional debe ser interpretado de modo restrictivo. En otras palabras: hay que tender a la difusión porque la no difundibilidad es, por sí misma, rara, si se cuantificaran todos los mensajes posibles que son ilimitados, dada la tendencia natural del hombre a comunicarse y el que en esa tendencia se funda la realización de la persona humana y la existencia y persistencia de la comunidad. Una comunidad que, cuando se trata de una comunidad política, ha de tener las cualidades de pluralista y democrática.

2.1. Confirmación jurisprudencial

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en varios pronunciamientos. «La fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo» (Sentencias 159/1986 de 16 de diciembre y 51/1989 de 22 de febrero). Otras sentencias dan por supuesta la expansividad del derecho, que equivale a la expansividad de su objeto. La Sentencia 105/90 de 6 de junio recuerda lo que otras veces ha repetido el Tribunal, en palabras, por ejemplo, de la Sentencia 104/1986 de 17 de julio: «El derecho a la información no sólo protege un interés individual, sino que entraña el reconocimiento y garantía de una institución política fundamental que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político.» Resumen parecido efectúa la Sentencia 172/1990 de 12 de noviembre que, recogiendo otra idea constante del Tribunal Constitucional, añade que la opinión pública es necesaria para el Estado democrático.

Cabe apuntar que en los textos de estas Sentencias la expresión «opinión pública» hay que tomarla en un sentido subjetivo, equivalente a público opinante; distinto al sentido objetivo, que analizaremos más adelante y que coincide con el de mensaje de juicios. En otras Sentencias, e incluso en algunos otros fragmentos de las citadas, el mismo Tribunal —como ocurre en el párrafo 1, a) del artículo 20— emplea la palabra «opinión» en el sentido propio de mensaje publicado.

El Tribunal Constitucional insiste en la «posición preferencial» del mensaje (Sentencia 159/86 de 12 de diciembre). En la Sentencia 171/1990 de 12 de noviembre lo hace de una manera que podríamos llamar redoblada: «posición preferente», «de prevalecer», «prevalencia», «valor preferente», «condición preferente», que lleva a circunscribir esta posición al interés general. La Sentencia 172/1990 de 12 de noviembre sostiene que esta posición hay que graduarla según se trate de personajes de relevancia pública o no. En las Sentencias 6/1981 de 16 de marzo, 104/1986 de 17 de julio y 159/1986 de 12 de diciembre, se atribuye por ello una mayor responsabilidad moral y jurídica a quien realiza la información y se exige una rigurosa ponderación de cualquier norma que coarte su ejercicio; normas que deben ser interpretadas de acuerdo con lo dispuesto por los Tratados y acuerdos internacionales (Sentencia 51/1989 de 22 de febrero).

En una Sentencia, sin embargo, el Tribunal extrema la responsabilidad hasta alcanzar al hecho de la creación, aunque no haya habido difusión. El secretario de una asociación policial había redactado una nota que envió a una emisora de radio para su difusión. La emisora no difundió la nota entera, omitiendo la parte más conflictiva del comunicado. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no concede el amparo al autor «porque la no difusión fue ajena a su voluntad y atribuible tan sólo al criterio del director de la emisora» (Sentencia 81/83 de 10 de octubre). Aunque no se trate de un informador profesional y el recurso se presentase contra una resolución disciplinaria, el precedente puede ser peligroso.

El criterio de generalidad opera efectivamente, con algunas matizaciones, en el juzgador constitucional. Como el principio más abstracto de todos —por más general— es necesario desarrollarlo para examinar aplicaciones más concretas. Y su desarrollo puede hacerse a través de tres principios más próximos a la realidad y que están incluidos en él. Lo general implica que hay algo individual; que hay algo especial; y que hay algo excepcional. En este capítulo examinaremos el principio de individualidad y el de especialidad. En el próximo, el de excepcionalidad.

3. Las facultades del autor

La Ley 22/1987 de 11 de noviembre, mal llamada de propiedad intelectual, considera que el derecho de autor nace por el solo hecho de su creación (artículo 1), concepto amplio en el que se comprende la adaptación, revisión, actualización, anotación, compendio y cualquier otra transformación de lo creado (artículo 11). Con ello se dice que es autor de la información —del poner en forma— el que la trabaja. Los artículos 51 y 52 de la misma Ley establecen las relaciones especiales que esta autoría impone en el contrato de trabajo del redactor y en el contrato de colaboración, ambos con la empresa informativa. No es ocasión aquí de examinar a fondo estos preceptos.

Lo que queda claro es que la Ley reconoce al autor, entre otras facultades, dos que permiten recortar individualmente —principio de individualidad— el carácter general de difundibilidad de los mensajes. La primera y principal de las facultades que integran el complejo derecho de autor —derecho reconocido también en el artículo 20— es la de «decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma» (artículo 14, 1.º). Es decir, la facultad cardinal de difusión lleva implícita la facultad de no difusión en términos absolutos o facultad de inédito; y, en términos relativos, la facultad de no difusión en determinado medio, tiempo y lugar. La otra facultad que recorta individualmente el principio de generalidad es la de

«retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales», mediante el cumplimiento de determinadas condiciones que no son ahora del caso (artículo 14, 6.º). Esta última facultad apenas tiene importancia en algunos medios, como la prensa diaria, porque sus mensajes pierden la vigencia en un período de tiempo muy corto. Pero sí en otros, como el libro, en el que el informador puede recopilar trabajos periodísticos cuyos derechos de autor no pierde por el hecho de su publicación en el medio en el que presta sus servicios laborales o en el que eventualmente colabora de manera espontánea o a petición del mismo medio.

En uno y otro caso, en virtud de un derecho tan individual como es el de creación intelectual, se viene a cercenar, libremente, la difundibilidad de unos mensajes.

No existe contradicción entre el principio de generalidad y el de individualidad, si nos fijamos en que este último se funda en la facultad de difusión, una de las que integran el derecho a la información. Es una confirmación del principio de generalidad, que implica coherentes excepciones. Las que están imperadas por el principio de individualidad pueden imponerse al interés del mensaje para el público. El Proyecto de Directiva de la Radiodifusión europea, en un artículo que fue suprimido posteriormente, establecía una jerarquización, que parece acertada: 1.º) En primer lugar operan las facultades morales del autor, derivadas directamente de la de difusión: la de inédito y la de arrepentimiento. 2.º) Después, el derecho del público a la información, que incluye el derecho a beneficiarse de las producciones culturales, artísticas o científicas, conforme al artículo 27, 1. de la Declaración de Derechos Humanos de 1948. 3.º) En tercer lugar, las facultades creativas de los autores.

4. No todos los mensajes son iguales

Hemos dicho que la variedad de los mensajes es ilimitada. Esto es así porque apenas pueden encontrarse mensajes puros o simples, que supongan la manifestación de una sola realidad. Sin embargo, el artículo 20 distingue tan sólo tres tipos de mensajes: el de pensamientos o ideas; el de opiniones; y el de informaciones, que hay que tomar en el sentido de mensaje de hechos. El Tribunal Constitucional, a través de numerosas Sentencias, ha reconocido esta trilogía, aunque —como ha quedado dicho y criticado— considera que este último tipo de mensajes —el mensaje de hechos— es objeto de un derecho distinto.

Ni está descaminado el artículo 20, 1., ni en lo aceptable, lo está la posición del Tribunal al señalar tan sólo tres tipos de mensajes entre los múltiples que son posibles. Lo que ocurre es que nuestro artículo 20 se refiere a los mensajes más simples, en oposición a los que con ellos se pueden componer. Algunos de estos mensajes compuestos están tipificados por la doctrina, la jurisprudencia o la ley, como el mensaje publicitario o el de relaciones públicas. La ilimitación posible de los mensajes se da en los no tipificados. El Tribunal Constitucional reconoce, también a través de numerosas Sentencias, la existencia de estos mensajes compuestos. Pero los reduce a una especie de combinación física entre mensaje de hechos o noticia y mensaje de juicios. Al mensaje de ideas apenas si le ha dedicado atención. Y la solución que ha dado a estos mensajes complejos es la de que hay que atender al que es preponderante (por todas, Sentencia 6/1988 de 21 de enero). Esta solución, de aspecto meramente cuantitativo, peca de excesivamente simple

y no resuelve todos los problemas que se plantean al informador en su trabajo. Los mensajes simples no entran de la misma manera en cada mensaje complejo, sino que en cada uno de ellos ejercen una función especial, como puede comprobarse por la comparación de los dos mensajes tipificados y como veremos en el mensaje de opinión. Es necesario tener en cuenta no solamente la cantidad, sino también la cualificación en que el mensaje simple viene a formar parte del compuesto o complejo.

Lo que puede deducirse de todo lo dicho es que existen mensajes simples, aunque sea muy difícil encontrarlos puros en cualquier información. Que, por eso, es necesario analizar los mensajes compuestos, tipificados o no, para encontrar los tipos de mensajes simples que se dan en todo caso. Que hay que estudiar la naturaleza de la materia de cada mensaje simple, aunque sea con planteamientos extrajurídicos, para poder determinar su naturaleza jurídica. Que esta naturaleza, con arreglo a una concepción realista del Derecho, nos dirá el régimen que debe tener cada mensaje simple. Y, aplicando este régimen a los mensajes compuestos o complejos —en la dosis y cualidad en que entren los simples—, encontraremos la solución deontológica y jurídica a los problemas que plantea cada uno de los ilimitados mensajes de la realidad informativa.

La división dicotómica y tajante de lo que se puede comunicar, se encuentra en la diferencia de los dos mundos en que vive toda persona: su mundo exterior y su mundo interior. Todo mensaje posible, en un último análisis, provendrá de dentro o de fuera del informador. No parece existir una tercera alternativa. Siendo esto así, estuvo acertado el legislador constituyente al distinguir la comunicación de ideas o pensamientos —según se tome en cuenta el efecto o la causa— en su apartado 1, a); y de hechos en el apartado 1, d).

Pero, además, el apartado 1, a) cita también como objeto las opiniones, a las que tanta importancia ha dado el Tribunal Constitucional como tales mensajes. Pero, si nos fijamos, la opinión ya no es un mensaje simple, sino el más simple de los complejos, porque consiste en la aplicación de una idea a un hecho para valorarlo. Ahora bien, el mensaje de opinión ha de ser tenido en cuenta por su frecuencia y por ser la base del pluralismo.

La trilogía constitucional resulta, pues, acertada. Como es lógico, la Constitución no puede entrar en el detalle de la naturaleza de cada mensaje: le importa solamente reconocer de un modo genérico el derecho al mensaje o derecho a la información. Al Tribunal Constitucional y a las alegaciones que ante él han hecho los contendientes, se les ha impuesto la realidad de este reconocimiento. No siempre, sin embargo, han acertado en sus planteamientos y resoluciones porque han desconocido la verdadera naturaleza de cada uno de los tres tipos de mensajes y los efectos directos que de ella se derivan en el campo jurídico y profesional. Hay que detenerse en la determinación de esa naturaleza o, lo que es lo mismo, en el constitutivo esencial de cada uno de los mensajes.

5. Los hechos son los hechos

Prescindiendo de otras cuestiones laterales, vamos a tratar del mensaje que recoge y transmite la realidad del mundo exterior del informador. Este es el mensaje «de hechos». Entre muchas Sentencias, así lo llama una de las más recientes: la 172/1990 de 12 de noviembre. A la expresión «hechos» hay que darle todo el alcance posible: hechos, actos, acontecimientos, sucesos, datos, actuaciones, acti-

tudes, etcétera, incluso otras informaciones ya publicadas aunque no constituyan mensaje de hechos. Es decir, aunque sea repitiendo la idea originaria: todo lo que sucede o está en el mundo exterior al informador o, lo que es lo mismo, todo lo que no procede de su mundo interior o interiorizado.

Cada uno de los dos tipos de mensajes simples tiene una naturaleza conforme a la realidad que pone en forma y difunde. Parece que existe acuerdo en que la naturaleza o constitutivo esencial del mensaje de hechos —que en términos técnicos llamamos noticia—, es la verdad, entendiendo por tal una aceptable adecuación entre el hecho y el mensaje difundido o noticia. Mirando las cosas tan sólo desde un prisma jurídico —que no puede dar resultados diferentes a los que se obtendrían a través de otros prismas—, el acuerdo resulta evidente. El hombre tiene el derecho a participar. La participación exige una previa decisión. La decisión, para ser acertada, implica conocer la realidad tal como es. El dar conocimiento de esa auténtica realidad es informar. El no darlo, o dar un conocimiento contrario, supone desinformar.

La desinformación por la no verdad de los hechos comunicados es un valor informativamente negativo, a diferencia del silencio que puede tenerse como un valor cero en la escala de la información. De aquí se obtiene ya una primera conclusión que viene a certificar lo dicho en torno a la libertad informativa. Cuando las leyes, o los tribunales o las empresas o el público o la misma conciencia profesional condenan la no verdad informativa no van contra la libertad de expresión, ni contra la de información. Van contra la violación del derecho a la información, cuyo libre ejercicio no puede destruir la esencia de su objeto, que es como destruir el derecho mismo y, en consecuencia, la libertad de su ejercicio. El exigir la verdad en la noticia no es una limitación. La expresión «noticia falsa» supone una contradicción entre sus dos términos. La comunicación de una falsedad, como si se tratara de algo verdadero, ni siquiera merece el nombre de mensaje.

Es necesario que puntalicemos más porque no se trata de la verdad en abstracto, sino de la verdad informativa en concreto. La información ha de ser verdad y nada más que la verdad. Pero no puede ser toda la verdad por razones de tiempo, de espacio y de capacidad de los medios; y por las limitaciones naturales de percepción y de expresión de la persona humana en cuyo género se incluye el informador. De aquí que se haya dicho en un párrafo anterior que se trata de una «adecuación aceptable». Esta adecuación significa, ni más ni menos, que el mensaje de hechos no puede consistir en la «no verdad». Por lo demás, la parte de verdad que se comunique en cada mensaje dependerá de elementos no constitutivos, pero sí necesarios, de la noticia, como puede ser la actualidad o una de sus facetas que es el interés.

5.1. La información «veraz»

El párrafo 1, apartado d) del artículo 20 exige que la información de hechos que satisface el derecho al mensaje sea «veraz». Más propio hubiese sido hablar de «verdadera», pues la veracidad, en su sentido estricto, es el hábito de decir siempre la verdad. Y el artículo 20 se refiere al mensaje y no al deber del informador. En líneas generales, el Tribunal Constitucional en las Sentencias que se han referido a este tipo de mensajes, ha seguido la idea y el término constitucionales. En todas ellas ha exigido el requisito de veracidad, en tanto en cuanto que el mensaje no estuviese compuesto también de opiniones. Pero al Tribunal, dada la ambiva-

lencia del término «veraz», le ha faltado precisión alguna vez. En la Sentencia 20/1990 de 15 de febrero, por ejemplo, dice inexactamente que la libertad está «condicionada» por la veracidad. Ya hemos visto que no es así, sino que la veracidad o, más exactamente, la verdad es la misma sustancia de la noticia y, por tanto, lo que satisface el derecho al mensaje de hechos.

La cuestión no tiene solamente un valor teórico. Ya lo vimos al tratar del concepto que el Tribunal Constitucional ha exteriorizado con respecto al derecho de rectificación. Pero hay otras consecuencias. El Tribunal no ha estado muy firme en sus criterios de exigencia de la verdad. En unas Sentencias exige, sin más, la veracidad de la noticia, en contraste con otros tipos de mensaje, especialmente la crítica (Sentencia 105/90 de 6 de junio como paradigmática); o se deniega el amparo porque el recurrente alegó que había dicho cosas distintas a las que se probaron en juicio que dijo y que no eran verdaderas (Sentencia 38/1985 de 8 de marzo). En otras resoluciones se dice textualmente que «la regla de veracidad no exige que los hechos o expresiones contenidos en la información sean rigurosamente verdaderos» (Sentencia 172/1990 de 12 de noviembre); o que «las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre» (Sentencia 6/1988 de 21 de enero).

En la Sentencia 172/1990, mientras que el Tribunal condena el que las fuentes de la noticia no hayan sido precisadas, se admiten las «hipótesis y conjeturas» en la acusación de los hechos, sin advertir que las causas de los hechos son también hechos en el sentido amplio de lo que ocurre fuera del informador.

La Sentencia 171/1990 de 12 de noviembre pone en entredicho el criterio del Tribunal Supremo, según el cual hay que evitar las «alusiones reticentes o insidiosamente sensacionalistas». Pero, en realidad, el sensacionalismo es una forma de falsear la realidad, sobre todo cuando se da en la titulación de la noticia, destacando un elemento poco importante de ella, o falseando incluso su contenido. En cambio, la misma Sentencia acierta al oponerse a la declaración del mismo Tribunal Supremo según la cual hay que tener en cuenta «la forma en que la comunicación se hace o la información se presenta al público en general». Si la forma se refiere a la presentación sensacionalista del hecho, no se trata de forma, sino de componente del mismo mensaje; si la forma se entiende como el medio de comunicación, no afecta al mensaje o, lo que es lo mismo, todo mensaje no verdadero lo es, cualquiera que sea la forma de su comunicación.

El no profundizar en el constitutivo esencial del mensaje fáctico ha llevado al Tribunal a no hacer algunas distinciones que hubiesen resultado necesarias para motivar sus resoluciones. Así, no ha visto clara la diferencia que existe entre la corrección o incorrección de un mensaje, y la responsabilidad del informador, que depende de la actitud subjetiva que éste ha adoptado en la puesta en forma del mensaje. La verdad es protegible y exigible siempre y, por tanto, el mensaje de hechos es falso —cualquiera que haya sido su proceso de elaboración— si no refleja los hechos. Prueba de ello es que la repetida Sentencia 172/1990 mantiene que la información puede lesionar cuando el mensaje no se ajusta a la realidad aunque el informador no haya mentido.

5.2. Engaño y error

La cuestión hay que centrarla en que la falta de verdad en la noticia tiene una doble causa: el engaño y el error. El informador no puede engañar y, en conse-

cuencia, es responsable siempre por su conducta dolosa o intencionada en no decir la verdad del hecho que ha percibido.

En cuanto al error, ya sea en la apreciación, ya sea en la comunicación del hecho, hay que distinguir que sea superable o que no lo sea. Si el error no fuere superable, el informador no debe responder por la comunicación no verdadera. Si fuere superable, y a pesar de eso se ha producido, es exigible la responsabilidad porque la difusión de la no verdad denota que ha existido negligencia o falta de diligencia suficiente en el que informa. Encuadrados de esta manera los conceptos, cobran todo su sentido los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Los resumimos según el texto de las últimas Sentencias, que recogen toda una línea jurisprudencial, decantada sobre todo a partir de la 6/1988 de 21 de enero: la regla constitucional de la información veraz «impone un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de su veracidad, en el sentido de que la información rectamente obtenida y difundida es digna de protección aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado, debiéndose, por el contrario, negar la garantía constitucional a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas» (Sentencias 171 y 172/1990 de 12 de noviembre).

Información veraz significa, para el Tribunal, «información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa», por lo que existe «un especial deber de comprobar la veracidad de los hechos que se exponen, mediante las oportunas averiguaciones y empleando la diligencia exigible a un profesional» (Sentencia 105/90 de 6 de junio). El Tribunal insiste en la valoración subjetiva de la verdad y no en la objetiva, a partir de la cual debiera sopesar las eventuales responsabilidades del que informa.

5.3. La objetividad

También es necesario puntualizar un concepto importante para la profesión informativa, que el Tribunal roza sin profundizar debidamente en su verdadera dimensión. Es el tema de la objetividad. Es corriente que impropia se refiera la objetividad al mensaje e, incluso, al medio. Por el contrario, la objetividad es un acto o un hábito del informador. A diferencia de lo que ocurre con la verdad, la objetividad tiene vinculación directa con el sujeto. Consiste, en definitiva, en que el informador cumpla con el deber de despojarse de todo elemento subjetivo para aprehender el hecho tal como es y comunicarlo tal como lo ha aprehendido. Se ha dicho, por eso, que, como el que informa es un sujeto, la objetividad no es nunca posible y, por tanto, no es exigible. A ello hay que responder que tampoco la justicia, por ejemplo, es conseguible enteramente por el hombre, lo que no le dispensa de tender a ser justo. Justicia, objetividad y otros muchos actos y hábitos, son en la persona humana valores tendenciales. El informador tiene el deber de ser lo más objetivo posible y de adquirir, de manera progresiva, el hábito de la objetividad. Entendida así, la objetividad es exigible siempre deontológicamente. Pero jurídicamente lo es tan sólo aquel grado de objetividad cuya falta o mengua trasciende de manera evidente a la noticia difundida.

Vistas así las cosas, el Tribunal Constitucional hace bien en separar la comu-

nicación de hechos de la de juicios y mucho más en el caso extremo de la crítica. Pero se equivoca cuando rectifica al Tribunal Supremo que ha exigido «asepsia» en la noticia y ha considerado que la comunicación de hechos ha de hacerse «de forma objetiva y neutra como noticia». El juzgador constitucional insiste: «Para el Tribunal Supremo, el derecho de la información constitucionalmente protegido incluiría sólo la exposición escueta y objetiva de hechos, pero no el análisis, el enjuiciamiento o la valoración de esos hechos, ni tampoco la posibilidad de formular conjeturas o lucubraciones explicativas a partir de unos determinados hechos» (Sentencias 171 y 172 de 12 de noviembre de 1990). La falta de acierto de este texto quizás hay que buscarla en la posición dualista del Tribunal, que considera el derecho a la noticia como un derecho independiente del de expresión. Así, se queda muy estrecho el campo que el Tribunal Constitucional se ha delimitado a sí mismo bajo el nombre amplio de derecho a la información. Y tiene entonces que forzar el objeto haciendo entrar en él lo que constituiría otros objetos diferentes de los hechos externos.

5.4. La prueba de la verdad

Un último tema ha dejado sin resolver el Tribunal Constitucional: el de a quién corresponde la carga de la prueba de la verdad o no verdad en la información de los hechos. La Sentencia 107/1988 de 8 de junio, por ejemplo, se desliga del tema con la fórmula «independientemente de la parte a quien incumba su carga». El tema habrá de replantearse al tratar de los delitos contra el honor. Aquí basta con recordar que la carga de la prueba incumbe a quien afirma algo y no a quien lo niega. La prueba de una negación —pongamos, como ejemplo, «no soy estafador»— es imposible, ya que exigiría comprobar que no he cometido ninguna estafa desde que tengo uso de razón. Los clásicos le llamaban, por eso, prueba diabólica. El que afirma que soy un estafador habrá de probar que, por lo menos, he cometido una estafa en mi vida. Mientras no lo pruebe, operará en mi favor la presunción de inocencia y también en favor del afirmante hasta que se demuestre que no lo ha podido probar porque es falso.

A diferencia de lo que por algún sector de la doctrina se ha afirmado, este tema de la prueba de la verdad de los hechos nada tiene que ver con el secreto profesional informativo, puesto que este secreto se refiere a las fuentes y no a los hechos.

6. La comunicación de las ideas

La comunicación de hechos o del mundo exterior va dirigida al conocimiento y, aunque es necesaria para tomar decisiones, éstas operan ya con posterioridad e independientemente de la comunicación fáctica.

La comunicación del mundo interior del informador tiene, en cambio, una trascendencia mayor. Dejando aparte la comunicación de la Ciencia que puede incluirse en la «libertad de Cátedra» del apartado c) del párrafo 1 del artículo 20, las restantes maneras de comunicar las ideas tienen un efecto trascendente porque van dirigidas a la voluntad. La comunicación de ideas políticas, por ejemplo en un mitin, se dirige a captar afiliados o a conseguir votos para la candidatura del partido de que se trate. Por eso se ha dicho, con razón, que la comunicación

ideológica es persuasiva, atrae voluntades con fuerza psicológica. Y por eso, además de persuasiva, la comunicación ideológica es naturalmente expansiva, ya que cada persuadido se convierte en un foco potencial de persuasión.

Esta trascendencia de la comunicación ideológica hace que se le haya mirado con desconfianza por el poder y que, sin embargo, se haya hecho uso de ella desde el poder. En un régimen democrático, la comunicación de las ideas no merece un trato distinto de la que corresponde a cualquiera de los demás objetos del derecho a la información: es decir, un trato correspondiente a su propia naturaleza, a su elemento esencial. Lo que ocurre es que este elemento es, quizá, menos evidente que el de la noticia.

La comunicación ideológica no se dirige, por su misma naturaleza, al conocimiento, sino a la voluntad. Pero la voluntad es una potencia ciega. Necesita la luz de la inteligencia —que significa elegir entre— para que la libertad del hombre opere y no sea movida por una fuerza que ni siquiera se percibe como operante. El Tribunal Constitucional no ha tenido ocasión de declararse acerca de este último tema. Una demanda de amparo le planteó la cuestión de la comunicación subliminal, pero el Tribunal no creyó oportuno referirse a ella.

6.1. La verdad operativa

La libertad de elección —que debe respetarse siempre en el receptor— tiene como origen la libertad del emisor. A esta libertad sí que se ha referido el Tribunal Constitucional, como veremos a continuación. Pero una vez más hay que recordar que la libertad informativa se da cuando se respeta el constitutivo esencial del mensaje. Un mensaje que se dirige a la voluntad, y que previamente ha de ser filtrado por el entendimiento, es un mensaje que debe contener una verdad. Una verdad que, en este caso, no es una verdad lógica, cognoscitiva o de adecuación —como ocurre con la verdad de los hechos—, sino una verdad operativa, una verdad práctica. La verdad equivale al bien, a lo que es bueno. El bien, por otra parte, es lo que atrae psicológicamente. Con lo que el plano psicológico, el gnoseológico y el informativo coinciden en que la verdad práctica es el constitutivo esencial de la comunicación ideológica.

De ahí que, en este tipo de mensajes, no se considere como libre ejercicio del derecho a la información la comunicación de la falsedad práctica, del mal con apariencia de bien. Uno de los redactores de la Constitución había señalado, con anterioridad a su publicación, que la comunicación ideológica ha de respetar el bien común, el orden público, el derecho ajeno y la moral vigente. Habría que añadir también el concepto de paz, que, en su nivel más positivo, abarca el acatamiento a la Constitución, sin perjuicio de disentir de ella y de procurar su reforma por los procedimientos que la misma Constitución establece.

El Tribunal Constitucional nunca se ha referido directamente a la verdad operativa como elemento esencial de la comunicación ideológica. Pero lo ha hecho cuando ha condenado a algunos males que, a través de la información, se han podido difundir.

La consideración de la verdad operativa no admite un contraste real e indiscutible como el que hemos visto que tiene la verdad en la comunicación de hechos. Primero, por la apreciación distinta que puede tener cada persona respecto a lo que es bueno. Segundo, porque nunca podremos saber si el que lleva a cabo una comunicación de ideas nos está transmitiendo lo que efectivamente piensa u

otra cosa distinta. De aquí que en la comunicación ideológica se exija, en lugar de la objetividad, la sinceridad. Pero esta exigencia —a diferencia de la de la objetividad, que admitía una graduación— es absoluta y tan sólo puede ser moral, no jurídica. Porque el Derecho no entra en la interioridad del hombre, sino que se reduce a regular sus acciones externas y los efectos de estas acciones.

No es extraño, por tanto, que, a pesar de que en un régimen pluralista democrático se produce la libre circulación, discusión y confrontación de ideas —o quizá por eso—, el mensaje de ideas haya sido el mensaje que menos ha tenido ocasión de tratar el Tribunal Constitucional. Tan sólo una Sentencia reciente, la 20/1990 de 15 de febrero, se ha ocupado de problemas sustantivos en relación con el tema. A ella nos vamos a referir en los párrafos siguientes, a no ser que expresamente citemos otras que han tratado de manera incidental algún problema conexo. Como la Sentencia 122/1983 de 16 de diciembre, que clarifica que «el Derecho no puede entrar en el ámbito del pensamiento en tanto no se manifieste en conductas externas».

6.2. El principio de libertad

El Tribunal Constitucional sigue fiel a su idea de que la comunicación ideológica, o derecho a la libertad de expresión, es algo distinto a la libertad de información, o comunicación de hechos. Ello le permite establecer que la libertad de expresión es más amplia que la de información (Sentencias, por ejemplo, 107/1988 de 8 de junio y 51/1989 de 22 de febrero).

El fundamento próximo del derecho a la comunicación ideológica lo encuentra el Tribunal en el párrafo 1 del artículo 16 de la propia Constitución: «Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de cultos de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.» Sin perjuicio de volver sobre el texto, nos interesa ahora subrayar las primeras palabras del artículo 16, que vienen a ser —como ha visto el propio Tribunal— complemento de los «valores superiores» del ordenamiento jurídico, propugnados en el artículo 1, párrafo 1 de la Constitución: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Con las mismas palabras del Tribunal Constitucional, es preciso que «a la hora de regular conductas y, por tanto, de enjuiciarlas, se respeten aquellos valores superiores sin los cuales no se puede desarrollar el régimen democrático».

La «máxima amplitud» que hay que otorgar a la garantía de la libertad ideológica viene causada, además, por lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 10, que, aunque el Tribunal no detalle demasiado, hay que referir, sobre todo, a la dignidad de la persona, al libre desarrollo de la personalidad y a los derechos inviolables que le son inherentes como fundamentos, entre otros, del orden político y de la paz social.

Por otra parte, el derecho garantizado en el artículo 16 es fundamento, según el Tribunal Constitucional mantiene acertadamente, de otros derechos y libertades, entre ellos el reconocido en el artículo 20.

La libertad ideológica o el derecho a la libertad ideológica ha constituido una proclamación unánime de toda Constitución democrática o liberal, incluso de alguna no democrática. Pero, haya sido o no sincera, la proclamación de la libertad ideológica ha venido a constituir, en el fondo, una declaración vacía de sentido. Toda persona, por aherrojada y encadenada que esté, piensa lo que quiere. No

está pensando, sin embargo, en este aspecto pasivo el Tribunal, sino en el activo. Y en esta dirección, la libertad ideológica únicamente adquiere sentido si se la conecta con sus «manifestaciones», como hace el artículo 16 refiriéndose a la libertad religiosa, y como hace también el artículo 20, 1, a) de la Constitución.

6.3. Libertad y verdad operativa

Pero la extrapolación del problema desde el artículo 16 al 20 origina problemas que el Tribunal Constitucional ha visto y planteado. «No se trata, naturalmente, de que la libertad ideológica en su manifestación externa a través de un artículo periodístico pueda ser utilizada para eludir los límites que a la libertad de expresión impone» el artículo 20 en su párrafo 4. Pero la visión globalizada —continúa el Tribunal— de ambos artículos y de los límites que ellos establecen ha de servir también y principalmente para determinar si la «faceta injuriosa» del artículo «puede o debe desaparecer ante la protección a la libertad ideológica del autor que consagra el artículo 16, 1. de la Constitución». «Hay, pues, que partir de este derecho fundamental y no entenderlo simplemente absorbido por las libertades de expresión e información (*sic*) del artículo 20.» La libertad ideológica es preciso que no tenga más limitación, «en singular», que el orden público protegido por la ley. Pero esta limitación no puede hacerse coincidente con los límites del párrafo 4 del artículo 20.

Aquí se advierte claramente una tendencia jurisprudencial a favorecer la libertad de expresión ideológica. Y eso que el problema planteado en la Sentencia 20/1990, de la que estamos tomando textos e ideas, se refería a un supuesto de injurias al Rey por las que el Tribunal Supremo había condenado y a cuyo recurrente el Constitucional concede el amparo.

La tendencia favorecedora de la comunicación de ideas, en sí misma considerada, es plausible, prescindiendo ahora de entrar en el caso concreto de la Sentencia y de la solución que se le dio. Pero el Tribunal no ha enfocado bien el problema por lo que, una vez más, ha tenido que dar un rodeo para llegar a una solución que le ha parecido justa, entre otras cosas, por la desorbitada pena de presidio mayor que el Código penal establece para este tipo de delitos y que el Tribunal Supremo se limitó a aplicar. Basten unas observaciones para poner de relieve el desenfoque del análisis del Tribunal Constitucional.

La primera es que el Tribunal no advierte el fondo y el contenido del derecho, no a la libertad de pensamiento, sino de la comunicación de ese pensamiento. La segunda —que queda aplazada, en su estudio detenido, para el capítulo siguiente— es el no comprender que los derechos «inherentes» a la persona humana no admiten «limitaciones» externas, ni en el artículo 16, ni en el 20. Por eso, el Tribunal —al no comprenderlo así— se ve obligado a barajar estas falsas limitaciones para descartarse de las que más molestan, con el fin de obtener una solución que le parece justa. La tercera es la duda de si «el mantenimiento del orden público» —del que habla el artículo 16— es una «limitación» referida a cualquier tipo de libertad ideológica; o si esta «limitación» sólo se refiere, en concreto, «en sus manifestaciones», a la libertad de culto, exteriorización de la libertad religiosa. En buena lógica jurídica, en la duda, habría que restringir el alcance de esa mal llamada «limitación». Por otra parte, por orden público puede entenderse el orden meramente externo, o el conjunto de convicciones que rigen en la comunidad. Desde el momento en que aquí se ha hablado de «manifestaciones» parece

que el legislador se ha referido, en el párrafo 1 del artículo 16, al primer significado. Pero la difusión de ideas, en general y no referidas tan sólo a las manifestaciones producidas por la libertad de culto, puede también ir contra las convicciones sociales, como veremos a continuación.

En definitiva, no parece acertado que el Tribunal Constitucional haya sentado como doctrina general el que la comunicación ideológica —a la que hay que reconducir la libertad ideológica jurídicamente, es decir, en su manifestación externa— no tenga que atenerse a la verdad operativa que, como hemos reiterado, es su constitutivo esencial. Por el contrario, en otras Sentencias que han abordado temas colaterales del derecho a la comunicación ideológica, así lo ha visto implícitamente.

La doctrina jurídica y deontológica han considerado contrarios a la verdad operativa, la pornografía, la violencia y el terrorismo. La doctrina deontológica ha considerado contraria al derecho a la información la comunicación inmoral, en general. Y la doctrina jurídica, por su parte, ha considerado contrarias a nuestro derecho la comunicación de ideas que tiendan a subvertir de manera ilegal el orden, unas veces de manera amplia, como orden jurídico, otras de manera más estricta, reducida al ordenamiento constitucional y a la paz.

Algunos de estos temas han de ser objeto de estudio en el capítulo siguiente. Aquí nos referiremos tan sólo a los que ha tenido ocasión de resolver el Tribunal en relación con la comunicación ideológica.

6.4. La moral

Uno de ellos es la moral. Si la comunicación ideológica difunde y propaga la verdad operativa, este tipo de mensajes tiene que ver con la moral. Una moral entendida, no como un límite que cerca la comunicación ideológica, sino como un ambiente que ella misma crea. La moral no es un límite para el legislador, sino que es la ley la que, al insertarse en un orden moral, se constituye de este modo en uno de los fundamentos de este orden moral.

El Tribunal Constitucional no lo ha visto así en las escasas ocasiones en que ha tenido que enfrentarse con el tema. La Sentencia 62/82 de 15 de octubre afirma que «el concepto de moral puede ser utilizado por el legislador como límite de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 20».

Por otro lado, parece que al Tribunal Constitucional sólo se le han planteado casos de moral sexual. El caso de más consistencia tiene que ver con la pornografía. A diferencia del erotismo, la pornografía tiene ya, en su misma etimología, un sentido denigratorio de la persona humana, es una deshumanización del sexo, trata a la persona humana como un simple objeto. El Tribunal Constitucional no lo ha entendido así por aferrarse a la idea de la moral como límite. En la última Sentencia citada, dice el Constitucional: «Partiendo del artículo 20,4. de la Constitución y de la legislación posconstitucional como es la Ley 1/1982 de 24 de febrero, hay que deducir que la pornografía no constituye para el Ordenamiento jurídico vigente, siempre y en todos los casos, un ataque contra la moral pública en cuanto *minimum ético* acogido por el Derecho, sino que la vulneración de ese *minimum* exige valorar las circunstancias concurrentes y, entre ellas, muy especialmente al tratarse de publicaciones, la forma de la publicidad y de la distribución a los destinatarios —menores o no— e incluso si las fotografías calificadas de contrarias a la moral son o no de menores, pues no cabe duda que cuando los destinatarios

son menores —aunque no lo sean exclusivamente— y cuando éstos son sujeto pasivo y objeto de las fotografías y texto, el ataque a la moral pública y, por supuesto, a la debida protección a la juventud y a la infancia cobra una intensidad posterior.»

No se sienta así —en relación con la pornografía— más jurisprudencia que el casuismo; quizá hubiera sido posible iluminar más y mejor la cuestión, remitiéndose a la necesidad —en los mensajes ideológicos— de su constitutivo esencial, en lugar de analizarlo a la luz de los límites del artículo y resolverlo, en último extremo, en una auténtica línea de fuga, en relación con la protección constitucional a la juventud y la infancia.

En otro aspecto, la Sentencia 87/1987 de 2 de junio determina que «la calificación de una película como de “arte o ensayo” o su identificación con el signo “X” corresponde al Estado». Pero no por razones que tengan que ver con la calidad o características del mensaje, sino por «una serie de efectos de carácter fiscal cuya adjudicación no puede realizarse sino de una manera uniforme en todo el territorio», conforme se establece en la citada Ley 1/82 de 24 de febrero. La Sentencia tiene, en cambio, un pronunciamiento importante: considerar que el cine, además de ser un instrumento de cultura, es un medio de comunicación social.

6.5. Violencia y terrorismo

El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado acerca de la violencia. Pero sí del terrorismo. En la Sentencia 159/1986 de 12 de diciembre distinguió entre la acción constituida por los comunicados terroristas —cuya autoría y carácter apologetico no puso en duda— y la acción de reproducirlo en un periódico, como noticia relativa a su existencia, sin juicio de valor alguno. Por otra parte, piensa el Constitucional que, al interpretar el Tribunal Supremo la Ley penal, sin tener en cuenta el artículo 20 de la Constitución, establece un límite incompatible con el artículo 20 y extiende las normas penales sobre autoría de manera analógica e inadmisibles, si se hace con abstracción de que el informador asuma o no comparta la actividad delictiva.

También en este caso el Tribunal Constitucional llegó a una conclusión aceptable, pero el razonamiento no es válido si se tiene en cuenta que el delito terrorista es un delito informativo que busca el que sus hechos y sus ideas encuentren una caja de resonancia en los medios de comunicación para —a través de la difusión social del terror— paralizar los resortes democráticos de participación de los ciudadanos en la vida pública.

6.6. Constitución y Estatutos de autonomía

En razón de esa participación, es posible el disenso ideológico con la Constitución y con las disposiciones que de ella emanan más directamente, como son los Estatutos de autonomía. La Sentencia 122/1983 de 16 de diciembre lo puntualiza con estas palabras: «La fidelidad a la Constitución y al Estatuto de Galicia pueden entenderse como el compromiso de aceptar las reglas del juego político y el orden jurídico existente en tanto existe y a no intentar su transformación por medios ilegales. La fidelidad, en esta línea interpretativa, no entraña una prohi-

bición de representar y de perseguir ideales políticos diversos de los encarnados en la Constitución y Estatuto, siempre que se respeten aquellas reglas de juego; y no supone, por tanto, una renuncia a las libertades individuales consagradas por la Constitución, ni a la libre crítica del ordenamiento jurídico existente, ni de los actos políticos que se realicen, ni a la libre proposición de nuevas leyes, ni a procurar la reforma de la Constitución o el Estatuto, tanto más, conviene subrayarlo, cuanto el contenido de la actual Constitución española es reformable, aunque el procedimiento para llevar a cabo esa reforma sea más o menos rígido, según la materia y ámbito a que afecte.»

La libertad ideológica permite pensar en contra del ordenamiento constitucional y, con más razón, del ordenamiento jurídico; pero no permite propugnar su modificación forzada o violenta, entendiéndose por tal la que no se ajusta a los procedimientos de reforma que la misma Constitución establece. Puede dar, por tanto, la impresión de que la fidelidad a la Constitución, exigida por el Tribunal, se reduce a la fidelidad al procedimiento de modificación que ella misma establece. Pero esta declaración ocasional del Tribunal, aunque es acertada, no supone esta polarización de la fidelidad, que se ha de extender, por ejemplo, también al respeto a los derechos humanos, precisamente porque el libre derecho a pensar y a expresar las ideas es uno de esos derechos, que ha de ser congruente con los demás.

7. Opiniones, críticas, juicios

7.1. Entre las dudas y las certezas

El apartado a) del párrafo 1 del artículo 20 habla de la opinión como uno de los objetos posibles del derecho. Opinión equivale a juicio, sentencia, dictamen o crítica. Habrá que referirse a esta última, que es una opinión especializada. El término más amplio, que abarca a todos los demás, es el de juicio. Pero el que emplea la Constitución y el Tribunal Constitucional, que la interpreta, es la palabra opinión. Ya hemos dicho que está justificada su mención porque es el mensaje más simple de los compuestos; porque los hombres nos expresamos continuamente a través de juicios, ya que la razón es una capacidad típica y exclusivamente humana; y porque la opinión tiene una importancia decisiva en un sistema pluralista y democrático. Hemos visto que el Tribunal ha insistido en este último motivo. Una Sentencia, síntesis expresiva de su idea, la 159/1986 de 12 de diciembre, dice así: «Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de un modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas.» El Tribunal tiene razón al hacer esta advertencia. Lo que ocurre es que no siempre diferencia debidamente la opinión pública en sentido subjetivo, o público opinante, y en sentido objetivo, o mensaje, que es el que aquí interesa. Y ello se debe a que no ha advertido que la infraestructura de la opinión se encuentra en los dos tipos de mensajes simples que ya hemos analizado: el mensaje de hechos y el mensaje de ideas.

Porque, efectivamente, el juicio u opinión, tomada esta última en un sentido objetivo o de mensaje, es de aplicación de una idea a un hecho o, lo que es lo mismo, la subsunción de un hecho en una idea, de la que se obtiene una conclusión, que es el juicio u opinión. Esta estructura real y dialéctica de la opinión nos lleva a deducir su constitutivo esencial y sus elementos.

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que la opinión se mueve entre dos extremos en que puede encontrarse la mente humana: la duda y la certeza. Si son relativamente pocas las certezas que el hombre puede tener y la duda es un estado angustioso, la opinión es el gran remedio contra la perplejidad que puede ser paralizante para el hombre. Hay dudas insalvables y sobre ellas no cabe opinión. Pero la mayor parte de ellas son salvables; y la concurrencia de opiniones en el mercado libre de la información permite al hombre optar por un juicio u otro, formular su propio juicio e ir depurando las opiniones para que se acerquen, en la medida de lo posible, a la certeza.

7.2. Juzgar con sentido común, con criterio

Si la opinión es un estado de la mente menos inseguro que la duda, es porque se apoya en dos pilares que deben su firmeza a distintas causas: los hechos, que han de ser verdaderos; y las ideas que el que juzga ha de tener claras y suficientes. Se equivoca, pues, el Tribunal Constitucional cuando justifica una opinión «sea o no exacto el hecho» (Sentencia 51/1989 de 22 de febrero). Acierta, en cambio, cuando fundamenta la opinión en ideas o «creencias» (Sentencias 20/1990 de 15 de febrero y 172/1990 de 12 de noviembre). Esta manera de pensar lleva al Tribunal Constitucional a considerar, de forma sostenida, que en el mensaje de juicios, no entra la condición de veracidad, puesto que la firmeza comprobable del hecho está sometida a la valoración que la idea haga sobre él y la idea es, por definición, libre (Sentencias 105/90 de 6 de junio y las repetidas 171 y 172 todas de 1990). Esta última, sin embargo, toma el efecto por la causa al decir que la veracidad no es exigible porque las opiniones no son susceptibles de verificación. No lo son, por el contrario, porque no es susceptible de verificación la idea. Lo que sí debe quedar claro —y se desprende del contexto de la jurisprudencia constitucional— es el principio de libertad de opinión. Principio que lleva a excluir del campo penal las opiniones, lo que también hay que elevar a principio. En el Perú, por ejemplo, se ha recogido en la misma Constitución: «No hay delito de opinión» (artículo 2.º, 20, e). El Tribunal así lo ha afirmado también, aunque con menos rotundidad, entre otras, en la Sentencia 20/1990 de 15 de febrero.

Hecho e idea, objetos ambos del derecho a la información, son los ingredientes que entran en la formación de la opinión, que merece el nombre de pública en cuanto que es publicada o constituye un mensaje. Pero uno y otro elemento no entran en una combinación física o desempeñando la misma función, sino uno como valorado y otro como valorante. La valoración es así necesaria para que haya juicio u opinión. Esta valoración puede ser distinta, aunque los hechos sean idénticos y la idea valorativa sea la misma. Es decir, a partir de determinada idea y de determinados hechos, todos ellos iguales, se puede llegar a distintas conclusiones. Lo que otorga a la opinión un campo de movilidad o de libertad, según se mire al mensaje o al sujeto que lo emite, todavía más extenso que el de la propia idea. Pero la valoración no puede ser caprichosa, sino hecha respetando lo que podríamos llamar sentido común y que, en términos más precisos, se llama criterio. El criterio en el juzgar es así el constitutivo esencial del mensaje de juicios. No puede hablarse de mensaje de juicios, en consecuencia, si se parte de unos hechos deformados que faciliten una conclusión interesada; o se juzgan esos hechos a la luz de una idea que no represente la verdad operativa; o se efectúa la opera-

ción del juicio sin criterio, por ejemplo, con «pre-juicio», es decir, con un juicio predeterminado; o se toma lo particular por lo general; etcétera.

7.3. Sentencias constitucionales sobre la crítica política

El Tribunal Constitucional apenas ha tenido ocasión de referirse en sus Sentencias al juicio u opinión genéricos; sí lo ha hecho a una especie de juicio u opinión que es la crítica y, más en concreto, la crítica política. La crítica supone un juicio especializado y causal. La crítica de arte, por ejemplo, supone en el crítico unos conocimientos especiales; y sus mensajes tienen que razonar causalmente el resultado del juicio, de modo parecido a como las Sentencias tienen que motivar sus fallos. Pero, desde el momento en que se establece el principio de participación, respaldado por el de no discriminación, se sobreentiende que todo ciudadano tiene ideas suficientes para enjuiciar los hechos de la vida pública porque a todos interesa. La crítica política es un derecho que se extiende, por tanto, a toda persona. Y, en concreto, un deber de los que informan a través de los medios.

Estas consideraciones han operado en el Tribunal en varias direcciones. La primera de ellas, la admisión de la crítica de los profesionales o de cualquier ciudadano en los asuntos que el Tribunal llama «de interés público» (Sentencias, entre otras, 104/1986 de 17 de julio; 107/1988 de 8 de junio; 51/1989 de 22 de febrero; 171/1990 de 12 de noviembre). La segunda que, partiendo de tal interés, «cualquier persona puede manifestar sus opiniones y hacer la crítica de una situación» (Sentencia 51/1989 de 22 de febrero). Ya hemos visto que es lícita la crítica al orden jurídico y a la propia Constitución. (Sentencia 122/83 de 16 de diciembre), lo que es compatible con su artículo 9,1. que ordena: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.» Con mayor razón, será posible la crítica de las Sentencias y resoluciones del mismo Tribunal Constitucional. La Sentencia 81/1983 de 10 de octubre exceptúa subjetivamente de esta regla general la crítica de un funcionario, aunque se haga en calidad de representante y autoridad sindical, cuando pone en entredicho la autoridad de los superiores jerárquicos y compromete el buen funcionamiento del servicio.

Siendo estos los criterios cardinales del Tribunal, derivan de ellos otros sucesivamente más concretos. La extensión de la crítica depende de que se trate de una persona pública o privada siendo mayor en el primer caso (Sentencia, entre otras, 171/1990 de 12 de noviembre), porque las personas que tienen o adquieren notoriedad se entiende que se someten a la crítica de sus conciudadanos (Sentencia 172/1990 de 12 de noviembre). En la misma Sentencia se hace, sin embargo, la salvedad de que el juicio no puede afectar a la estricta personalidad del personaje, aunque juegue un papel en la vida pública o sus actos tengan trascendencia e interés público.

Admitida la trascendencia de los hechos y la licitud de la crítica política por parte de cualquiera, se ensancha extraordinariamente el campo de la opinión, lo que debe mentalizar al juzgador penal, según el juzgador constitucional. Aunque resulta anticuada la motivación por el «animus criticandi» (Sentencia 20/1990 de 15 de febrero), se considera este «animus» implícito, cuando el mensaje es de opinión, lo que hace lícita la «crítica impersonalizada», cuando no se hacen imputaciones a personas singularizadas (Sentencia 107/1988 de 8 de junio). Hay que calificar la crítica de lícita o ilícita, no por palabras o por frases sueltas, sino en el

contexto y el conjunto del artículo sometido a la consideración del Tribunal (Sentencia 20/1990 de 15 de febrero). No se admite una crítica que se efectúe de una manera «desmesurada y exorbitante del fin en atención al cual la Constitución le concede su protección preferente» (Sentencia 171/1990 de 12 de noviembre); pero sí la crítica que se expresa con dureza (Sentencia 20/1990, recientemente citada); incluso «aunque la opinión emitida merezca los calificativos de acerba, inexacta e injusta», según la misma Sentencia. Esta última calificación, «injusta», resulta improcedente. Ningún mensaje puede llegar a resultar injusto, aunque sea immoderado. Cicerón lo dijo de manera ajustada: la injusticia daña, la immoderación molesta.

Pero las expresiones injustas o molestas se han de producir en relación con el mensaje crítico. Esta es la motivación clave en la Sentencia 105/90 de 6 de junio en la que se condenan las «expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas»; y las expresiones claramente ofensivas sobre supuestos defectos físicos, valía moral y capacidad intelectual de una persona, «que no tienen nada que ver con la crítica, por dura que sea, de su conducta, sino que aparecen como meras exteriorizaciones de sentimientos personales ajenos a la información».

Habrá que volver a algunas de estas resoluciones al tratar en concreto de la congruencia entre el derecho a la información y el derecho al honor y, en menor medida, con el derecho a la intimidad. Pero este planteamiento nos situará en otra perspectiva distinta, aunque no contraria, a la del mensaje de opinión que aquí nos ha ocupado.

Como el más sencillo de los mensajes complejos, el de opinión nos da una pauta de cómo habrán de ser valorados todos los innumerables mensajes complejos o compuestos que son posibles, con lo que se completa el tratamiento de «lo que» se comunica en la información conforme al principio de generalidad y a dos de los principios que engloba: el de individualidad y el de especialidad. Este último con la diferencia de tratamiento que merecen los mensajes según su especie: de hechos, de ideas y de opiniones. El Capítulo siguiente se dedica a estudiar el otro principio incluido en el más general: el principio de excepción.

IV. Los temibles «límites» al derecho a la información

1. El recorte de la libertad

Reconocer un derecho fundamental significa respetarlo en su libre ejercicio según su naturaleza y extensión. Protegerlo significa además, evitarle obstáculos, promoverlo, procurar su efectividad. Ver, en definitiva, que unos derechos son fundamento de otros como lo ve la Sentencia 20/1990 de 15 de febrero. Pero los poderes públicos y los poderes fácticos temen siempre al libre ejercicio de los derechos. Es frecuente que una ley dedique su primer artículo a proclamar una libertad y los restantes a restringirla. No en vano los juristas clásicos llamaban a estos mordiscos a las libertades, o a los derechos, reglas «odiosas».

Ya hemos hablado de la contradicción interna entre los párrafos 1. y 4. del artículo 20. Mientras el primer párrafo reconoce y protege un derecho, el cuarto se refiere a una libertad que se entiende concedida y, por tanto, se puede limitar. El párrafo 4. constituye como el mentís del reconocimiento que figura en el frontispicio del artículo 20. El que se sitúe en su comienzo la frase «Estas libertades tienen su límite», es como una invitación a considerar, en cualquier momento, que ha habido extralimitaciones, abusos, excesos o desvíos en el ejercicio de la libertad y, en definitiva, en la vigencia efectiva del derecho que previamente ha sido reconocido.

Se ha dicho, con razón y con razones, que la contradicción evidente entre ambos párrafos había que resolverla a favor del primero, teniendo por jurídicamente inexistente o no vigente el cuarto. Esta solución requiere una cierta profundización en la historia y en la naturaleza de la libertad de expresión y del derecho a la información. Al no hacerlo el Tribunal Constitucional, se han producido varias consecuencias. La primordial de ellas es que el Tribunal Constitucional ha admitido la existencia de «límites» al derecho humano a la información.

No obstante, la realidad —que se impone siempre— se ha encontrado de frente con esta admisión. La realidad natural del derecho ilimitable a la información y la admisión legal y jurisprudencial de unos límites al derecho han producido una desorientación en la jurisprudencia constitucional, que iremos advirtiendo a medida que se estudien los pretendidos límites. Desorientación que resulta peligrosa a la hora de aplicar las normas jurídicas a la realidad informativa, porque tal aplicación puede tener una valoración diversa, incluso por parte del mismo Tribunal. La existencia de Votos Particulares a algunas de las Sentencias que citemos demuestra que ni siquiera en el seno de la jurisdicción constitucional existe un criterio fijo acerca de estas potenciales tijeras del derecho, que son los límites. Y esto a pesar de que el Tribunal, acertadamente, ha enaltecido el que llama «cardinal requisito de la congruencia» (Sentencia 12/1982 de 31 de marzo).

2. Límites, no; excepciones, sí

Ya la palabra limitación es inoportuna. Todas las significaciones que da el Diccionario de la Lengua al verbo limitar coinciden en que se trata de una acción exterior a lo que se limita. Y un derecho «inherente» —por emplear un término que ya hemos visto que utiliza el Tribunal— a la persona humana, como es el derecho a la información, no tolera que nada ni nadie lo limite desde fuera. En el Capítulo anterior hemos visto que no deben darse comunicaciones que no son información, porque no se atienen a la naturaleza específica de cada mensaje y, en consecuencia, desinforman. La exigencia de que el mensaje sea fiel a su especie no supone limitaciones, sino ajuste de los mensajes a su manera de ser mensajes, que es lo que les hace aptos para informar y, en consecuencia, les hace legítimos.

Analizar la naturaleza de los mensajes era necesario para comprobar y poner en práctica el principio de especialidad. Pero el principio de generalidad implica otro principio que es el de excepcionalidad. Los mensajes, como objeto del derecho humano a la información, no admiten límites, recortes desde fuera; pero tiene excepciones que se basan, no ya en su naturaleza específica, sino en su propia naturaleza genérica: por ser derechos «inherentes» al hombre.

Las excepciones encuentran su razón de ser precisamente en la congruencia. La contraposición entre el párrafo 1. y el 4. del artículo 20 es una contraposición legal, no una contradicción jurídica. El Derecho en el sentido de ordenamiento jurídico se rige por la congruencia de las normas y, en razón de esa congruencia, es posible considerar —como hemos hecho— que el párrafo 4. no existe en el universo jurídico español.

Si esto es así para cualquier aspecto del Derecho, mucho más ha de serlo en materia de derechos fundamentales, que son los que afectan más directamente a la persona humana, titular y destinataria exclusiva del derecho. El Derecho objetivo es justo en tanto en cuanto contribuye a la realización del derecho subjetivo. La realidad y la Constitución nos dicen que existen bastante derechos fundamentales. Habría que añadir, como se ha hecho en algún dictamen del Parlamento Europeo, que su enumeración en las Constituciones y en las Declaraciones de Derechos no es, porque no puede ser, exhaustiva. Estos derechos conviven en la realidad existencial de los hombres. Precisamente su reconocimiento se corresponde con la necesidad existencial que la persona humana tiene de ellos. En virtud de la congruencia, esta coexistencia no puede ser polémica, conflictiva, ni aniquiladora. Pero el sesgo que tal coexistencia puede dar al derecho a la información, como a cualquier otro, no es un límite, sino una manera de ser de la que emanan unas reglas propias. La primera ya ha sido enunciada en el Capítulo anterior: lo general ha de interpretarse extensivamente; lo excepcional, restrictivamente.

3. Oscilación en el Constitucional

El Tribunal Constitucional no lo ha visto así en sus pronunciamientos. En muchas de sus Sentencias ha afirmado que «no existen derechos fundamentales ilimitados»; es decir, admite los límites (Sentencias 11/1981 de 8 de abril; 2/1982 de 29 de enero; 110/1984 de 26 de noviembre; etcétera). En otras, mantiene que «los derechos fundamentales no son absolutos» (Por ejemplo, Sentencia 159/1986 de 12 de diciembre). Incluso, cuando se refiere a la coexistencia de los derechos habla del «límite indiscutible» del derecho a la información (Sentencia 51/1985 de

10 de abril, entre otras). En una misma Sentencia habla de «conflicto» del derecho a la información con otros derechos fundamentales, y de que se produce «una concurrencia normativa, no de exclusión», de tal forma que tanto el derecho como los límites «vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente» (Sentencia 159/1986 de 12 de diciembre). En esa misma Sentencia, con un lenguaje que repite en la Sentencia 105/90 de 6 de junio declara que si no cabe considerar que sean absolutos los derechos y libertades contenidos en la Constitución, «tampoco puede atribuirse carácter absoluto a las limitaciones».

El Tribunal es, en cambio, consecuente con el principio de generalidad cuando mantiene en la misma Sentencia últimamente citada que, «como resultado de esa interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos».

Aquí, sin embargo, el Tribunal se sigue refiriendo a los límites externos, como hace en casi todas sus Sentencias: los límites —viene a mantener— están en la propia Constitución o derivan de una manera directa o indirecta de las normas (Sentencia 110/1984 de 26 de noviembre, por ejemplo).

Esto hace que la jurisprudencia constitucional tenga en su mayor parte un alcance tan sólo interpretativo de normas, y que incluso dé unas pautas generales y positivas para la interpretación de las normas, más o menos limitativas. Pero no ha entrado apenas en el problema de la coexistencia de los derechos, que es el problema de la naturaleza de sus objetos. Y, por lo tanto, no ha propuesto una solución radical al problema de cómo se produce la coordinación del derecho a la información con cada uno de los otros derechos fundamentales. Tal vez porque la contienda judicial lleva más al enfrentamiento que a la composición, no haya sido el campo más propicio para obtener clarificaciones de las realidades sobre las que los derechos recaen. El Tribunal ha insistido en sus Sentencias en la «indispensable interpretación» de las normas (Sentencias por ejemplo, 5/1983 de 4 de febrero o 20/1990 de 15 de febrero), pero no se ha referido a la naturaleza de los objetos de los derechos.

4. La información se impone

Desde una de sus primeras Sentencias, la 6/1981 de 16 de marzo, hasta la última publicada en 1990, la 172/1990 de 12 de noviembre, el Tribunal Constitucional ha sostenido, sin embargo, que el derecho del artículo 20 está «dotado de una eficacia que trasciende a la común y propia de los demás derechos fundamentales». Esto le da, según alguna Sentencia, una «eficacia radiante» (Así, Sentencia 107/1988 de 8 de junio). En otras Sentencias la sobreposición del derecho a la información se plantea frente a otros concretos derechos fundamentales, entre ellos el honor y la intimidad. La prevalencia del artículo 20 sobre los demás preceptos que reconocen derechos fundamentales, se basa en que la libertad de expresión es el factor de formación de la opinión pública, base del pluralismo, que es necesario para la democracia (Por todas, Sentencia 165/1987 de 27 de octubre). Todo esto es cierto. Pero si un derecho fundamental excluye a otro algo se resiente en la vida de las personas y, por tanto, en la vida jurídica. Así se producen distorsiones que, a veces, han llevado al Tribunal a desvirtuar normas en su aplicación, sin

considerarlas, sin embargo, contrarias a la Constitución. No existen «dudas sobre la constitucionalidad del precepto penal aquí aplicado. Sí entraña, sin embargo, la necesidad de que en la aplicación del mismo se deje un amplio espacio a la libertad de expresión» (Sentencia 121/1989 de 3 de julio).

Es indudable que el derecho a la información tiene, además de su vinculación personal, una trascendencia social o comunitaria. Pero no todo mensaje tiene relevancia para formar la opinión, cuyo constitutivo y estructura hemos estudiado. La opinión requiere, para formarse, una idea solvente, un hecho cierto y un criterio para deducir; y estos tres elementos no se dan conjuntamente en todos los mensajes informativos.

Otra cosa es que la comunicación sea necesaria para formar la comunidad y para sostenerla. Pero la comunidad no se sostiene tan sólo por la opinión pública, sino primordialmente por el orden. La opinión pública no puede ser contraria al orden. Y éste incluye la justicia, el respeto a todos los derechos y el respeto a la ley. El atropello de cualquiera de ellos destruye la comunidad. El reconocimiento de una función de interés público a la información no puede producir automáticamente la anulación de otros derechos individuales, por la sencilla razón de que su vinculación individual no los desarraiga de la sociedad. Por el contrario, la comunidad se fragua por esa doble proyección de la radicación personal. El ejercicio de un derecho en su circunstancia histórica no significa su aplicación caprichosa o en detrimento de otro derecho tan inherente a la persona humana como él. Por eso, no puede decirse —en fórmula cómoda, pero inoperante— que el ejercicio de un derecho termina donde empieza el otro. Ambos derechos y su correspondiente ejercicio han de contribuir al mismo tiempo al orden individual y social.

En una sociedad democrática el primer principio —sin negarle su importancia— no es el pluralismo, sino la justicia sin la cual no hay pluralismo posible. Los derechos fundamentales de la persona son componentes necesarios de una convivencia justa. El artículo 1, 1. de la Constitución no sólo propugna como valor superior del ordenamiento jurídico el pluralismo político, sino también la libertad, la justicia y la igualdad. No es extraño que un magistrado del Tribunal Constitucional haya dicho que la supremacía del derecho del artículo 20 no puede concebirse de manera tan absoluta que haga ilusorio el valor que la Constitución concede a otros derechos (Voto Particular del Magistrado Señor Díaz Eimil a la Sentencia 121/1989 de 3 de julio). Con la propia terminología del Tribunal, en la Sentencia 159/1986 de 12 de diciembre, se lee: «Tanto las normas de libertad como las limitadoras se integran en un microordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción.» Es necesario, por tanto, buscar criterios para la coordinación de derechos fundamentales que eviten la depreciación de algún derecho, lo que va en detrimento de todos los demás.

5. Los derechos son elásticos

Lo importante de los derechos, sobre todo de los derechos humanos, es el sujeto: todo derecho se constituye para el hombre. Cada derecho corresponde a la persona humana para algo y está estructurado en relación con su fin. Su estructura es un medio que no puede ser utilizado en contra ni en detrimento de su fin. Los fines del hombre son muchos y variados; pero todos tienen una común refe-

rencia, que es el hombre mismo. La imposibilidad de conflicto entre los fines se traduce en una imposibilidad de conflicto entre los derechos que los persiguen. La coordinación de estos derechos, por ser necesaria, es tan superior a la ley positiva como los derechos mismos que se coordinan. Se funda en la naturaleza —una vez más hay que decirlo— de la persona humana.

Cuando concurren dos derechos fundamentales ha de compaginarse su ejercicio teniendo en cuenta una cualidad atribuida por igual a todos los derechos subjetivos: su elasticidad. Dos derechos concurrentes son susceptibles de comprimirse recíprocamente, sin llegar nunca a anularse. De tal modo que, si uno de ellos desaparece porque no se ejercita o por otra causa objetiva, el otro recupera toda su dimensión. La «compresión», palabra y concepto que, en alguna Sentencia, emplea el Tribunal, es, en unos casos, mayor para un derecho y en otros casos mayor para otro. Determinar estos casos, en función de las naturalezas conjugadas de los derechos concurrentes, constituye la proyección del principio de excepcionalidad. A este efecto, se ha enunciado en la doctrina informativa unas reglas genéricas acerca de este juego de recíprocas compresiones, reglas que se reducen a dos: el principio de personalidad y el principio de sociabilidad.

5.1. Derecho a la información y derechos de la personalidad

Todos los derechos son de la personalidad. Los civilistas llaman, sin embargo, derechos de la personalidad a aquellos que están más directamente vinculados a la persona. La nomenclatura no es muy clarificadora. Pero la orientación que le han dado, sí. Como los derechos se dan para que la persona se realice plenamente, hay que atender —para determinar su dinámica compresora— a la mayor o menor proximidad o distancia al núcleo de la personalidad.

El derecho más próximo al núcleo de la personalidad es, con toda evidencia, el derecho a la vida. La muerte extingue la personalidad y el cadáver ya no genera derechos. Sin vida es inútil referirse a cualquier otro derecho. Es el derecho primordial del hombre. Pero cuando hablamos de vida no se trata de una vida vegetal, ni animal, sino de una vida humana que, para serlo, necesita rodearse de modo inmediato de otros derechos que son los que protegen la esencia del ser humano y sus más importantes cualidades.

Ser íntegramente persona o tener vida plenamente humana implica ser libre. El esclavo carecía de personalidad. Todavía hoy tachamos de falta de personalidad a aquel que no decide por sí mismo o está dominado por otro. Por lo que la libertad es un derecho de gran expansión. Si todo derecho se ejerce vitalmente, todo derecho ha de ejercerse libremente, para que sea eficaz de modo pleno, es decir, para que sea tal derecho. Esta libertad se conjuga, por otra parte, con la dignidad humana, que constituye la esencia de un derecho —el derecho al honor—, controvertido por incomprensido. La condición de persona exige también un círculo de vida exclusiva, que es la intimidad. Vida, libertad, dignidad e intimidad son los cuatro componentes de una auténtica personalidad y, por tanto, los cuatro derechos que hacen que el hombre sea persona.

El derecho a la información es también un derecho de la personalidad, aunque los juristas no lo hayan considerado así en sus clasificaciones técnicas. A través de él conocemos la existencia y ejercicio de los cuatro derechos enunciados y con ello la personalidad de nuestros semejantes. Es, efectivamente, el que permite al hombre relacionarse con los demás seres humanos. Es por tanto, el derecho

relacional que hay que situar en el límite externo de la personalidad, donde la persona humana traba contacto, pone algo en común, se comunica con los demás. Está por eso mismo, más lejos del núcleo personal que los cuatro derechos enunciados. Hay un derecho intermedio —el derecho a la propia imagen— que está en el camino que va del núcleo de la personalidad a su esfera relacional. Es comprensible que, a diferencia de otras Constituciones, la nuestra lo reconozca. Y está justificado —por sus características— que el derecho a la propia imagen varíe su fuerza de compresión según se atienda a su aspecto interno o al periférico de la personalidad.

Es oportuno volver a insistir en que la fuerza compresiva que cada derecho humano tiene no implica oposición entre ellos; oposición que no puede existir. La vida es necesaria para informar. También lo es la libertad. La información es uno de los atributos de la dignidad humana y, a su vez, contribuye a otorgar dignidad al hombre como ser personal y social. La intimidad es la fuente más abundante de los mensajes, incluso de los de hechos que, por la percepción, se interiorizan antes de comunicarse. La propia imagen sirve para la identificación de las personas, elemento importante de la información. No es, por tanto extraño que todos estos derechos estén reconocidos y protegidos en la Constitución al mismo nivel, en principio, de igualdad, aunque en un momento de confusión el legislador constitucional haya constituido a unos como «límites» de otros.

Hay también otros derechos, reconocidos constitucionalmente, que quedan fuera del ámbito de la personalidad y, por tanto, tienen una menor potencia compresora. Son los derechos de las personas sobre las cosas exteriores a ellas, sobre los bienes materiales. El principal de estos derechos en las Constituciones que proceden de la francesa de 1789 es la propiedad. De acuerdo con su naturaleza, el desecho de propiedad es el que debe comprimirse ante el derecho a la información. Este criterio de armonización tiene unas importantísimas consecuencias para la profesión informativa y para el sujeto universal, sobre las que no se ha recapacitado suficientemente. El tema no ha llegado a plantearse tampoco ante el Tribunal Constitucional.

Hay una cuestión relacionada con el haber patrimonial, que es la indemnización por lesión de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional se ha mostrado remiso ante las demandas de indemnización económica por daños patrimoniales o morales, asunto siempre dificultoso por la valoración de esos daños o el peligro de que se negocie con los derechos más personales. En la Sentencia 231/1988 de 2 de diciembre se fundamenta la abstención del Tribunal Constitucional en el hecho de que el Tribunal Supremo no había entrado en el tema de la indemnización, por lo que no había lugar a pronunciamiento sobre su procedencia y cuantía. Pero en la misma Sentencia se encuentra otra motivación más radical: la de que la obtención de una indemnización a favor de terceros ocurre fuera del área de protección de los derechos fundamentales encomendada al Tribunal Constitucional. Hay que tener en cuenta que aquí no se coordina solamente el derecho a la propiedad con el derecho a la información, sino también con los demás derechos de la personalidad eventualmente lesionados.

5.2. Derecho a la información y derechos relativos a la comunidad

La naturaleza relacional del derecho a la información determina su trascendencia social. Por eso, ha de coordinarse también con los derechos relativos a la

comunidad, porque afectan a todos sus miembros. Este es el llamado principio de sociabilidad.

En último extremo, todos esos derechos relativos a la comunidad pueden reducirse a uno: el derecho a la paz. Con ese nombre no aparece en la Constitución española; pero los autores que han tratado el tema consideran de manera unánime que el derecho a la paz está incluido en los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. A su vez, el derecho a la paz asegura el derecho al orden, a la seguridad jurídica, a la salud, etcétera. Todos los derechos de trascendencia predominantemente social se apoyan en el derecho a la paz.

En el derecho a la seguridad jurídica está incluida la presunción de inocencia que, por supuesto, se extiende a los Jueces y Tribunales, a las autoridades y funcionarios, y no solamente en los casos de los delitos «sino también de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio o limitativo de sus derechos» (Sentencia 13/1982 de 1 de abril). Presunción de inocencia que, incluso, existe en los delitos que se puedan cometer con los mensajes informativos, a pesar de que, según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la prueba está verificada por los ejemplares impresos del escrito o stampa y el molde de ésta (artículo 821), o —habría que añadir— la grabación de la emisión radiodifundida. El Tribunal, sin embargo, ha declarado implícitamente que la presunción de inocencia no debe aplicarse al supuesto de la responsabilidad civil por daños (Sentencia 44/1987 de 9 de abril).

Pero la presunción de inocencia recae también como deber sobre los informadores, dado que estimar cometido un delito no declarado como tal por Sentencia firme, puede suponer una falta de verdad y un ataque al honor del encausado. Está escrito por un buen periodista, prematuramente fallecido, el siguiente párrafo, publicado en 1985: «Las más espectaculares acusaciones públicas no se han producido en el territorio jurídico, como era lógico y natural, sino desde la prensa, que ha pasado así de ser el “parlamento de papel” a ser un “Tribunal de papel” que administra por su mano las tantas veces cruel y sumaria justicia de la publicidad.»

La paz, a diferencia de los derechos próximos al núcleo de la personalidad, ha de tomarse en relación con la peripecia histórica en que se vive. No es el mismo el peligro en un momento bélico, prebélico, de disturbio o de catástrofe, que en un momento de serenidad, sea en la comunidad nacional o en la internacional.

6. El balanceo

La falta de criterios de coordinación entre los derechos humanos, en la legislación y en la jurisdicción, ha llevado al Tribunal Constitucional a centrarse sobre todo en los criterios de interpretación de las normas legales sobre los derechos fundamentales. En esta tendencia, ha dado buenos argumentos, como el de que la interpretación de los derechos fundamentales «ha de hacerse considerando la Constitución como un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo con los demás: es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática». (Sentencia 5/1983 de 4 de febrero.) O que «la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos» (Sentencia 34/1983 de 6 de mayo).

Naturalmente, nuestro Tribunal Constitucional no ha podido hurtarse a la rea-

lidad, aunque en la comprensión e interpretación de esa realidad ha sido más bien restrictivo. Según el Tribunal, la interpretación «exige la existencia de alguna “res dubia” o de alguna variante admisible» (Sentencias 1/1989 de 16 de enero y 32/1989 de 13 de febrero). A la hora de dar criterios interpretativos —aparte del sentido restrictivo de las limitaciones—, el Tribunal Constitucional ha diferido a los Tribunales juzgadores la interpretación, caso por caso, el juego entre derecho y limitación. Es, si bien se mira, el empleo del método del «balancing» de la Jurisprudencia americana, mal importado por no bien comprendido. En primer lugar, porque allá se inserta en el sistema jurídico sajón, sistema predominantemente judicial; y, en segundo lugar, porque, los criterios, en este sistema anglosajón, han sido establecidos por los propios Tribunales, dado el valor del precedente judicial y las relativamente pocas numerosas disposiciones normativas escritas con que cuentan.

El balanceo, entendido por el Tribunal Constitucional como «necesaria y casuística ponderación» (por ejemplo, Sentencia 104/1986 de 17 de julio) o simplemente «ponderación», en otras resoluciones, resulta, entre nosotros, un método peligroso. En Sentencias de los últimos años, de los Juzgados de Instrucción y de las Audiencias provinciales, pueden verse casos de interpretaciones contradictorias y resoluciones dispares sobre los mismos supuestos.

No ha escapado a estas contradicciones y disparidades el mismo Tribunal Constitucional que, en torno a la ponderación, ha dictado Sentencias no del todo concordantes. El otorgamiento del amparo se basa, en alguna ocasión, no en «una discrepancia respecto a la ponderación de bienes y derechos fundamentales, sino en la inexistencia de tal ponderación por parte del Juez» (Sentencia 10/1982 de 31 de marzo). Este planteamiento merece un comentario. Lo que aprecia el Tribunal Constitucional es, ni más ni menos, la inexistencia de motivación suficiente en la Sentencia recurrida, pero no necesariamente una violación de un derecho fundamental, que no se sabría a cuál de los dos derechos «en conflicto» habría afectado. El Voto Particular a la Sentencia 121/1989 de 3 de julio acierta al decir que éste es un criterio formal evitable cuando se trata de potenciar al máximo los criterios materiales que permitan atribuir al derecho todo el contenido real que sea preciso para conseguir su efectividad; por el contrario, la ponderación explícita sólo puede concebirse como requisito formal si es subsanable y se anula la sentencia, retro trayéndose el proceso al momento anterior a su redacción; pero elevar el requisito formal a material supone un salto cualitativo difícilmente aceptable.

En otras Sentencias, el Constitucional ha juzgado la ponderación hecha por el Tribunal Supremo, que «se ha detenido más en las limitaciones de los derechos y libertades del recurrente que en el ámbito de la configuración de los mismos». (Sentencia 20/1990 de 15 de febrero.) En otras ocasiones, ha declarado que entra dentro de la jurisdicción del Tribunal Constitucional «revisar la adecuación de la ponderación realizada por los Jueces» (Sentencia, entre otras, 107/1988 de 8 de junio). En cambio, el mismo Tribunal ha sentenciado rigurosamente que no le corresponde, en el recurso de amparo, revisar la subsunción (Sentencia 51/1989 de 22 de febrero).

En otras Sentencias, finalmente, ha dado unos autollamados «criterios» (así la Sentencia 105/90 de 6 de junio), que no son sustantivos —lo que no quiere decir que sean injustos—, como el considerar que el texto condenado ha de ser interpretado en el conjunto del artículo periodístico del que formaba una parte mínima (Sentencia 20/90 de 15 de febrero). Quede para más adelante el criterio de sustitución del «animus» tradicional del Derecho penal por la causa de justificación

que ha venido a constituir el derecho a la información del artículo 20 y que actúa como eximente de la culpabilidad. Independientemente del juicio que merezca tal sustitución, hay que hacer notar que resuelve los problemas planteados ante la jurisdicción penal, pero no los que plantean las contiendas ante la civil, ni siquiera, en muchos casos, ante los procesos penales con repercusión civil indemnizatoria.

En resumen: el Tribunal Constitucional se ha movido hasta el momento en una imprecisión conceptual grande respecto a las ideas y hasta los términos informativos. Los conceptos jurídicos, que evidentemente ha aplicado y domina, se han desvirtuado porque su proyección no se ha hecho a través del prisma que ofrecen las realidades de la comunicación. Se puede decir que estos son conceptos extra-jurídicos; pero es el mismo Derecho —y no sólo la ley— el que remite a ellos y, en tal caso, se resisten a cualquier delimitación apriorística trazada desde el campo jurídico, sobre todo, cuando van adornados con bastantes matices de positivismo legal o jurisprudencial.

7. Llegó la Ley

Si los criterios de coordinación entre los derechos fundamentales estuvieran recogidos legalmente, el margen de interpretación, jurisprudencial o no, se reduciría; y, con ello, el riesgo de error. No quiere decir que la ley lo pueda resolver todo. Siempre hará falta una interpretación aplicativa a las diferentes situaciones, mucho más en un fenómeno tan cambiante y progresivo como es el proceso informativo, al menos en su aspecto técnico. Pero hay que repetir que la interpretación y aplicación de las leyes, en especial de las normas que a la información se refieren, no las hacen tan sólo los Jueces, ni siquiera los juristas, sino también los propios informadores que son los que, de modo inmediato, detectan los problemas en su continuo trabajo sobre el objeto del derecho a la información.

Pero también el legislador ha de partir de unos principios jurídicos claros, inducidos de la realidad o de la naturaleza —jurídica y extrajurídica— de aquello que regula. Y esto no ocurre así siempre. Cuando los proyectos de las leyes los redactan los técnicos, pueden ser más o menos acertados. Leyes hay que han salido de las Cámaras muy mejoradas en relación con su fase de anteproyecto. Otras, sin embargo, sufren las tensiones políticas que en el seno del poder legislativo inevitablemente se producen, incluso en materias que no son estrictamente políticas. En el Capítulo siguiente veremos ejemplos de estas desviaciones.

7.1. La protección civil del honor, la intimidad y la propia imagen

Aquí es necesario tener en cuenta un ejemplo cuya visión panorámica nos servirá como encuadre al estudiar, uno por uno, los pretendidos «límites» al derecho a la información, previstos en el párrafo 4 del artículo 20. Nos referimos a 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. Una Ley que no ha tenido mucha suerte en su gestación, en su formulación definitiva por las Cortes y en su aplicación. Vamos a reducirnos ahora a estudiar las causas de tan escasa ventura.

En primer lugar, desde el Proyecto —que, en su origen, fue encomendado a un prestigioso jurista que falleció sin llegar a redactarlo— hasta el texto definitivo aparecido en el «Boletín Oficial del Estado», se trasluce que se articuló teniendo

en cuenta el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal «recientemente aprobado por el Consejo de Ministros», dice el Preámbulo de la ley. Se trata del Proyecto aparecido en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» de 17 de enero de 1980, cuya paralización en el trámite parlamentario de presentación de enmiendas, y más tarde su retirada del Parlamento por el nuevo Gobierno de 1982, son conocidos.

Esto significa que la protección penal, en la que la Ley confiaba para un futuro que pareció inminente al propio legislador, no se produjo. Si la Ley quiso garantizar el flanco civil de los tres derechos a cuya protección se dirigía, se quedó protegiendo un ala de frente, cuando no había resto de frente cubierto. Se sabe que la protección penal de la intimidad apenas existe indirectamente en el Código penal que nos rige; que todavía es más deficiente la protección de la propia imagen; y que los ataques al derecho al honor sufrían también retoques en el Proyecto, que no llegó a ser Ley, con respecto al Código penal vigente. La Ley quedó así en el aire, como una parte descubierta de un edificio no terminado, difícilmente habitable.

La anécdota tiene importancia práctica, dado que, entre otras causas, la falta de protección penal ha hecho que el que se ha considerado lesionado en alguno de los tres derechos, haya tenido que acudir a la vía civil. Ciertamente que la penal es la vía extrema teniendo en cuenta la gravedad de los hechos; cierto también que la Ley no descarta la vía penal, que puede tener consecuencias también civiles. Pero estas certezas implican la existencia de una Ley penal concertada con la civil; lo que aquí no ha ocurrido.

7.2. Las críticas a la Ley

Como a los presuntos perjudicados litigantes les interesa relativamente poco el castigo del culpable y les resulta, en cambio, apetece la indemnización económica, la falta de protección penal de los derechos constitucionales protegidos ha actuado efectivamente como una de las causas que han provocado la inflación de demandas contra informadores y empresas informativas, dado el carácter solidario de la responsabilidad civil al que ya nos hemos referido.

En segundo término, el legislador ha confundido tres derechos, distintos en su origen, naturaleza y efectos, y los ha fundido en un sólo régimen, excepto en alguna norma concreta de la Ley, como el párrafo 2 del Artículo octavo, referido exclusivamente al derecho a la propia imagen. Una vez más, la realidad se impone y puede analizarse, norma por norma, para ver en cuál de los tres derechos ha estado pensando el legislador al redactarla. El texto legal refleja una preponderancia —cuantitativamente hablando— de la protección de la intimidad. Sin embargo, es el derecho al honor el que ha planteado más y mayores problemas. Lo que ha ocurrido es que, por estar regulado impropia y, esos problemas no han podido ser resueltos satisfactoriamente. La idea de «intromisiones ilegítimas», que preside todo el Artículo séptimo, es aplicable claramente a la intimidad; tan sólo analógica o metafóricamente al honor; en absoluto, a la propia imagen.

El hecho de que el artículo 18,1. de la Constitución garantice los tres derechos en un sólo texto y que el párrafo 4 del artículo 20 repita esta agrupación considerándola como «límite» al derecho a la información, no significa que sean derechos iguales, ni siquiera semejantes y, sobre todo, no significa un régimen común, se establezca en un solo cuerpo legal o en más de uno.

Otra cosa es que, en algunos supuestos, se lesione a la vez más de uno de los derechos. Pero esto puede ocurrir con otro derecho cualquiera, fundamental o no, reconocido en un artículo distante de la Constitución o extraconstitucionalmente. No justifica un régimen uniforme que dificulte la interpretación y la aplicación de la Ley. Y con ello la protección de estos derechos y la del derecho a la información, al que la Constitución ha planteado aquellos derechos como «límites».

Se ha dicho que la Ley es una norma de Jueces. En otras palabras, que exige también la interpretación, caso por caso, y que el balanceo no tiene tan sólo el sentido de ida y venida, sino que puede tener múltiples direcciones. Piénsese, por ejemplo, en que en el preámbulo de la Ley consta que la protección de los derechos a los que se refiere estará «determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la Sociedad... De esta forma, la cuestión se resuelve en la ley en términos que permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según los tiempos...» Lo que significa un peligroso campo abierto al arbitrio judicial, que va en perjuicio de los justiciables: puede verse en casos en que las dos instancias y el Tribunal Constitucional han tenido tres pronunciamientos diferentes.

La Ley 1/1982 nació, finalmente, con un condicionamiento que ha sido el motivo permanente de este Capítulo: el honor, la intimidad y la propia imagen aparecen en la Constitución, no sólo como derechos garantizados, sino como «límites» a otro derecho reconocido, como es el derecho a la información. Por eso, se ha podido decir, esquematizando un tanto las cosas, que la Ley está pensada, redactada y promulgada contra la información y, todavía más en concreto, contra los informadores. No es extraño que, desde diversos sectores se haya pedido su derogación en cuanto se sintieron los primeros efectos de su promulgación.

En los capítulos siguientes desglosaremos lo concerniente a estos tres derechos y a los demás «límites» del párrafo 4 del artículo 20. Sobre todo en las materias en las que ha entendido hasta el momento la jurisdicción constitucional. Quede ratificada aquí la idea de que el error de la Constitución no está en garantizar los derechos humanos, especialmente los tres que intenta proteger civilmente la Ley 1/1982, sino en complementar su garantía con una norma innecesaria, equivocada, que ha venido a enfrentar derechos que no pueden estar enfrentados.

V. Legislar como debe ser

1. La ambigüedad del pronombre «lo»

El primero de los mal llamados «límites» del párrafo 4 del artículo 20 es el «respeto a los derechos reconocidos en este Título». Ya hemos visto que este «respeto» ha de resultar mutuo, no puede ser tan sólo del derecho a la información con respecto a los demás. Aquí hay una muestra del temor que siempre han mostrado los legisladores frente a la información. Una visión armónica del orden jurídico no supeditaría un derecho humano a todos los demás. Tampoco lo contrario. Todos los derechos, especialmente los derechos fundamentales, humanos o innatos, se coordinan en la persona humana.

Hay derechos, por otra parte, en el Título I, que no exigen tener en cuenta las reglas de comprensión que hemos visto en el Capítulo anterior con respecto al derecho a la información. Así ocurre con el derecho de libre circulación o el de no sufrir sanción de privación de libertad por parte de la Administración civil. Lo que puede hacer la información con respecto a ellos es dar noticia de su violación o criticarla. Apenas nada más.

El legislador constitucional señaló en el artículo 20 como verdadero límite, no los derechos fundamentales que figuran en el correspondiente Título, sino «los preceptos de las leyes que lo desarrollen». El pronombre «lo» no puede referirse gramaticalmente más que al sustantivo «Título», y no es el Título como conjunto lo que las leyes hayan de desarrollar, sino todos y cada uno de los derechos contenidos en el Título, incluso los que, no estando expresamente contenidos, se consideran reconocidos en el Ordenamiento constitucional, como hemos visto que ocurre con el derecho a la paz. Esta ambigüedad, buscada o no de propósito, encierra el peligro mayor que puede verse a lo largo de los artículos de la Constitución: es una delegación en blanco en el Poder legislativo y en el ejecutivo para que delimiten el derecho a la información como quieran, prescindiendo incluso de escrúpulos jurídicos, por motivaciones exclusivamente políticas. Es decir, desvirtuando la propia Constitución.

2. ¿Hay garantías para este cheque en blanco?

Podrá decirse que el fenómeno no es nuevo. Y se dirá con alguna evidencia. Ya dijimos que la desviación parte del artículo 11 de la Declaración francesa de 1789. Nuestra primera Constitución, la de Cádiz de 19 de marzo de 1812, concedía la libertad de información «bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes». Pero el proceso ideológico y circunstancial en que esos textos

fueron redactados estaba ya superado por la mejor doctrina y afloró en la Declaración de Derechos Humanos de 1948. Una Constitución de 1978 no debería haber incurrido en esta involución histórica, con tanta trascendencia para el libre ejercicio de la información.

También se esgrime, para justificar este cheque en blanco, el párrafo segundo del artículo 10 de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, conocida como Convención de Roma, y promovida por el Consejo de Europa. Pero su texto, aparte de imprecisiones terminológicas y conceptuales, tiene un sentido de concreción —de límites a los límites—, que no tiene nuestra ambigua frase constitucional. Veámoslo: «El ejercicio de estas libertades, por cuanto implica deberes y responsabilidad, puede ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la Ley, que constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la fama o de los derechos de otro, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.» El párrafo aparece después de un primero en el que se reconoce el derecho a la información «sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras». Como puede observarse, las precauciones frente a los posibles abusos son totales. Y no hay que olvidar que el texto transcrito forma parte del Ordenamiento jurídico interno y es elemento primordial de interpretación.

Puede decirse, finalmente, que la misma Constitución establece resortes de seguridad, como lo es el que la Ley que regule derechos fundamentales ha de ser Ley formal y, además, orgánica (artículo 81) y que ha de respetar su contenido esencial (artículo 53). Más tarde veremos el alcance que a esta última norma ha dado el Tribunal Constitucional. Pero eso no quiere decir que el Poder legislativo y el ejecutivo observen estos resortes de seguridad. La mayor parte de las leyes postconstitucionales que han afectado a la información no han tenido la tramitación de leyes orgánicas. Las leyes que afectan a la radiodifusión de sonidos e imágenes están fundadas sobre la base de la concesión administrativa, cuando lo único que prevé la Convención de Roma, como caso límite, es «un régimen de autorización previa». Así podríamos seguir la enumeración.

Todavía hay otro aspecto grave. La Convención de Roma emplea la palabra Ley con mayúscula y así se entiende usualmente la ley formal. La Constitución utiliza la minúscula, introduciendo la idea de disposición legal en general, lo que incluye las disposiciones típicamente emanadas del Poder ejecutivo y de la Administración. Es conocido que el Real Decreto 2089/1984 de 14 de noviembre restringe extraordinariamente las previsiones de la Ley que desarrolla, que es la Ley 29/1984 de 2 de agosto de ayuda a Empresas periodísticas y Agencias informativas. Podríamos citar otros supuestos.

El Tribunal Constitucional no ha escapado al inadecuado planteamiento. La Sentencia 110/1984 de 26 de noviembre, que se remite a la 11/1981 de 8 de abril y a la 2/1982 de 29 de enero, confirma que los límites se encuentran unas veces en la Constitución, pero otras «derivan de una manera directa o indirecta de tal norma». La derivación solamente puede producirse por una disposición del rango que sea, tanto más inferior en rango cuanto más indirecta. En otras Sentencias, en cambio, se produce como una especie de reacción. Las Sentencias 6/1981 de 16 de marzo, 12/1982 de 31 de marzo y 94/1982 de 7 de diciembre dicen que el

derecho fundamental del artículo 20, del que gozan por igual todos los ciudadanos, los 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 admite». La Sentencia 35/1983 de 11 de mayo extiende la noción constitucional de «poderes públicos», que utiliza nuestra Constitución en diversos artículos, a todos aquellos entes que ejercen un poder de imperio, derivado de la soberanía del Estado. En este caso se extendía el concepto genérico de «Poder público» a Televisión Española, aunque a su estructura se le dé una forma propia de derecho privado a la que se someten sus actos empresariales. Por supuesto, se incluye al Poder judicial cuando sus Sentencias dan lugar en forma «inmediata y directa» a la situación que vulnera los derechos fundamentales (Sentencia 231/1988 de 2 de diciembre). Otra Sentencia adopta cautelas frente a la invasión del derecho fundamental, la 62/1982 de 15 de octubre, en donde se encuentran dos declaraciones de interés: que toda resolución que limite o restrinja el derecho debe ser necesaria para conseguir el fin perseguido; y que esta necesidad hay que exponerla a través de la motivación.

3. La información es también un derecho fundamental

Implícitamente, se haya dado cuenta de ello el legislador constitucional o no, al referirse a «los derechos reconocidos en este Título», como objeto de «las leyes que lo desarrollen», está incluyendo también las leyes que desarrollan el derecho a la información, pues el artículo 20 está incluido en el Título I.

La afirmación se confirma si tenemos en cuenta que, en la teoría de los «límites», éstos representan líneas comunes al derecho a la información y a los demás derechos. A efectos prácticos, si se piensa en que un derecho es limitable por disposición legal, da lo mismo señalar estos límites desde el área interna del derecho limitado o desde la exterior del derecho limitable. La delimitación señalará, en todo caso y en nuestro caso, las fronteras entre el derecho a la información y los demás derechos del Título I.

El Tribunal Constitucional así lo reconoce de un modo más o menos implícito. Aunque en la Sentencia 20/1990 de 15 de febrero evita entrar en los problemas de la legalidad penal ordinaria y se limita a examinar si se ha tenido en cuenta, en la Sentencia recurrida, el respeto al derecho a la información, en la Sentencia 51/1985 de 10 de abril considera que la legislación penal constituye una vía idónea para la regulación del ejercicio del derecho, siempre respetando su contenido esencial. La doctrina penal puntualiza que la Ley criminal debe operar como última instancia protectora de derechos y libertades, lo que constituye su función positiva; y no como límite natural de esos derechos y libertades, lo que constituiría una función negativa impropia del Derecho positivo.

Otra Sentencia, la 77/1982 de 20 de diciembre, tiene tres pronunciamientos interesantes con respecto a las funciones de los «poderes públicos». Primero, que el contenido del derecho a la información nace directamente de la Constitución y su titular no tiene, para ejercitarlo, que esperar a un previo reconocimiento administrativo. El ejercicio del derecho no exige con carácter general más que la pura y simple abstención por parte de la Administración, y sin que ésta lesione previamente tales derechos faltará el presupuesto necesario para que la pretensión del reconocimiento sea exigible jurídicamente. Nada habría que objetar si no se hubiese dicho que el derecho tiene su fuerza en la Constitución. Tiene su fuer-

za originaria en su carácter de inherencia o, de modo mediato, en el reconocimiento que de este carácter hace la Constitución.

En segundo lugar, dice la Sentencia, que la ausencia de declaración por parte del Tribunal de instancia no lleva como consecuencia, ni la negación del derecho del demandante en vía de amparo, ni la afirmación de que las normas reglamentarias señaladas estén vigentes. Hay aquí un claro reconocimiento tácito de la limitabilidad por la vía estrecha —o amplia, según se mire— de los reglamentos. Reconocimiento que confirma la Sentencia 141/1985 de 22 de octubre, que dice claramente que el Tribunal es competente para enjuiciar los reglamentos en los casos en que violen derechos o libertades.

En tercer lugar, la inexistencia de lesión jurídica mediante el silencio administrativo o simple ausencia de respuesta de la Administración —en relación con un derecho fundamental cuyo ejercicio no requiere actividad alguna por parte de la Administración—, determina que, planteada una reclamación, los Tribunales no tengan por qué hacer declaración alguna de reconocimiento de tal derecho o libertad. Aquí, en cambio, parece reconocerse la fuerza intrínseca nacida de la misma naturaleza del derecho.

Ateniéndose a la letra y al espíritu de la Constitución, es claro que solamente por Ley formal y orgánica pueden desarrollarse los derechos fundamentales y, por tanto, el derecho a la información. Este modo de desarrollo tiene las ventajas que pueden atribuirse a toda ley. La primera es que, como dice un autor contemporáneo, la ley hace entrar en razón a quien la propia razón no lo consigue. Se está, con ello, recordando la definición clásica de ley como «ordenación de la razón». La segunda es que la Ley formal y, con mayor consecuencia, la Ley orgánica, está aprobada, en nuestro caso por las Cámaras, que derivan su soberanía «a través de una mediación más o menos larga, del propio pueblo» (Sentencia del Tribunal Constitucional 35/1983 de 11 de mayo). La Ley, por tanto, no sólo es necesaria, sino conveniente.

Pero el que cumpla estas dos condiciones tiene una doble serie de exigencias: positivas unas y negativas otras, que expondremos a continuación. El Tribunal, en cambio, no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de las carencias legales, es decir, de la desobediencia de los poderes públicos a la Constitución cuando, de una manera expresa o tácita, ordena que la Ley desarrolle un derecho enunciado. A esta carencia, cuando afecta a la profesión informativa, nos referiremos sumariamente.

4. Las leyes tienen límites

El perfil de las leyes de desarrollo del derecho fundamental a la información puede trazarse con unas líneas positivas que dejen entrever unos rasgos negativos. Unos han sido extensamente tratados por nuestro Tribunal Constitucional. Otros apenas rozados, son casi inéditos para el Tribunal. Comenzamos por los negativos.

El más excluyente es el de que los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I no pueden estar afectados por los Decretos-Leyes, conforme al párrafo 1 del artículo 86. El precepto es plenamente acertado. Pero es incongruente con que, en cambio, puedan ser afectados por un mero Decreto o por una simple Orden Ministerial. Incluso, a veces, lo han sido por una mera Resolución administrativa.

El segundo de los rasgos negativos, aunque la Constitución nada diga expre-

samente, es el respeto a los Tratados internacionales, especialmente a la Declaración de Derechos Humanos de 1948 y a los Pactos y Convenciones de ella derivados, aunque sólo sean de nivel regional, como la Convención de Roma antes citada. Es lógico que si están por encima de la Ley e, incluso, en cierto modo de la Constitución, no puedan ir en su contra. De otro modo perderían su característica constitucional de pauta interpretativa.

Párrafo aparte merecen las normas de la Comunidad Europea. Aun cuando su obediencia por todos los ciudadanos o tan sólo por el Estado, según la especie de normas, viene imperada por el Tratado de adhesión a los Tratados constitutivos de las tres comunidades y a sus modificaciones, ya las disposiciones comunitarias operan directamente y con prelación a las internas. El que este principio convertido en Derecho positivo sea difícil de lograr y difícil de comprobar, no significa que no esté vigente. En este momento, por ejemplo, está pendiente de regulación lo previsto en la Directiva 89/552 de 3 de octubre de 1989 sobre el ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, que debe estar cumplimentada, según ordena su artículo 25, a más tardar el 3 de octubre de 1991. La adaptación de la normativa interna a la Directiva llevará consigo la modificación de las Leyes vigentes que afectan a la radio y la televisión.

El tercero de los rasgos negativos, tampoco dicho por la Constitución expresamente, es que se promulguen las Leyes imprescindibles y que regulen lo imprescindible. En otro caso no podría ejercerse el derecho «libremente», como por dos veces se repite en el párrafo 1. del artículo 20.

El cuarto rasgo, ya aludido, es que el desarrollo ha de hacerse «sólo por Ley» (artículo 53,1.), que ha de ser precisamente Ley Orgánica (artículo 81,1.). No siempre se ha cumplido ni el uno, ni el otro requisito, a lo que ha dado pie la poco afortunada posición del párrafo 4. del artículo 20.

El quinto rasgo, al que el Tribunal ha dedicado más atención, es el que menciona también el párrafo 1. del artículo 53, según el cual la regulación de todo derecho fundamental «en todo caso deberá respetar su contenido esencial», es decir, el contenido esencial del derecho fundamental a que cada Ley Orgánica se refiera. El Tribunal Constitucional ha dado unos criterios acerca de lo que ha de entenderse por «contenido esencial», que son perfectamente asumibles desde una perspectiva jurídica y, en concreto, jurídico-informativa.

5. El contenido esencial de un derecho fundamental

Esos criterios son los siguientes: 1.º) Las sentencias, entre otras, de 4 de abril y 28 de julio de 1981, establecen que «constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin los cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a ser comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así».

Este juicio de reconocibilidad es el resultado de establecer «una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y... el metalenguaje o ideas generalizadoras y convicciones generalmente admitidas por los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho; estos pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo». El Tribunal tiene, como se ve, un cierto miedo a enfrentarse directamente con el tema de la naturaleza jurídica y da un rodeo técnico innecesario.

sario. Pero el resultado de aceptar este criterio es aceptable, mucho más cuando el Tribunal pondera los conceptos de los juristas, no los de los políticos que son más desvaídos.

2.º) Las mismas Sentencias resaltan el requisito de la necesidad, es decir, «aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección». Si esta condición de necesidad no se da, el derecho «pierde su peculiaridad» (Sentencia de 23 de mayo de 1984).

3.º) La Sentencia 67/1984 de 7 de junio establece el criterio sistemático, que «puede extraerse de la propia Constitución, en parte, interpretada de forma sistemática, dado que la misma es un todo en el que cada precepto adquiere su pleno valor y sentido en relación con los demás». En otra Sentencia, la de 14 de julio de 1981, generaliza más la inserción sistemática: «Los derechos fundamentales son, al mismo tiempo que derechos subjetivos de los individuos, elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado social y democrático de Derecho». Aparte de que, como hemos dicho, no toda información repercute, al menos directamente, en la opinión pública, aquí se muestra con clarividencia que todos los derechos, y no sólo el derecho a la información, contribuyen a constituir el Estado de Derecho sin el cual no se concibe el Estado democrático.

6. Los rasgos de toda Ley sobre la información

El Tribunal no ha desarrollado los factores positivos que deben vertebrar la ley informativa. Son reducibles, a nuestro entender, a uno solo.

La legislación positiva que regule el derecho a la información, además de asegurar el derecho, ha de ser promocional o tonificante. No sólo ha de evitar barreras, no sólo ha de allanar caminos, sino que ha de ser un motor que promueva la información. Y esto no por la causa exclusiva de que contribuye a la formación de la opinión pública, sino porque contribuye a la cohesión de la comunidad. Si bien no hay comunicación posible sin comunidad, no hay comunidad posible sin comunicación. Los clásicos, entre ellos Francisco de Vitoria, consideraban uno y el mismo el derecho a la comunidad y a la comunicación.

Conviene destacar, sin embargo, dos ideas deducidas de esta finalidad comunitaria de Derecho e información. La primera es la moda de la despenalización y de la desregulación. Siempre que se despenalice lo que nunca debió ser penalizado y que se desregule lo que nunca debió ser encorsetado, esta tendencia es correcta. La despenalización de otro signo —como simple moda— nos expone a propugnar —como ha dicho un autor contemporáneo— una progresiva supresión de delitos, no en el sentido de que dejemos de cometerlos, sino de que los cometamos impunemente. Desregular la información, cuando la regla sea tonificante, supone dejar la comunicación social desvertebrada. Lo que, si bien tiene una apariencia de favorecer la libertad del ciudadano, viene a favorecer, en resumidas cuentas, al poder público.

No hay que olvidar que, según las últimas tendencias en el estudio de las fuen-

tes del Derecho, la norma es sustancialmente un mensaje. Y el mensaje no debe ser, como hemos visto que viene a decir alguna Sentencia, un lenguaje críptico para iniciados, más propio del Antiguo Régimen o de la Ilustración. Todo mensaje, y señaladamente el mensaje de las normas, ha de tener un contenido y una expresión comprensibles para todas y cada una de las personas de la comunidad. En nuestro caso, principalmente, para los informadores que contribuyen, como ningún otro estamento, a la realización efectiva del derecho a la información y, con él, a la de todos los derechos fundamentales.

7. Principales temas que exigen una regulación

Pero las previsiones constitucionales no sólo pretenden garantizar el más pleno cumplimiento del derecho y su estímulo tonificante. Para eso ha de haber leyes. Y la Constitución, expresa o tácitamente, ha imperado el que el Poder legislativo las dicte y el Ejecutivo las proponga. No siempre ha sido obedecido su mandato. Sin la pretensión de hacer una enumeración exhaustiva, vamos a pasar revista a las principales disposiciones que se deberían promulgar.

7.1. Cláusula de conciencia

El artículo 20,1,d) ordena que la ley regule el derecho a la cláusula de conciencia «en el ejercicio de estas libertades». Tal ejercicio no puede ser sino el ejercicio profesional activo, no puede referirse al ejercicio del derecho a la información por el sujeto universal. La cláusula de conciencia, en su preciso sentido técnico, es una cláusula legal implícita en todo contrato de trabajo redaccional, conforme a la cual cuando la empresa periodística cambia la orientación ideológica del medio, el informador tiene derecho a abandonar la empresa y a una indemnización igual a la que recibiría de haber sido despedido injustamente. No vamos aquí a exponer toda la teoría de la cláusula de conciencia, pero sí parece oportuno señalar que un mal entendimiento de lo que la cláusula de conciencia es, se ha plasmado en las propuestas de ley que han llevado a cabo los grupos parlamentarios de partidos políticos de la oposición. Y también en una reclamación reciente de dos periodistas frente a su empresa. La cláusula de conciencia debe regularse conforme al ejemplo decantado por casi cincuenta años de vigencia y aplicación en el Derecho comparado.

7.2. Secreto profesional

La misma norma citada en el párrafo anterior ordena que una ley regule el secreto profesional, también en el ejercicio de estas libertades. Hay que decir lo mismo. El secreto profesional afecta, como deber y en consecuencia como derecho, tan sólo a los profesionales que han recibido y difundido una información. No afecta ni siquiera al Director y a la empresa, frente a la que cabe el secreto profesional informativo, conforme a la definición dada por el Consejo de Europa. Tampoco afecta por el mero hecho de ser profesional de la información, hace falta ser

el autor de la noticia, —eso sí— con la garantía de ser profesional de la información.

La Constitución trata de dos secretos profesionales: uno general en el artículo 24 y otro especial, que es el informativo. El secreto profesional general se refiere a hechos y puede obligar al informador como profesional que es: piénsese, por ejemplo, en las informaciones «off the record». El que aquí nos interesa no es un secreto referido a los hechos, que axiomáticamente ya están publicados, sino a las fuentes de la noticia, y se funda en el principio empírico de que fuente revelada es fuente cegada, lo que perjudica a la información misma. El problema del secreto profesional informativo es que, en los países en que no está regulado, se produce un conflicto entre la conciencia del informador, que le obliga a callar, y la ley procesal y penal que le obligan a declarar ante el juez cuando es llamado como perito o como testigo, considerando delito punible el no declarar. La ley de secreto profesional, aún contando con la benevolencia de algunos jueces, que lo han admitido incluso cuando no existía declaración constitucional, debería haberse producido con urgencia después de promulgada la Constitución, como garantía de seguridad jurídica para los profesionales. La urgencia es mayor cuanto más tiempo pasa.

7.3. El acceso a los archivos y registros administrativos

Hay una norma en la Constitución a la que no se ha concedido la importancia que tiene para hacer eficaz la facultad de investigación, quizá por su desplazamiento del lugar donde debería haberse incluido, que es artículo 20. Se trata de la contenida en el artículo 105, b), que ordena que la ley regule el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en determinadas circunstancias.

Visto desde la perspectiva de la Administración, se trata de lo que se conoce como transparencia administrativa, regulada en la mayor parte de los países democráticos y normada y recomendada por los Organismos supranacionales: ONU, UNESCO, Consejo de Europa y Comunidad Europea. El tema tiene importancia general, pero lo tiene específicamente para la profesión informativa por la importancia, como fuente, que tienen los archivos y registros de la Administración. La disposición cobra el mayor interés si se conecta con el deber asignado a los poderes públicos, en el artículo 46, de conservar y promover el patrimonio histórico y cultural, en el que se encuentran —entre otras instituciones— los archivos y registros públicos, que tantos despojos han sufrido. Hubo un intento de regulación del acceso en el Proyecto de Ley de Protección del Patrimonio artístico, que afortunadamente fue suprimido en la discusión parlamentaria porque suponía dejar las cosas como están.

7.4. Convertir todas las leyes de la información en leyes orgánicas

La mayor parte de las Leyes que han regulado el derecho a la información no son orgánicas, a pesar de lo que ordena el artículo 81. Su conversión en Leyes Orgánicas garantizaría y protegería el derecho a la información; y serviría para de-

purar su contenido, con arreglo a la naturaleza del derecho, a los Tratados internacionales suscritos por España y publicados aquí, y a las disposiciones de la Comunidad Europea. De esta forma existiría congruencia en nuestro Ordenamiento jurídico. Por recordar tópicos ya citados, es necesario acabar con el régimen de concesiones de las ondas radioeléctricas y con el régimen de servicio público esencial de la radiotelevisión, que debe ser puesta en consecuencia con la Directiva 89/552 de 3 de octubre sobre «la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva».

7.5. Libertad de creación de empresas y medios informativos

La Constitución no habla más que de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público. Es evidente que el libre ejercicio del derecho a la información requiere la libertad de creación de empresas informativas y la libertad de creación de medios de comunicación social. Así lo han reconocido las Sentencias del Tribunal Constitucional 6/1981 de 16 de marzo, 12/1982 de 31 de marzo y 74/1982 de 7 de diciembre. Esas mismas Sentencias, sin embargo, reconocen la necesidad de una Ley Orgánica que regule un determinado medio, la televisión. Se deduce de ellas que sería necesaria una Ley Orgánica estableciendo, sin trabas de ningún género, la libertad de creación y régimen de medios y empresas. La transparencia de las empresas informativas se ha de referir al sujeto universal, que tiene derecho a saber quién le informa, pero nunca establecerse como control administrativo.

7.6. Aclarar qué normas están vigentes

La Disposición derogatoria 3 de la Constitución contiene una cláusula general conforme a la cual se deroga cualquier disposición que se oponga a lo establecido en ella. La disposición es lógica, aunque innecesaria. Por su rango y por su fecha esta derogación tácita ha de producirse automáticamente. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 77/1982 de 20 de diciembre: «Las limitaciones establecidas en el ejercicio de un derecho por disposiciones legales o reglamentarias anteriores a la Constitución y contrarias a la misma han quedado derogadas de acuerdo con su Disposición derogatoria tercera, y todo ello sin necesidad de que el legislador, la Administración o los Tribunales, según los casos, hagan una declaración en tal sentido». Pero la Administración, los Tribunales y los mismos ciudadanos han de llevar a cabo una función interpretativa que puede no ser de idénticos resultados. El único que puede hacer una interpretación auténtica y, por tanto, válida en términos generales, es el Poder legislativo. Por eso la misma Sentencia añade: «Desde el punto de vista de la seguridad jurídica y para alejar cualquier eventual aplicación de las normas derogadas por la Constitución lo mejor es que exista una declaración expresa por el órgano competente en tal sentido». Debería efectuarse un repaso de toda la legislación informativa anterior a la Constitución, para dejar claro lo que está vigente y lo que no lo está, incluso para limpiarla de flecos que, no estando derogados expresa, ni tácitamente, han perdido sentido y no por eso han dejado de ser un peligro potencial, especialmente para profesionales y empresas.

7.7. Ordenar la profesión

Un supuesto específico requiere nuestra atención. Está constituido por los preceptos de la Ley de Prensa de 1966 que afectan a la profesión periodística (artículos 33 a 42), y por el Estatuto de la Profesión Periodística aprobado por el Decreto 744/1967 de 13 de abril que, según el texto del artículo 33 de la Ley de 1966, tiene carácter de Ley delegada. La profesión periodística y todas las profesiones informativas merecen una regulación precisa, dada su trascendencia social, la variedad de dedicaciones de que es susceptible y el número y formación de la mayor parte de sus miembros. Si el Tribunal Constitucional ha ponderado la importancia de la información, mucha mayor importancia tienen los agentes y creadores de la información, que son los informadores. El sofisma de que la profesión no tiene sentido porque el derecho a la información corresponde a todos, se deshace al pensar lo que ocurre en otras profesiones. El derecho a la salud corresponde a todos, pero la sociedad forma a unos profesionales, llamados médicos, que son los que hacen posible que el derecho sea plenamente eficaz. Recordemos lo que ya hemos dicho acerca de la delegación tácita del sujeto universal en el profesional, delegación o mandato que hoy está aceptada por todos, puesto que el ser en el Derecho se hace sobre la pauta del ser en el mundo. Hay otras razones. La implantación total de las libertades en la Comunidad Europea el 1 de enero de 1993, puede dejar inermes a los profesionales españoles frente a los de los demás países miembros. La regulación de la libertad de ejercicio de las profesiones se está haciendo atendiendo a dos criterios: la formación, que se pretende que sea uniforme, pero que sea; y el régimen jurídico de la profesión, que determina quién es profesional en cada país. Ya hemos visto que esta determinación está exigida también como premisa necesaria para establecer y regular determinadas instituciones, como el secreto profesional. Debe estarlo también para el desempeño de determinadas actividades informativas, redaccionales o no, con lo que, si son redaccionales, es también el primer paso para el establecimiento de la cláusula de conciencia.

Es necesario, también, dar una nueva redacción a las disposiciones que regulan el contrato de trabajo informativo, contrato especialísimo, aunque no lo haya considerado así el Estatuto de los Trabajadores. Además de lo ya dicho en relación con el medio, hay que tener en cuenta que la empresa informativa es lo que se ha llamado una «empresa intensiva en personalidad», ya que son las personas profesionales las que constituyen su más importante «capital», pues el «producto» que difunden es el fruto de prestaciones de personas debidamente capacitadas para producirlo. Para contratar el trabajo informativo, hay que partir de un lenguaje homogéneo que solamente pueden generar unas normas suficientes para garantizar una información recta, independientemente de las estipulaciones que añaden las partes.

Si esto es lo que debe ocurrir en el nivel individual, hay que decir otro tanto en el nivel colectivo. Los profesionales necesitan agruparse para defender y, sobre todo, promover la profesión como tal. Las Asociaciones de la Prensa nacieron con una finalidad asistencial y para constituir tales órganos profesionales. La primera finalidad la han realizado ejemplarmente en la mayoría de los casos y frente a los intentos de absorción —verdadera expropiación— que han tenido que resistir. Pero la agrupación profesional no se ha conseguido por razones históricas que no es necesario recordar. Sería conveniente volver a los orígenes y diseñar un modo de agrupación que potencie la energía individual. Es cierto que existen otras instituciones llamadas sindicatos. Pero éstas, aparte de la vinculación política que en-

tre nosotros han adquirido, tienen su finalidad circunscrita a la defensa del profesional en cuanto trabajador. La solución, en el ordenamiento jurídico español está en la institución del Colegio profesional. Profesiones con inferior nivel formativo y con escasa repercusión social lo han conseguido. No existe razón para que los profesionales de la información no se organicen colegialmente. El Colegio es el que puede garantizar el buen desempeño de la formidable arma que es la información; el que puede realizar un Código ético, que no debe ser impuesto por los poderes públicos; y el que puede contribuir a establecer un Órgano de autocontrol de la información que no sea un modo de heterocontrol disfrazado. Se ha dicho recientemente que, así como se ha puesto en los últimos años un gran esfuerzo por defender los derechos individuales, no ha ido respaldado por la defensa de los derechos de las instituciones. Con lo que el individuo queda aislado frente al poder, público o no, sin darse cuenta, además, de que las instituciones son permanentes y capaces de arrastrar una tradición de la que se benefician las personas individuales. Cuando la institución no existe, su primer derecho, si es de interés objetivo para las personas que van a integrar su colectivo, es el de existir, sin el cual no pueden desempeñar los demás. Da lo mismo que la competencia para la creación del Colegio sea estatal o de una Comunidad autonómica. Este segundo tipo de competencia es el que ha logrado dar el primer paso en la marcha hacia la colegiación.

Naturalmente, tanto la regulación de la profesión desde el punto de vista individual como colectivo, no puede venir tan sólo por iniciativa del legislador que, en muchos casos, se abstiene o, al menos, es lenta. Si miramos la historia de las instituciones informativas, veremos en su origen la gran potencia generadora que ha tenido la profesión periodística. Esta fuerza hay que ponerla en acto.

7.8. Reformar o derogar algunas normas

Finalmente, es necesario referirse a la reforma o derogación, en su caso, de la legislación informativa vigente y posterior a la promulgación constitucional. Citaremos solamente tres casos paradigmáticos.

a) El Código penal. Es jurídicamente triste que el Tribunal Constitucional tenga que buscar fórmulas, más o menos aceptables, a las que nos hemos referido, para conceder el amparo protector frente a determinadas Sentencias de instancia en las que la aplicación de la norma penal ha sido correcta, como reconoce el mismo Tribunal Constitucional que, sin embargo, la deja sin efecto. O el precepto aplicado del Código rige o está derogado tácitamente por la Constitución. No pueden admitirse situaciones ambiguas. Si la norma está derogada tácitamente se exige su reforma o su declaración de ineffectividad.

b) La Ley 29/1984 de 2 de agosto, de ayuda a Empresas periodísticas y Agencias informativas. El Poder ejecutivo afirma que tal Ley está en desacuerdo con las medidas de la Comunidad Europea. En parte tiene razón. Pero esto no significa que haya que dejarla como está y menos aún que no deban existir medidas de fomento —establecidas incluso por la propia Comunidad— como la protección del papel prensa. En cambio, debe derogarse expresamente, como contrario a la propia Ley, el Real Decreto 2089/1984 de 14 de noviembre, que la desarrolla; debe extenderse la protección a todos los medios, con arreglo a las características de cada uno; y debe regularse la publicidad institucional, como medio de fomento

que es, para que se difunda equitativamente, sin discriminaciones y sin preterir a los medios de escasa difusión numérica o geográfica.

c) Por último, hay que atender al clamor de la derogación 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. Ya se han dado razones y se seguirán dando en los capítulos siguientes para que no sea necesario insistir sobre ello ahora.

8. Vacíos, lagunas, vanos y agujeros

Aun suponiendo de una manera utópica que toda la labor legislativa propugnada, la que quede por propugnar y la que, durante el tiempo que esta reforma durase, se fuera planteando, el Ordenamiento presentaría siempre lagunas. Unas veces porque el mismo legislador las busca de propósito, como el arquitecto diseña los vanos de las ventanas; otras, por inadvertencia del mismo legislador que deja, sin querer, vacíos al hacer la regulación; otras, finalmente, que se presentan como agujeros o fallas tectónicas producidos por el desfase entre la realidad cambiante y la legislación estancada.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que es correcto hablar, en todos estos casos, de lagunas legales, pero no de lagunas jurídicas. Hemos insistido, como lo ha hecho el Tribunal Constitucional, en esa cualidad del Ordenamiento que se conoce como congruencia. Correlativa con ésta, existe una segunda propiedad a la que se llama *complitud*. El Ordenamiento es completo. Cuando existe una laguna legal o, como hemos visto, una contradicción entre leyes o en el seno de la misma ley, el Ordenamiento genera unos dispositivos a los que se conoce como principios generales del Derecho, que son principios de justicia, capaces de salvar el vacío que las disposiciones dejan.

Como principios de justicia, son principios de sentido común. Como principios técnico jurídicos, los va decantando la Ciencia y los consolida la Jurisprudencia. Como principios de justicia informativa, nadie mejor que los profesionales de la información para detectarlos y depurarlos. Más tarde pasarán a la legislación. Con lo que constituyen, en forma de razonamientos, usos, costumbres o prácticas, el gran depósito de donde obtener ideas, la fuerza social con eficacia normativa creadora. Entre la *praxis* profesional y su eventual transformación en ley, esos principios de justicia informativa pueden pasar por una etapa interesante, que es la del acuerdo en el seno del Colegio profesional, fuente importante del Derecho de la Información. El artículo 36 de la Constitución consagra no sólo la existencia, sino también la estructura y funcionamiento democráticos de los Colegios profesionales.

VI. El derecho al honor

1. Un solo nombre para significados diversos

El artículo 20,4. de la Constitución, después de señalar como «límite» los derechos reconocidos en el Título I, subraya: «especialmente», el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. A los tres primeros derechos, garantizados ya independientemente en el artículo 18,1., ha tenido ocasión de referirse el Tribunal Constitucional, aunque de manera cuantitativamente desigual. El que más atención ha precisado desde nuestro punto de vista, quizá porque es el que debe estar más coordinado con el derecho a la información, se llama genéricamente derecho al honor. La dificultad de su entendimiento ha producido en el Tribunal ciertas tentaciones de eludir su planteamiento: «La eventual lesión del derecho al honor que los particulares puedan cometer es tema respecto del cual este Tribunal no tiene que pronunciarse» (Auto 502/1986 de 11 de junio).

La mayor solicitud al derecho al honor, por parte del Tribunal, no ha estado acompañada de una clarificación de los textos constitucionales. Las causas de tal deficiencia son diversas. Una de ellas, el desconcierto entre el espíritu que el Tribunal asigna a la Constitución, y las leyes vigentes relativas al honor: el Código penal y la Ley 1/1982.

Otra causa es la falsa noción de «límite» u oposición entre dos derechos fundamentales, a la que ya nos hemos referido. El mismo Tribunal ha puesto de relieve la dificultad que plantea esta oposición en la Sentencia 51/1989 de 22 de febrero: «Si existe algo que no resulta evidente es, precisamente, la determinación de los límites entre libertad de expresión y derecho al honor.» Se puede decir que la no evidencia procede de una razón evidente: el honor no es un límite, sino un recíproco vitalizador de la información.

Pero, quizá, la causa más determinante de las oscilaciones del Tribunal Constitucional consiste en que la Constitución emplea un solo sustantivo —tanto en el artículo 18, como en el artículo 20—, el sustantivo «honor». El término honor designa, sin embargo, uno de los conceptos extrajurídicos más difíciles, a los que se remiten las leyes al acotar la realidad social para proteger a la persona. La tradición romana nos ha transmitido el postulado de que la ley no debe definir. Así es; y así lo hace nuestro texto constitucional. Pero los conceptos, depurados por la doctrina y la Jurisprudencia, constituyen el puente entre la noción legal y la realidad polivalente.

Antes de entrar en el examen de las Sentencias aplicativas de la Constitución,

hay que detenerse en señalar algunas de las acepciones del sustantivo honor, que tienen una relación mayor con la información.

2. El honor no tiene buena fama

Hay dos significados iniciales del concepto de honor. El primero es indivisible; el segundo, se diversifica en varios otros, algunos de los cuales se solapan entre sí.

2.1. Significado esencial

El primer significado, que se ha llamado significado ontológico del honor, clava sus raíces directamente en la dignidad de la persona humana a la cual solamente puede referirse. La dignidad natural del hombre, por el hecho de ser hombre o sustancia individual específicamente racional, requiere un respeto por parte de todos, al que llamamos honor. El requerimiento sustantivo del honor lo constituye en derecho. Derecho que es radicalmente igual para todos los hombres, desde el más heroico al más abyecto de los mortales. Renunciar a él sería tanto como renunciar a su propio ser natural. Atacarle supone ir contra la naturaleza misma.

En este sentido, ha quedado dicho que el honor está más cerca que la información del núcleo de la personalidad; y que el derecho al honor prevalece frente al derecho a la información. Este es el alcance del «respeto a la dignidad humana» del Artículo 12, a) de la Directiva sobre la televisión europea. A partir de esta idea, es correcta la afirmación del Tribunal Supremo de que el derecho del artículo 20 no debe prevalecer contra el derecho al honor (Sentencia de la Sala Primera de 23 de marzo de 1987); y no carece de razón la doctrina inicial del Tribunal Constitucional en igual sentido, mantenida en la Sentencia 120/1983 de 15 de diciembre y en los Autos 413 y 414/1983, ambos de 22 de septiembre y el 480/1986 de 4 de junio. También tiene razón la Sentencia 104/1986 de 17 de julio, al afirmar que el derecho al honor no es un límite, sino un derecho humano en sí mismo; aunque luego la Sentencia no sea consecuente con tal afirmación. Tampoco se equivoca de plano el Tribunal Constitucional cuando ha adoptado direcciones distintas, en cuanto se refieren a otros significados del honor. Pero a esta acepción natural, absoluta, ontológica y esencial debe el honor su poder de expansión y el que sea igual para todos los hombres, sin distinción, ni discriminación. Desde esta perspectiva no tiene sentido hablar de una «democratización» actual del honor.

2.2. Significado existencial

Un segundo significado, que podemos llamar existencial, operativo o moral, es el que surge, en varias direcciones, de los actos de cada hombre, especialmente de los actos repetidos hasta constituir un hábito o, en su acepción más natural, una virtud. La característica de esta segunda acepción es la radical desigualdad. Cada hombre, por estar dotado de plena libertad, es único, dueño de sus actos, responsable por ellos y merecedor de sus efectos personales o sociales. En esta acepción, no es el mismo el honor que corresponde al héroe, que el que corresponde al hombre corriente, que el que corresponde a un criminal. La absolutivi-

dad del sentido ontológico desaparece en este nivel operativo, que se hace flexible y más o menos susceptible de compresión cuando ha de coordinarse con el derecho a la información. Se plantea así una variedad de casos, que proceden de otras tantas precisiones conceptuales que es necesario desarrollar.

Por supuesto, el honor no es un valor directamente económico, pero es necesario —para comprender todo su alcance— valerse de una terminología que se aplica tradicionalmente en el Derecho patrimonial. De los dos significados básicos del honor, conjuntamente considerados, nace un concepto interesante que considera al honor como un crédito. Si el hombre es digno por naturaleza y depende de sus actos para hacerse digno operativamente, hasta tanto no haya exteriorizado estos actos, merece un crédito de confianza. Hay, por tanto, un derecho al honor que es el derecho a la confianza que todo hombre merece en tanto no la defraude. De otro modo, la vida en sociedad se haría imposible. El Código civil lo dice con otras palabras: «la buena fe se presume siempre» (artículo 434). La Constitución, como ya hemos visto, establece la presunción de inocencia en su Artículo 24,2., que no vincula tan sólo a los Tribunales.

El hombre puede defraudar la confianza que se le ha atribuido, como crédito; o puede mantenerse fiel a su dignidad natural. Si la defrauda por actos y por hábitos incorrectos, cae en descrédito —que es un modo de deshonor—, juzgable como demérito por su misma conciencia, y por el sentido crítico de los demás hombres. «El daño que el honor pueda sufrir... se origina en la propia conducta, y ni la Constitución, ni la ley pueden garantizar al individuo contra el deshonor que nazca de sus propios actos» (Sentencia 50/1983 de 14 de junio). Si se mantiene fiel a su dignidad natural, decimos que es un hombre honrado y, en casos notables, le atribuimos méritos y lo que llamamos honores. Estos honores se traducen a veces en atribuciones económicas, como los premios en metálico o en especie; determinadas pensiones extraordinarias; o los estipendios que, en las profesiones liberales —no mercenarias—, reciben, por tradición, el nombre de honorarios.

El hombre puede cambiar su actitud de defraudar el crédito de confianza. El cambio es el arrepentimiento, que el Derecho toma en cuenta a través de fórmulas como la rehabilitación, la reinserción, etcétera. En tal caso el crédito de confianza se renueva. También puede convertirse de honrado en lo contrario. Lo que resulta más grave que el deshonor inicial, porque la confianza en él ya no era un mero crédito, algo comprobable, sino algo probado.

El hombre bueno, recto, responsable, ha convertido, en efecto, el crédito de confianza en patrimonio moral. Los clásicos sostenían que el honor es algo más «nuestro» que los bienes materiales.

Hábito tiene la misma raíz que haber: la virtud aumenta el haber en el balance patrimonial, no económico, de la persona. En tanto en cuanto este valor del activo no se disminuya, hay también un derecho al honor que sigue al buen hábito como su sombra. Se ha dicho por algún autor que este sentido del honor equivale a poder. Más bien hay que decir que equivale a autoridad: es la autoridad moral que las leyes reconocen al «buen padre de familia», al «buen labrador», al «buen comerciante», al «hombre bueno», y que los deontólogos han atribuido al «buen informador». Como ocurre con el patrimonio material, el patrimonio moral es susceptible de perjuicios causados por terceros: es el daño moral. El problema del daño moral es que, a diferencia del material, resulta prácticamente irresarcible. Pero lo que interesa destacar en este momento es que el daño moral puede producirse en perjuicio del patrimonio moral. Y que, entre otros factores, puede originarlo la información.

2.3. Autoestima

La irrisarcibilidad del patrimonio moral estriba en la imposibilidad de su tación. Esto quiere decir que, sin perjuicio de su objetivación moralmente real, puede ser objeto de una doble estimación subjetiva.

Primera, por el aprecio que cada uno tiene de su propio honor en el activo de su patrimonio moral. Este es el aspecto que el Tribunal Supremo ha llamado «inmanencia o mismidad» del honor (Sentencia de la Sala Primera de 23 de marzo de 1987). El hombre tiene conciencia y, si está bien formada, sabe de qué bienes morales dispone, lo que genera su propia estimación o desestimación. Es a lo que se refiere, sin duda, el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, cuando se refiere «al propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento». Se ha considerado de modo distinto esta capacidad de propia valoración, que tiene el hombre. Hay que desechar la confusión, de parte de la doctrina y también del Tribunal Constitucional, que equiparan esta capacidad con la intimidad, aunque la apreciación pueda ser íntima. En los casos extremos se ha dicho que esta autovaloración es la humildad que produce la verdad; o que es la soberbia del que se toma a sí mismo como espécimen de perfección. Desde el punto de vista jurídico, éste es el pivote motivacional en que se apoyan las reclamaciones para restablecer el derecho al honor como resultado de la actuación humana. El hombre está legitimado siempre para defender su dignidad personal y, también, para defender su honor cuando lo cree lesionado conforme a su propia valoración.

2.4. Estima «en» la sociedad y «por» la sociedad

Pero hay también otra estimación posible, que es la que lleva a cabo la sociedad, y a la que el Tribunal Supremo, en la Sentencia últimamente citada, llama estimación de «trascendencia o exterioridad». También esta estima social adquiere dos niveles: la estima que se hace «en» la sociedad, o la estima que se hace «por» la sociedad. La primera es de gran interés porque significa una gran capacidad de comunicación, o, como se ha dicho, capacidad de atraer, de impulsar, de hacer partícipes a otros de la luz que irradia el honor.

Esta capacidad de comunicación, de hacer comunidad, es, desde el punto de vista social, equivalente en buena parte a la idea de servicio. El honor resulta así uno de los puentes de unión más fuertes entre la persona y la sociedad y uno de los instrumentos más eficaces en la constitución de la sociedad. Por tanto, el honor, en esta acepción, es cooperador con la información en la creación, conservación y consolidación de la comunidad social. En cambio, el Tribunal Constitucional considera que en los actos contra el honor, penalmente sancionables, pero realizados en ejercicio de las libertades de expresión e información, «se produce un conflicto entre derechos fundamentales» (Sentencia 107/1988 de 8 de junio). El conflicto es imposible desde el punto de vista del ordenamiento jurídico; pero lo es también desde la perspectiva del ordenamiento informativo. No se puede concebir una información recta que pueda ir contra el honor, ni que el honor, en su doble acepción esencial y existencial pueda constituir un límite a la información.

La estima puede hacerse también «por» la sociedad, es decir, por cada uno de sus componentes. Hay una posible «valoración de conductas personales» (Sentencia 165/1987 de 27 de octubre). Especialmente de aquellos que tienen el deber de

informar. Esta estima o valoración, aun siendo individual en su origen, está enmarcada en unos criterios históricos, que pueden variar en el tiempo y en el espacio, puesto que son contingentes. No es el mismo el concepto del honor de la sociedad actual y el que refleja el teatro de nuestro Siglo de Oro. Sin que haya faltado la apelación a la cultura y sentimiento del pueblo español, «en cuyo sistema axiológico destaca, en lugar muy elevado, el derecho al honor» (Voto Particular a la Sentencia 121/1989 de 3 de julio). A esta diferente valoración se refiere el citado Preámbulo de la Ley 1/1982 cuando habla de «las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad».

2.5. Honra y fama

Finalmente, la estima social, o estima «por» la sociedad puede adoptar dos formas. Una de ellas, más concreta y precisa, es la adecuada valoración social de los méritos de una persona. A esta forma la llamamos «honra» y, merced a su adecuación, solamente puede ser una. Y a ella, en consecuencia, tiene derecho todo hombre. Se habla así de derecho a la honra. Protegido este derecho se protege a la vez el patrimonio moral y la dignidad de la persona.

La segunda forma que adopta la estimación social es la opinión, unánime o diferente, que las gentes se forman de una persona. Son los que ha llamado el Tribunal Supremo en un caso de demérito, «juicios de reprobabilidad», como algo diferente a los ataques a la dignidad o a la honra ajenas (Por ejemplo, en la Sentencia de la Sala Primera de 19 de enero de 1988). Como opinión, es variable según el sujeto que opina. A esta forma se le conoce por la doctrina como «fama» o «reputación». Como toda opinión, la fama puede ser fundada o infundada, buena o mala, extendida o limitada, estabilizada o cambiante, etcétera. Estamos, ya en el tramo final, en el extremo opuesto al honor como equivalente a la dignidad sustancial de la persona. Aquí el derecho a opinar es universal y el derecho a comunicar la opinión —parte del derecho a la información— prevalece sobre el derecho a la fama, no sobre el derecho a la honra, que tiene una referencia objetiva con la cual se ha de ajustar. Puede sospecharse, con fundamento, que en esta tensión entre los diversos conceptos de honor —sobre todo entre el alejado e inmóvil significado ontológico y el móvil de la fama— está la dificultad que ha encontrado el Tribunal Constitucional para coordinar dos derechos que, por defecto legal, aparecen como enfrentados. De aquí también que se considere que la que llama libertad de expresión, en la que se incluye el derecho a opinar, haya de ser más flexible y menos rigurosa que la de información que ha de estar adecuada a la realidad. (La Sentencia 20/1990 de 15 de febrero resume las anteriores en torno a este tema.)

3. Para construir la comunidad es tan importante el honor como la información

Es, una vez más, otra de las consecuencias del desdichado criterio de los «límites» al derecho a la información. En este caso secundados por la idea de «intromisión» que, extrapolada desde el derecho a la intimidad, preside la Ley 1/1982. La intimidad puede sufrir intromisiones. El honor, violaciones. La intimidad se destruye porque se entra en ella. El honor se destruye desde fuera. Por eso, la difusión informativa de la intimidad es solamente la segunda fase de la desaparición

de la intimidad, que ya ha sido aniquilada por la intromisión. El honor se destruye o deteriora por la agresión exterior con hechos o con palabras que le acometen. Por eso los documentos internacionales distinguen las «injerencias» en la intimidad y los «ataques» al honor, como puede verse en el artículo 12 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948 y en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Las ambigüedades legales no es extraño que produzcan vacilaciones en el juzgador, requerido por dos partes opuestas que plantean, con razones fundadas, la prevalencia de sus pretendidos derechos.

Si la comunicación es la que hace la comunidad, el honor también. Si la opinión pública —como dice el Constitucional— es importante para constituir y conservar la comunidad, también lo es la justicia, que está considerada como uno de los valores superiores del Ordenamiento jurídico, según el párrafo 1. del artículo 1 de la Constitución. Y actuar contra el honor es actuar contra la comunidad; tanto como lo es limitar la información. En uno y otro caso se corta la comunicación. En uno y otro caso se comete injusticia.

Sócrates había sostenido que la injusticia daña más al que la comete que al que la sufre. Uno y otro forman parte de la sociedad. Cicerón decía —lo hemos recordado páginas atrás— que es injusticia hacer daño a otro y es inmoderación molestar al prójimo. A diferencia de la justicia, la moderación queda exclusivamente en el terreno propio de la Ética. Por eso no es condenada jurídicamente. El Tribunal Constitucional lo ha considerado así al decir que no son condenables las «palabras despectivas» (Sentencia 20/1990 de 15 de febrero); ni los excesos terminológicos censurables», los «apóstrofes insultantes fuera de discurso», o el «carácter reprobable de la forma en que se expresó el ahora recurrente» (Sentencia 51/1989 de 22 de febrero). Lo que contrasta con la condena de «las afirmaciones vejatorias para el honor ajeno» de la Sentencia 165/1987 de 27 de octubre.

La inmoderación no llega al territorio del Derecho más que por el atajo de los Códigos deontológicos. La falta de crítica es síntoma de enfermedad social. También puede serlo, en palabras de un periodista ya citado en páginas atrás, la «epidemia de inquisiciones, de denunciismo», que se advierte en los medios de información contando con «la ingenuidad o el ardor profesional» de los informadores, a veces peones de fuerzas económicas o políticas. El llamado «periodismo de investigación», perezosamente entendido, ha llevado también a excesos evitables, aunque no estén castigados por el Derecho.

4. El lenguaje de las leyes sobre el honor

Por razones más políticas que jurídicas no se ha modificado a fondo el Código Penal. Las modificaciones fragmentarias que ha sufrido no han resuelto nada en torno al problema que nos ocupa.

Por razones técnicas, la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, tuvo una génesis poco afortunada y ha creado más problemas que ha resuelto a la hora de aplicarla. La remisión al Código Penal, cuando el acto sometido a juicio sea constitutivo de delito (artículo primero, 2, de la Ley 1/1982), se refiere casi exclusivamente al honor, dada la práctica desprotección que el Código Penal presta a la intimidad y a la propia imagen.

El Tribunal Constitucional considera que el reconocimiento del derecho a la información «ha modificado profundamente la problemática de los delitos contra

el honor» (Sentencia, entre otras, 107/1988 de 8 de junio). Estos cambios han sido afrontados por el Constitucional con diferentes criterios. Por orden aproximadamente cronológico, han sido éstos: la prevalencia del honor; la ponderación, caso por caso; y la prevalencia de la información. Los razonamientos se vienen arrastrando de una a otra Sentencia. Para poderlos comprender en toda su dimensión convendrá reproducir los textos cardinales que las Leyes vigentes ofrecen respecto al honor.

4.1. La calumnia y la injuria

El Código Penal centra su protección al honor en torno a dos figuras delictivas, principalmente: la calumnia y la injuria. Define la calumnia el artículo 453, según el cual «Es calumnia la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio.» Los restantes artículos referidos al delito gradúan las penas en los casos determinados, entre ellos, cuando se ha difundido por los medios de comunicación social —diríamos— en una traducción actualizada del lenguaje anticuado y poco técnico que emplea el Código.

Delitos perseguibles de oficio son todos excepto la calumnia, la injuria, la violación, el estupro y el rapto. La imputación de un delito equivale a la imputación de unos hechos delictivos. Estamos, por tanto, en la comunicación de hechos que tiene como constitutivo la verdad. La verdadera imputación de unos hechos a una persona, constituyan o no delito, no está castigada por la Ley. Lo que castiga el Código, precisamente, es la falsa imputación. Por eso el artículo 456 establece que «El acusado de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado.» Es la figura jurídica que se conoce como «exceptio veritatis». La prueba de la verdad solamente en el delito de calumnia es aceptable y justa, precisamente porque tan sólo se puede cometer mediante la comunicación de hechos. El Código, consciente o inconscientemente, está castigando el ataque al honor y, al mismo tiempo, la desinformación.

El Artículo 457 del mismo Código considera injuria «toda expresión proferida o acción ejecutada, en deshonra, descrédito o menosprecio de una persona». El ejemplo más típico de injuria es el insulto. La injuria, conforme a esta definición correcta del Código, no ofrecería demasiados problemas comparándola con la calumnia. Aquí no hay comunicación de hechos, sino una comunicación que entraña, de uno u otro modo, un juicio. Es un juicio finalista, proferido con el objetivo de deshonrar, de atacar al honor. Es esta finalidad la que el Código castiga, no el juicio neutral. De aquí que la Jurisprudencia se haya fijado en el llamado «animus», para diferenciar el «animus injuriandi» de todos los demás posibles, que pueden resumirse en el «animus informandi», no punible. El juicio formado y emitido con el fin de injuriar, aunque esté fundado en hechos ciertos, no admite, por su propia naturaleza, excepción a la verdad. La única verdad, inducida del modo del contexto en que la expresión se profiere, es la finalidad de injuriar. Finalidad no siempre fácil de apreciar: pero éste es otro problema.

Hasta aquí no parece que exista dificultad para diferenciar calumnia de injuria, ni para ver interferencias entre el derecho a la información, reconocido constitucionalmente, y el Código Penal, aun cuando sea muy anterior a la Constitución. El problema surge cuando es el mismo Código Penal el que desvirtúa la delimitación inicial de los dos delitos arquetípicos de calumnia e injuria. El Artículo 458 del Código Penal considera injurias —injurias graves— «la imputación de un

delito de los que no dan lugar a procedimiento de oficio». De acuerdo con la naturaleza del mensaje a través del cual se comete este delito, se advierte la diferencia entre esta figura y la injuria, sin que se pueda comprender que a este delito no se le pueda aplicar la «exceptio veritatis», a no ser que el autor de la mal llamada injuria sea el que tenga derecho a perseguir el delito imputado (artículo 461). Como tampoco se comprende que, en el mismo artículo, la excepción de la verdad se conceda en la injuria cuando el injuriado sea un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

Menos similitud guarda con la calumnia otro supuesto de injurias graves, puesto que no se trata en él de imputación de delitos. Pero sí la guarda en cuanto que se trata de información de hechos: imputación «de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o interés del agraviado». Otros Códigos Penales califican este hecho delictivo con otro nombre, como difamación. No está lejos de la doctrina basculante del Tribunal Constitucional esta impropiedad del Código.

Hay en el Código otras figuras penales tipificadas como delitos, que iremos viendo cuando lo exija el tratamiento del tema. Tan sólo conviene recordar que, en los delitos citados y en algunos otros, las penas no se corresponden con la gravedad de los delitos; aspecto que también ha sido percibido por el Tribunal Constitucional, que ha buscado una solución que le ha parecido más justa, aunque haya tenido que rodear la motivación.

4.2. La protección civil del honor

La Ley 1/1982 de protección civil del honor, en cambio —por la confusión entre los tres derechos que pretende proteger—, apenas se refiere al honor. El empleo en su frontispicio del concepto de «intromisión» influye en que tenga que desarrollarse su regulación sobre todo respecto al derecho a la intimidad. En efecto, puede verse así en su Capítulo primero que establece unas Disposiciones Generales. Pero todavía se ve más claro en el artículo séptimo, el primero de su Capítulo segundo, cuando señala los actos que «Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de la Ley.»

En realidad, solamente el supuesto séptimo y último —como si de repente el legislador se acordase de que también del honor se trataba— hace referencia al derecho al honor: «La divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena.» Aquí aparece la figura de la difamación que omitió el Código Penal, aunque no se sepa en qué consiste. El texto da pie a pensar que puede cometerse tanto por comunicación de hechos como de ideas. De ser así, la protección civil del honor abarca todos los campos cubiertos por las que el Código Penal llama calumnias e injurias de todo tipo, la falta de injuria liviana del artículo 586,1. del mismo Código, y los demás juicios injuriosos, es decir, injustos que se formulen contra las personas.

El otro supuesto en que se cita el honor, el 3, del artículo séptimo, viene involucrado con la vida privada de una persona o familia cuando la divulgación de hechos referentes a esa vida privada «afecten a su reputación o buen nombre». Esta mixtificación ha dado pie a confundir la intromisión en la vida privada y el ataque al honor y, en consecuencia, a considerar que no existe ataque al honor cuando no se trata de la vida privada, sino de la pública (Sentencia, por ejemplo, 104/1986 de 17 de julio). Sin perjuicio de que volvamos sobre el tema más ade-

lante, la dignidad de una persona pública y el de una persona privada es sustancialmente el mismo. Otra cosa es la criticabilidad de sus actos.

Tan sólo muy indirectamente puede verse otro supuesto de ataque al honor en el número 5 del artículo séptimo de la Ley, cuando se refiere a la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada «o fuera de ellos». Aquí se involucra también del derecho a la propia imagen. Habrá que analizar, en cada caso de la realidad, si quedan lesionados uno, dos o los tres derechos. En la abundante jurisprudencia francesa se han dado casos en que la difusión de una fotografía ha dañado el honor de una persona, como en el de un militar fotografiado durante su estancia en un Centro antimilitarista, de un Magistrado en un Círculo de abogados en ejercicio o de un malhechor cuya efigie era la de otra persona. En todos ellos se atendió, en primer lugar, al derecho al honor.

Se comprende mal, por eso, el que se intente aplicar al honor, el párrafo 1 del Artículo octavo de la Ley 1/1982, que no reputa, 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. La dignidad personal es inatacable incluso por la Autoridad competente. Para criticar la actuación humana y, por tanto, poner en interrogante la fama —siempre que se respete la honra—, no es necesario ser Autoridad competente. No se entiende, por otra parte, de qué forma un interés histórico, científico o cultural puede oponerse al derecho al honor.

Con este escaso y poco acertado bagaje legal ha tenido que afrontar el Tribunal Constitucional problemas muy graves.

5. El honor es de las personas

Cuando hemos hablado de las distintas acepciones de la palabra y el concepto de honor, nos hemos referido a las personas físicas porque son el paradigma de la titularidad de todos los derechos. Las personas jurídicas constituyen una cierta ficción para que puedan actuar en Derecho como si de personas físicas se tratase. Esta ficción resuelve los problemas de los derechos patrimoniales, pero no sólo no resuelve, sino que plantea problemas cuando se trata de derechos referentes a lo que hemos llamado patrimonio moral, especialmente cuando se trata de derechos muy unidos al núcleo de la personalidad, a los que la doctrina ha caracterizado imprecisamente como derechos personalísimos.

Un problema, en nuestro Ordenamiento, es el de si el derecho al honor es atribuible tan sólo a las personas físicas o también a las personas jurídicas. Un grupo de Sentencias del Tribunal Constitucional consideran que «el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referido a personas individualmente consideradas» (Sentencias tales como 51/1989 de 22 de febrero, 107/1988 de 8 de junio o 121/1989 de 3 de julio). Esta «individualización» del derecho al honor, que es la aplicación concreta de la teoría extrema que reserva a las personas físicas exclusivamente la titularidad de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, lleva consigo —tácitamente— la exclusión de una serie de posibles titulares.

5.1. Clases determinadas del Estado e Instituciones públicas

Así, por ejemplo, no se considera que existe un ataque al honor, cuando la información no hace referencia a «personas individualmente consideradas» (Senten-

cia 121/1989 de 3 de julio). La Sentencia 107/1988 de 8 de junio concreta más, pues considera que no existe ninguno de los delitos de injurias graves del Código penal cuando el supuesto ofendido es una clase determinada del Estado, en este caso, la Administración de Justicia representada en sus Jueces: la información no se refería en su aspecto ofensivo a un Juez personalizado, sino a «los Jueces». La Sentencia 51/1989 de 22 de febrero se enfrenta con un caso parecido al dirigirse el ataque, no al Arma de Caballería, sino a «algunos miembros del Arma»; incluso, en este caso, no solamente las expresiones vertidas no tuvieron como destinatarios a personas concretas, sino que el ataque se hacía en alabanza y defensa de otro miembro de dicha Arma. Con ello se evita entrar bajo la tipificación del artículo 242 del Código Penal que castiga a los que injuriaren o amenazaren gravemente a los Ejércitos o a sus instituciones, armas, clases o cuerpos determinados. La alabanza y defensa de uno de los miembros del Arma cierra la posibilidad de referirse al grupo social constituido por todos los miembros del Arma y protegido —como grupo, en principio— por el artículo 9,2. de la Constitución. Pero la Sentencia le considera como uno de los colectivos «que no tienen especial protección».

Pero grupos sociales son también las «clases determinadas del Estado» que podemos considerar excluidas de la titularidad del honor. (Sentencias recientemente citadas 51/1989 y 107/1988). Clases del Estado, en cambio, constituyen los miembros del Gobierno, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo o de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas, cuyos ataques a su honor están castigados por los artículos 161 y 162 del Código Penal. El Tribunal Constitucional, aunque en la Sentencia 51/1985 de 10 de abril, no quiere introducirse en la «legalidad» del artículo y parece extenderlo a «los funcionarios Públicos», contiene una declaración en cierto modo divergente «cuando se produce una destrucción del prestigio de las instituciones democráticas, en las que las fuerzas políticas del país se deben reconocer y que expresan no sólo el interés singular de algunos miembros de la comunidad nacional, sino el interés de la colectividad entera, en la medida en que estas instituciones son expresión de la solidaridad de la nación y ofender su prestigio significa incumplir el deber de solidaridad política. Tales violaciones pueden ser sancionadas con normas penales».

Otra exclusión de la titularidad del derecho al honor se refiere a las Instituciones públicas, conforme a las mismas Sentencias 107/1988 y 51/1989. Por supuesto, a las instituciones públicas no se les puede atacar en la dignidad personal, que es de titularidad exclusiva de la persona humana. Otro tipo de ataques a las personas públicas pueden referirse no a la honra, sino al prestigio o a la seguridad (así, en la Sentencia 51/1985 de 10 de abril); o a la autoridad, prestigio y autoridad moral (Sentencia 107/1988 de 8 de junio); pero no al honor.

5.2. Las personas jurídicas privadas

En cualquier caso, queda en pie el problema de si se puede hablar de honor y, por tanto, de ataques al honor referentes a las personas jurídicas privadas, problema no resuelto definitivamente por el Tribunal. Siguiendo la misma línea que el Tribunal Supremo (por ejemplo, en la Sentencia de la Sala primera de 31 de octubre de 1980), el Tribunal Constitucional admite genéricamente la titularidad de los derechos fundamentales a favor de las personas jurídicas (por ejemplo, en la Sentencia 16/1983 de 10 de marzo). El Tribunal Supremo aduce que cuando la

Constitución habla de personas no distingue entre físicas y jurídicas y, por tanto, no cabe al intérprete distinguir. El Constitucional aduce por su parte que el que los derechos reconocidos en los artículos 14 a 29 dejen claro que todos los ciudadanos, personas físicas, son sus titulares, no excluye la titularidad de otras personas. La Sentencia 53/1983 de 20 de junio da un paso más: aclara que las personas jurídicas poseen, en principio, legitimación para actuar en juicio en defensa de sus derechos fundamentales, conforme a los artículos 24,1. y 53,2. de la Constitución, incluso para recurrir en amparo; pero no resuelve el problema de si las personas jurídicas pueden ser titulares de cada concreto derecho fundamental.

En relación precisa con el honor ha emitido dos resoluciones distintas. El Auto 106/1980 de 26 de noviembre se refirió a un partido político, pero extendió su declaración a las personas jurídicas en general, de las que dijo que «una cosa es que el derecho a la propia estimación, al buen nombre o reputación en que el honor consiste pueda ser patrimonio no sólo de personas individualmente consideradas, sino también de personas jurídicas» y otra que pueda acogerse la reclamación de una persona social en amparo, conforme a la Ley Orgánica que rige la actuación del Tribunal, por no concurrir los requisitos que en ella se exigen. Menos expresiva textualmente es la Sentencia 120/1983 de 15 de diciembre. En este caso se trataba de si un Centro escolar puede ser objeto de ataque al honor o, lo que es lo mismo, si se le puede considerar titular del derecho al honor. Aunque en ella no se hizo declaración alguna al respecto, toda su argumentación estuvo montada en una respuesta afirmativa a la cuestión.

Hay que decir que la Ley Orgánica 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen no admite, a lo largo de su articulado, el que el honor se refiera, como derecho, a las personas jurídicas.

6. El Tribunal no ha anclado el honor en la dignidad de la persona

El Tribunal Constitucional no ha abordado el tema del honor con la radicalidad que exige la dignidad humana. Tan sólo se ha referido a esa dignidad de un modo tangencial, como en la Sentencia 105/90 de 6 de junio, en la que afirma que la protección penal del honor «responde a valores constitucionalmente consagrados, vinculados a la dignidad de la persona». Sin embargo, a esta consideración obedece, más o menos inconscientemente y sin discriminación de los supuestos, la etapa en que concedía prevalencia del derecho al honor sobre el derecho a la información.

Este fundamento sustantivo e inamovible de la persona humana no ha sido tenido en cuenta, sin embargo, cuando se ha considerado que el honor era algo contingente. No ya porque varíe con la conducta de cada persona y la concepción histórica de cada momento, sino por el hecho de que la Constitución reconozca en el artículo 20 el derecho a la información. «El reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de comunicar y recibir información ha modificado profundamente la problemática de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en que la acción que infliere en este derecho lesión penalmente sancionable haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades.» (Por todas, Sentencia 107/1988 de 8 de junio). La Sentencia no habla en términos absolutos, sino en relación con el Código Penal. Pero, sea en relación con este Código o con cualquier otra norma, la Constitución no ha cambiado nada —porque no podía cambiarlo— en relación al derecho al honor entendido como dignidad sustancial del hombre.

Debería haberse diferenciado, en ésta y en otras Sentencias, entre el ataque a la dignidad, el ataque a la honra y el ataque a la fama. Diferenciación, por otra parte, de la que existen indicios en algunas Sentencias del Tribunal Constitucional. Y debería haberse considerado que el Derecho penal tiene un carácter subsidiario y, por tanto, solamente es aplicable en casos extremos y claros de ataque a cualquier bien material o moral. No porque haya de castigar hechos meramente prohibidos, sino hechos malos en sí mismos.

La intencionada postergación del Código penal ha hecho que el Tribunal Constitucional se haya fijado tan sólo en el honor como límite; y no haya distinguido la razón de ser de la diferencia entre los delitos contra el honor que se cometen a través de una comunicación de hechos —cuyo arquetipo es la calumnia— de los que se cometen a través de una comunicación de opiniones cuyo punto de referencia es la injuria. El Tribunal ha tenido que fraguar, a contracorriente confesada de la doctrina e inconfesada de los documentos internacionales, una diferencia de libertades en el artículo 20, para concluir que la libertad de expresión es más flexible y menos rigurosa que la libertad de información. De este modo, el Constitucional ha podido decir que la «faceta injuriosa» no constituye más que un argumento del autor para reforzar la tesis crítica que mantiene en todo su artículo. (Sentencia 20/1990 de 15 de febrero). O que la prevalencia del derecho a la información se invierte cuando se realiza «a través de medios tan anormales e irregulares como hojas clandestinas» (Sentencia 165/1987 de 27 de octubre), confundiendo un delito de información con un delito cometido a través de los medios de información.

7. Informar con honor

Naturalmente, cuando se trata de proteger, no ya la dignidad —protegable siempre— sino la honra adquirida por la propia actuación, ha de tenerse en cuenta que la crítica se refiere a hechos externos y, por tanto, que son más propicias a la crítica las actuaciones públicas que las privadas, en cuanto tales actuaciones o en cuanto a sus resultados, no en cuanto a la dignidad de las personas que los ejecutan. Es correcto, por tanto, que las conductas que se critican puedan estimarse como deshonorosas (Sentencia 121/1989 de 3 de julio); o como valoración de conductas personales (Sentencia 51/1985 de 10 de abril).

No parece correcto, a la inversa, afirmar que el derecho al honor «se debilita proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe la sociedad democrática» (Sentencia 107/1988 de 8 de junio). La persona humana es siempre acreedora del respeto a su dignidad, sea pública o privada, actúe en una o en la otra esfera. Otra cosa son sus actos. Pero, como persona, no tiene por qué correr un riesgo mayor si actúa públicamente o no. Las críticas que contribuyen al pluralismo nunca son a las personas, sino a sus actos. La tolerancia y el espíritu de apertura no pueden considerarse unilaterales, tan sólo a cargo del que cree atacado su honor o su honra, sino recíprocos.

Por otra parte, nada impide que la fama —no la dignidad— esté en función

de los «asuntos de relevancia pública» (Sentencia 121/1989 de 3 de julio); «de la seguridad pública y defensa del orden constitucional» (Sentencia 105/90 de 6 de junio); de «asuntos de interés general por las materias a que se refieren» (Sentencia 107/1988 de 8 de junio); o del hecho de afectar al denunciante «no en su faceta íntima o privada, sino en cuanto deriva sólo de su gestión pública como titular de un cargo representativo» (Sentencia 10/1982 de 31 de marzo).

En esta línea de separación no tienen la protección del artículo 20 las conductas privadas «carentes de interés público», cuya difusión y conocimiento público resultan innecesarios (Sentencia 51/1989 de 22 de febrero); si no se refiere a personalidades públicas (Sentencia 165/1987 de 27 de octubre); o si se refiere a personas privadas «que no participan voluntariamente en la controversia pública, pues en este supuesto el derecho al honor alcanza su más alta eficacia de límite de las libertades del artículo 20» (según la misma Sentencia).

Con ocasión de alguna famosa Sentencia del Tribunal Constitucional se ha suscitado la cuestión de si debe permanecer en el Código el delito de desacato, especialmente en la tipificación actual contenida en el artículo 244 del Código Penal. En la medida en que la definición del Código se basa en el ejercicio por el funcionario de sus funciones o con ocasión de éstas; y que las calumnias, injurias y amenazas ya están tipificadas y penadas en el Código, se puede decir que la figura delictiva tiene perfiles anacrónicos y que la protección del honor, de la honra y de la fama no deben distinguir clases, en virtud del principio radical de igualdad de los hombre, confirmado por el artículo 14 de la Constitución. Este es un caso en que la norma constitucional impera tácitamente la modificación del Código e, incluso, que podría considerarse el artículo derogado por oponerse a la Constitución, si se tiene en cuenta su excesivo rigor sancionador y que, en cuanto relativo a la actuación pública, se interfiere, impide o coarta la crítica política que, a diferencia de la artística, es crítica de actos y no de resultados. Ni la una, ni la otra pueden ser crítica de personas.

8. *Animus versus animus*

El Tribunal Constitucional no ha omitido definiciones intermedias del honor, entre su acepción de dignidad y la de fama. En el Auto 196/1980 de 26 de noviembre define el honor como «el derecho a la propia estimación, el buen nombre o reputación». Pero este significado valorativo subjetivo, no le sirve para apoyar suficientemente la teoría del balanceo o la de la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho al honor: «sin embargo, este sentido subjetivo del concepto requiere una protección jurídica y normativa» (Auto 13/1981 de 21 de enero). No obstante, el Tribunal duda acerca de si debe introducirse o no en la legalidad de la norma aplicada en la Sentencia recurrida y en la apreciación de los hechos, entre ellos la concurrencia del «animus iniuriandi» (Así, Sentencia 51/1985 de 10 de abril. En contra de ella, el Voto Particular, ya citado, a la Sentencia 121/1989 de 3 de julio).

8.1. *¿Qué pesa más: el honor o la información?*

Es el criterio de la ponderación, caso por caso, el que emplea el Tribunal Constitucional para descubrir si «se ha producido un desequilibrio —entre información

y honor—del que resulta que la protección de uno, derecho al honor, ha lesionado de forma evidente y desproporciona las garantías» ofrecidas por el artículo 20 (Sentencia 20/1990 de 15 de febrero). Ya en el planteamiento del problema está implícita su eventual solución.

Pero el problema necesita introducir otro dato: si ha de haber un derecho que lesiona a otro —puesto que se les considera incompatibles—, lo que hay que determinar es la «legitimidad» o «ilegitimidad» de la lesión. (Así se plantea en la Sentencia 105/90 de 6 de junio). La cuestión adquiere la máxima gravedad si de tal ponderación depende la imposición de una pena aflictiva que, con los baremos del Código Penal vigente, puede ser grave o, al menos, desproporcionada. Introducido este dato, se ofrecen al Tribunal dos soluciones, que no son incompatibles entre sí.

La primera la había anticipado la misma doctrina penal a través de autores preocupados por el tema. Consistió en acudir a las circunstancias eximentes del artículo 8 del Código Penal. En él encontró, por ejemplo, la eximente Séptima, que justifica la acción por el estado de necesidad. Pero para lesionar un derecho o infringir un deber y beneficiarse de esta causa absolutoria han de concurrir tres requisitos exigidos expresamente por el Código que, en la actuación informativa, es imposible que se den. De aquí que otros autores afinaron más la solución y, dentro del mismo Artículo, encontraron otra eximente más apropiada, la redactada en el número 11, que dice lo siguiente: «El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo». No es la voluntad de lesionar el honor, sino la voluntad de ejercitar un derecho, la que lleva a la actuación sometida a juicio.

Como solución técnica legal, ha tenido la eximente 11 un indudable éxito. Pero su fundamento es peligroso por movedizo. En último extremo, lo que viene a hacer es sustituir el «animus» que lesiona el honor por el «animus» que persigue el ejercicio de un derecho. Y tan difícil es determinar la existencia de uno como la del otro. Una vez más, el criterio ofrecido no hace más que aplazar la solución del problema al momento de la producción de cada Sentencia.

8.2. Para el Constitucional, la información prevalece

Las soluciones a través de las eximentes, por otra parte, están jugando en la cancha del Derecho Penal, no en la del Derecho Constitucional, que es en la que se mueve, por axioma legal, nuestro Tribunal. Por tanto, había que aventurar otro criterio más ajustado al campo de la competencia propia de la interpretación constitucional y que, al mismo tiempo, terminase con la guerra entre el «animus» lesionador y el «animus» ejercitador del derecho a la información. En el conjunto de resoluciones adoptadas por el Tribunal se encuentra un criterio sobre el que vale la pena detenerse: se mantiene que la justificación de la lesión al honor no se apoya en el hecho subjetivo de la voluntad de cumplir un deber o ejercitar un derecho, sino en el dato objetivo de la función social de la información.

El Tribunal ha extremado los términos en que ha formulado esta solución. Hasta el punto de difuminar la garantía que el honor constitucionalmente merece como tal derecho fundamental. En la Sentencia 12/1982 de 31 de marzo, el Tribunal Constitucional, expresa una rotunda afirmación: «Esta dimensión de garantía de una institución pública fundamental, la opinión pública libre, no se da en el derecho al honor». En la Sentencia 104/1986 de 17 de julio, todavía se otorga

a la información un valor más absoluto: «Las libertades del artículo 20 tienen una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales».

Con estas ideas, obtenidas al sesgo de los problemas planteados por los recurrentes, el Tribunal Constitucional ofrece la solución que le parece definitiva. Podemos tomar, como ejemplo, la que motiva la Sentencia 107/1988 de 8 de junio, redactada en términos que repiten palabras de Sentencias anteriores: «El reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de comunicar y recibir información ha modificado profundamente la problemática de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en que la acción que infringe en este derecho lesión plenamente sancionable haya sido realizada en el ejercicio de dichas libertades, pues en tales supuestos se produce un conflicto entre derechos fundamentales cuya dimensión constitucional convierte en insuficiente el criterio subjetivo del «animus iniuriandi», tradicionalmente utilizado por la Jurisprudencia penal en el enjuiciamiento de dicha clase de delitos, pues este criterio se ha asentado hasta ahora en la convicción de la prevalencia absoluta del derecho al honor.

«Este entendimiento del citado problema es constitucionalmente insuficiente, por desconocer que las libertades del artículo 20 de la Constitución, no sólo son derechos fundamentales de la persona, sino que también significan el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, que es una institución ligada de manera inescindible al pluralismo político, valor esencial del Estado democrático, estando, por ello, esas libertades dotadas de una eficacia que trasciende a la que es común y propia de los demás derechos fundamentales, incluido el del honor.»

La cita es larga, pero resolutive. La Sentencia continúa citando Sentencias anteriores del propio Tribunal que abonan lo dicho en ella. Todavía resulta necesario reproducir la conclusión a que lleva su razonamiento: «Esta situación de valor superior de eficacia irradiante que constitucionalmente ostentan las referidas libertades, traslada el conflicto debatido a un distinto plano, pues no se trata ya de establecer si su ejercicio ha ocasionado lesión, penalmente sancionada del derecho al honor, para lo cual continúa siendo inevitable la utilización del criterio del «animus iniuriandi», sino de determinar si el ejercicio de esas libertades constitucionalmente protegidas como derechos fundamentales actúan o no como causa excluyente de la antijuricidad». Naturalmente, la Sentencia llega a la solución de que actúan como tal causa excluyente.

8.3. Un planteamiento desenfocado

Un comentario detallado del largo texto transcrito nos llevaría a discutir conceptos y términos empleados por el juzgador que supondría repetición de lo ya dicho a lo largo de este trabajo. Es necesario concentrar el comentario en un solo argumento, propio de la lógica jurídica: lo que prueba demasiado, no prueba nada. No se puede decir, por utilizar una terminología más propia, que el derecho a la información prevalezca sobre todo otro derecho, lo que sería abrir el portillo a todo tipo de abusos informativos, no ya por parte de los informadores, sino también de todo aquel que encontrase un medio decidido a difundir cualquiera de sus mensajes. El mismo Tribunal no ha podido ser consecuente con la afirmación rotunda de la prevalencia absoluta y ha tenido que matizarla en otras Sentencias, confirmando sanciones o reduciendo su severidad. Una vez más hay que decir que el planteamiento está desenfocado. Que honor e información son derechos com-

plementarios en el sentido etimológico de la palabra complemento: actuar al mismo tiempo o cooperativamente. Y que hay que distinguir el honor en su esencial sentido de dignidad; y la fama en el circunstancial sentido de mérito o demérito según los actos, enjuiciables por los miembros de la sociedad, especialmente sobre los que recae el deber de crítica social.

9. Si los hechos son verdaderos, no existe conceptualmente la calumnia

Una vez más hay que decir que el problema se debe centrar en la naturaleza de los mensajes: mensajes de ideas, de opiniones y de hechos. Sobre todo, en el caso del honor, en la naturaleza de los dos últimos mensajes. Centrando el problema en estos dos tipos de mensajes, y diferenciando las acepciones que tiene el concepto de honor, las resoluciones del propio Tribunal Constitucional cobran sentido. Hechos y juicios en una dimensión, cruzados por dignidad y fama por otra, vienen a constituir las líneas en las que hay que situar cada problema en que aparezca el derecho a la información y el derecho al honor, no como derechos enfrentados, sino coordinados o coordinables por el jurista o por el informador.

9.1. Sentido legal y conceptual de calumnia

Partiendo de que la dignidad de la persona no debe ser atacada, porque significa atacar a la comunidad —y este ataque equivale a atacar a la misma información—, la problemática que plantea la comunicación de hechos nos sitúa en el campo amplio de la calumnia, no en el sentido legal, sino en el sentido conceptual del término. Es decir, no limitada a la falsa imputación de hechos que constituyen delitos perseguibles de oficio, sino también a los perseguibles a petición de parte, aun cuando el Código Penal les llame injurias graves y no calumnia.

Tanto en uno como en el otro supuesto, el delito no consiste en atribuir unos hechos delictivos a una persona, sino en atribuirlos falsamente. La exigencia de verdad como constitutivo de la información de hechos, recogida en el párrafo 1, d) del artículo 20, tiene así su proyección en el campo penal. Lo que castiga el Código no es el ataque al honor, sino la falta de verdad que, por serlo, es un ataque al honor. Si el mensaje de hechos es verdadero, y siempre guardando el respeto a la dignidad, no hay información calumniosa en el sentido conceptual de la palabra. Aquí tiene su precisa situación jurídica la institución de la «exceptio veritatis». El acusado de una especie calumniosa ha de poder defenderse de ella probando que ha dicho la verdad o que el mensaje de hechos que ha difundido es verdadero. Los hechos, simplemente expuestos, sin comentario alguno, se refieren a actuaciones exteriores. No pueden, por tanto, dañar la dignidad personal. Son las mixtificaciones del mensaje puro las que pueden hacerlo. Y entonces, al requisito constitutivo de la verdad del mensaje, se añadirá la condición del respeto a la dignidad personal. Si la comunicación es verdadera no hay agresión al honor, sino a la fama, que en este caso será mala fama o demérito. Por el contrario, la denuncia de unos hechos delictivos, o incluso inmorales, puede prestar un gran servicio a la comunidad.

En cualquier caso, pero sobre todo cuando el delito es continuado, o cuando el delito continúa, presta un servicio también el secreto profesional informativo o secreto de las fuentes que, al no ser reveladas, seguirán fluyendo información para

conocimiento del Poder judicial y del Ministerio Fiscal a cuyo cargo, y no al del informador, ha de ir el descubrimiento del culpable.

9.2. El criterio del Tribunal

El Tribunal Constitucional, si se analizan sus resoluciones, ha tenido en cuenta estas reglas naturales del mensaje. En la Sentencia 105/90 de 6 de junio, por ejemplo, ha subrayado la «especial relevancia del criterio de veracidad en la información». El criterio, como resulta evidente hace converger la regulación penal, que pudiéramos llamar clásica, y la constitucional, que podemos llamar natural.

Esta congruencia de conceptos viene acompañada por un cortejo de otras resoluciones que confirman el criterio de la verdad en la comunicación de hechos. La difusión de las consecuencias objetivas de una Sentencia condenatoria no pueden constituir una lesión al derecho al honor (Sentencia 16/1981 de 18 de mayo); tampoco la de la consecuencia terminal de un expediente administrativo (Auto 150/1984 de 7 de marzo); ni la depuración del Ejército por razones políticas (Auto 46/1980 de 13 de octubre); ni la del auto de prisión provisional (Auto 12/1981 de 21 de enero); ni la declaración de «mala conducta informada» por la Policía y recogida en una Sentencia, aunque sin influir en su fallo (Sentencia 30/1986 de 20 de febrero); ni la de la retirada de honores militares (Auto 785/1985 de 13 de noviembre). El Tribunal Supremo ha seguido la misma pauta, por ejemplo, en la Sentencia de la Sala Primera de 19 de noviembre de 1987, que no considera ataque al honor la publicación de la noticia de la revocación del nombramiento de cronista oficial de una localidad, por ser persona no grata al Ayuntamiento. La Sentencia puntualiza que se trata de una noticia y no de un reproche.

En la Sentencia 50/1983 de 14 de junio se dice que el derecho al honor «no puede constituir obstáculo alguno para que, a través de expedientes administrativos o procesos judiciales seguidos con todas las garantías, se pongan en cuestión las conductas sospechosas de haber incurrido en ilicitud. El daño que el honor de quien sigue tal conducta pueda sufrir no se origina en esos procedimientos, sino en la propia conducta. Ni la Constitución ni la ley puede garantizar al individuo contra el deshonor que nazca de sus propios actos». En cambio, se considera que ha dañado doblemente el honor el retraso en la tramitación de una querrela por calumnia. En cuanto al querellante, en la medida en que estaba en juego su derecho al honor. Frente a quien se ejerció la querrela, en cuanto que el retraso procesal ha podido ocasionar una prolongación innecesaria de una situación de incertidumbre sobre la aceptación o rechazo definitivo de la acusación. Por una y otras razones, en el procedimiento penal, ha de exigirse con mayor rigor «la razonabilidad de la duración del proceso» (Sentencia 133/1988 de 4 de julio).

Toda esta doctrina jurisprudencial acerca de la comunicación de hechos en relación con la conducta de las personas y, por tanto, en relación a su honra, lleva a la conclusión de que lo importante es la verdad del mensaje. Y, por tanto, hay que dar todo tipo de facilidades a la «exceptio veritatis», extendiéndola a todos los casos de comunicación fáctica, estén o no considerados calumnia por el Código Penal.

Se ha querido encontrar otra consecuencia, aun cuando el Tribunal Constitucional no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de ella. Es la no extensión de la «exceptio veritatis» al proceso civil, en el caso del resarcimiento de daños civiles directamente. Porque en él se puede determinar la existencia de un daño, que

veremos que ha de ser doloso e intencionado, incluso difundiendo una verdad innecesariamente. Pero no puede decirse lo mismo de las consecuencias civiles en un procedimiento criminal, dado que estarán en función de la responsabilidad penal y, en consecuencia, relacionados con las alternativas procesales criminales.

Otra consecuencia apuntada es la compatibilidad del procedimiento civil o criminal de defensa contra los ataques al honor con el ejercicio del derecho de rectificación. Uno y otro procedimiento están dirigidos a esclarecer la verdad. Otra cosa es que sirvan como atenuante de la responsabilidad penal en el caso de publicación espontánea de una rectificación o de no obstaculización al derecho ejercitado por la persona aludida en una información.

10. La crítica y el derecho al honor

10.1. El enjuiciamiento de los hechos

Siempre conservando el derecho al honor en la acepción inamovible de dignidad, la otra variante posible en torno a los actos de los hombres es, no ya exponer sus hechos conforme a la verdad, sino valorarlos, enjuiciarlos o dar una opinión acerca de ellos. Tal opinión puede ser crítica y ofrecer un resultado positivo o negativo de la actuación humana. En el segundo caso —la crítica negativa, incluso destructiva—, puede o no ser mesurada. Si no lo es, nos sitúa en el terreno de la injuria conceptualmente hablando, es decir, conforme a la definición del artículo 457 del Código penal.

Por la injuria se profiere una expresión o se ejecuta una acción cualquiera que va en deshonra, descrédito o menosprecio de una persona. Si va en deshonra porque falta la educación entre la valoración y los hechos o actuación que se valora, prescindiendo aquí de que los hechos sean o no verdaderos. Si no lo son, estaremos en el campo de la calumnia conceptual y estará en juego la verdad. En la injuria como concepto se activa el criterio de valoración. Si va en descrédito de alguien es porque la valoración desconoce o no toma en cuenta el crédito de honorabilidad que tiene toda persona, no ya como su propia dignidad, sino como emanación de ella, crédito que merece tener en tanto no lo contradiga con su actuación. Si va en menosprecio, es porque se rebaja o se sustrae plenamente el aprecio que la persona tiene, merecido o no, por la sociedad.

La crítica por los actos externos de una persona, siempre sin agredir su dignidad personal, puede redundar lícitamente en contra —no de la honra—, sino de la fama. Puede afectar al crédito de la persona si ella misma, con sus actos, lo ha defraudado. Y puede dañar el aprecio social de la persona, lo que nos acerca de nuevo a la idea de fama. Lo que la crítica no puede hacer es sobrepasar los límites criteriológicos de la valoración con expresiones gratuitas o dictadas, no por la necesidad de la valoración misma, sino por otros motivos menos racionales. Estos motivos son los que constituyen el discutido «animus iniuriandi», que la doctrina y la Jurisprudencia anteriores a la Constitución habían ido distinguiendo del «animus criticandi», «informandi», «communicandi», «narrandi», «iocandi», etcétera, todos ellos sin motivación de injuriar.

10.2. Matizaciones del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional acepta la crítica u opinión contraria a determinados comportamientos (Sentencia, entre otras, 51/1989 de 22 de febrero). Da a la

opinión, como una de las formas de la que llama libertad de expresión, un ámbito mayor que al de la comunicación de hechos. Se equivoca, como hemos visto, al considerar que este mayor espacio se obtiene porque la opinión no está condicionada por la verdad, cuando la verdad no es una condición o límite, sino el constitutivo mismo de la comunicación de hechos. La opinión, y por tanto, la crítica tiene una doble movilidad: la que le da la libertad de pensamiento o libertad ideológica que sirve de módulo de valoración; y la que le da su aplicación al hecho o a la conducta de que se trate. Pero, como siempre, esta libertad no es más que el derecho. De ninguna manera, puede haber libertad para el insulto, la vejación, o la falta de respeto a la persona, que no son ingredientes criteriológicos de la opinión. Por el contrario, suelen producirse en la medida en que no hay lugar para un juicio adverso razonable o en que la razón no cubre toda la distancia a que aspira la pasión.

No se advierte, vistas así las cosas, por qué el tomar en cuenta el «animus» puede significar, como afirma el Tribunal, una posición previa favorable a la prevalencia del derecho al honor. El «animus» tiene sus dificultades de apreciación, como dato interno que es, lo mismo que otros elementos internos a los que apela el Código Penal con frecuencia. Pero está en el mismo núcleo del concepto doctrinal y legal de la injuria. Cuando se dice que hay que prescindir de él, se prescinde quizá de su culta latiniparla, pero, de un modo o de otro, se toma en cuenta. Así ocurre, como hemos visto, cuando se dice que las expresiones ofensivas deben ser leídas no aisladamente, sino en el conjunto del texto y en cuanto refuerzan la intención crítica de éste (como en la Sentencia 51/1989 de 22 de febrero). El conjunto del texto es el que viene a mostrar el «animus», llámesele como se le llame, lo que ha venido haciendo el Tribunal Supremo, por ejemplo, en la Sentencia de la Sala Segunda de 4 de noviembre de 1986. Y sigue haciéndolo, aunque no lo confiese, el Tribunal Constitucional.

No pueden considerarse lícitas, según el Tribunal Constitucional, las «consideraciones desprovistas de relación con la esencia del pensamiento que se formula y que, careciendo de interés público, resulten formalmente injuriosas de las personas a las que se dirijan» (Sentencias 107/1988 de 22 de febrero y 51/1989 de 22 de febrero). En el caso en cuestión no se trataba de pensamientos o ideas, sino de opiniones; pero esta desviación de términos no influye en el sentido de la Sentencia. Se introduce en ella la idea del interés público. Toda información, y lo son la opinión y la crítica, han de tener interés público. Si no lo tienen, la injuria o ataque a la honra o a la fama, según los casos, seguirá existiendo. También se puede afirmar lo complementario: no es necesario que la persona sea privada y que el asunto carezca de interés público para que la ofensa a la fama o a la honra se produzca. Así lo ha visto el Tribunal Supremo en las Sentencias, por ejemplo, de 22 de octubre de 1987 y 30 de marzo de 1988, ambas de la Sala Segunda.

10.3. Extralimitaciones

El Tribunal Constitucional pone en evidencia dos extralimitaciones posibles, ambas en la misma Sentencia 105/90 de 6 de junio. Una, la emisión de juicios sin relación con la información de hechos ofrecida y «que pretendían, independientemente de ella, vejar la imagen y dignidad... en forma innecesaria y gratuita en relación con tal información». Está claro que el Tribunal toma en cuenta la intención o «animus», aunque no lo diga. Como resulta claro también en este otro tex-

to de los fundamentos jurídicos: hay que establecer una diferencia entre la evaluación personal de una conducta, por desfavorable que sea, y el «emitir expresiones, afirmaciones o calificativos claramente vejatorios desvinculados de esa información y que resultan proferidos gratuitamente, sin justificación alguna, en cuyo caso cabe que nos hallemos ante la mera descalificación o incluso el insulto». Aquí en realidad no existe crítica, puesto que falta la base fáctica que enjuiciara y se sustituye por unas expresiones gratuitas, sin vinculación con unos hechos cuya denuncia el mismo Tribunal elogia.

La otra extralimitación toma en cuenta que la crítica no se refiere a los actos, sino a supuestos defectos físicos, valía moral y capacidad intelectual, utilizando «un conjunto de epítetos y afirmaciones, sin relación alguna con el tema del programa [radiofónico], que constituyen sin duda insultos en el más estricto sentido de la expresión, y no tienen nada que ver con la crítica, por dura que sea, de una conducta, sino que aparecen como meras exteriorizaciones de sentimientos personales ajenos a la información de hechos o a la formación de una opinión pública responsable».

El ataque al honor tiene, pues, en la crítica un doble frente. La opinión crítica sin base fáctica; y las expresiones proferidas al margen de la operación meramente subsuntiva de los hechos enjuiciados en una idea libre. En uno y otro caso, la intención injuriosa se trasluce. En el primero, porque no se juzgan actos, sino que se dirige la invectiva contra las personas y, por tanto se ataca a su dignidad. En el segundo, por la falta de adecuación entre lo dicho y lo hecho, se ataca a la honra.

En ambos casos se exige la intención o dolo. Lo que, aunque no lo ha dicho el Tribunal Constitucional, permite deducir una proposición válida: que no puede haber delitos contra el honor por simple imprudencia o negligencia. En este supuesto, solamente cabe la defensa del honor por la vía civil.

11. Resarcimiento del daño moral

Todas las agresiones al honor, en el sentido genérico de la palabra, producen un daño en el patrimonio moral de la persona, como las agresiones a los bienes producen un daño en el patrimonio material. La diferencia es que las últimas son tasables en términos ajustados a la realidad. No así los daños morales que no son traducibles a dinero y en los que entran varios factores o clases de daños y, por tanto, de resarcimientos.

Esta dificultad está en la base de que el daño moral haya sido muy tardíamente reconocido en nuestro Ordenamiento jurídico, a pesar de que se pueda citar su reconocimiento ya en el Código de las Siete Partidas de Alfonso el Sabio, en pleno siglo XIII. Pero el Código civil, como descendiente del Código napoleónico, nacido en plena Revolución burguesa, se preocupa tan solo de los bienes materiales y no menciona el daño moral. En nuestro Derecho positivo hubo un llamado Código de Obligaciones y Contratos para Marruecos, aprobado por el Real Decreto de 1 de junio de 1914 que lo acogió. La razón parece estar en que, poco tiempo antes, una Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912 —calificada de transcendental y valiente— había reconocido la existencia de un daño moral producido precisamente por una información calumniosa, por falsa. Se trataba de un periódico de Madrid en el que aparecía un titular destacado en los siguientes términos: «Fraile, raptor y suicida». El contenido de la noticia hacía referencia a un fraile existente, que había raptado a una mu-

chacha de una conocida familia y después se había suicidado. Los personajes existían; pero la noticia era totalmente falsa y el mismo periódico la desmintió al día siguiente. El Tribunal Supremo concedió a la mujer una indemnización por el daño moral, aunque en realidad, a la hora de la evaluación, se trataba del daño patrimonial indirecto que la falsedad había producido al dificultar el posible matrimonio de la mujer afectada. Es en otra Sentencia del mismo Tribunal, de 31 de marzo de 1930, en la que se reconoce la existencia de un daño moral propiamente dicho. Las resoluciones que se han sucedido reconociendo daño moral, se han basado en un artículo genérico del Código civil, el 1902, que establece la culpa o negligencia extracontractual.

La garantía de la indemnización era así muy parca y conseguida con un cierto afinamiento analógico en la aplicación del precepto citado. Para remediar esta falta vino la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. A ella nos hemos referido ya con suficiente detalle como para concluir que no ha cumplido la finalidad que persiguió el legislador, sino que, por el contrario, ha planteado problemas en su interpretación y aplicación.

La dificultad de evaluar el daño moral estriba en que tiene un carácter subjetivo o «valor de afección» cuya imposibilidad de compensación hace que, más que de una indemnización, se trate de una satisfacción que se proporciona al atacado sin carácter de equivalencia, que es imposible calcular. En cualquier caso, el Tribunal Supremo, aun en materias reguladas por la Ley 1/1982, ha seguido inspirándose en el principio sentado en el artículo 1902, como ocurre con la Sentencia de la Sala Primera de 2 de febrero de 1989, por ejemplo, en la que se trata del prestigio profesional de una persona.

En la legislación y Jurisprudencia comparadas hay acuerdo en que se repare el llamado «pretium doloris». La discusión se plantea en una línea más de vanguardia, por su acogimiento en las Sentencias de los Tribunales norteamericanos que incrementan la compensación por el daño con una llamada indemnización ejemplar o punitiva con el fin de añadir eficacia disuasoria al simple resarcimiento. No ha tenido acogida este segundo sumando de la indemnización entre nosotros. En nuestro sistema sería añadir una pena no tipificada. Incluso el resarcimiento por el estricto daño moral puede ser simbólico y así se solicitó en ocasiones anteriores. Lo que interesaba era salvar la honorabilidad de la persona. Otras veces la petición de indemnización iba acompañada del propósito de destinar ésta a una labor social o cultural determinada. La Ley 1/1982 ha venido a establecer un mercado del honor en el que se solicitan sumas fabulosas pensando que, aunque el Juez las reduzca, algo quedará de ellas. También importa, a veces, la publicación de la Sentencia en la que se concede la indemnización; pero no por restablecer la verdad, sino por obtener una publicidad gratuita de la imagen de la persona afectada.

En resumidas cuentas, la citada Ley solamente dedica el párrafo Tercero del Artículo noveno al tema de la indemnización: «La existencia del 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». Como se puede observar, la Ley tan solo da, como criterios de valoración, dos externos: la audiencia del medio y el beneficio

del causante. Uno y otro difíciles también de determinar cuando de la información se trata. En todo caso, nadie ha considerado que estos problemas rozan las disposiciones constitucionales. No en un supuesto de daño moral, sino de daño físico, se produce esta declaración de la Sentencia 16/1981 de 18 de mayo, perfectamente extrapolable a nuestro asunto: «Citan también los recurrentes el Artículo 33.1, de la Constitución Española, que reconoce la propiedad privada, pero aparte de que este precepto no se encuentra entre los protegidos por el recurso de amparo, es también evidente que la imposición de una indemnización de daños y perjuicios a consecuencia de la responsabilidad civil fijada por Sentencia no constituye una lesión al derecho constitucional de la propiedad privada».

12. A modo de conclusión

Cabe hacer, como resumen, las mismas apreciaciones llevadas a cabo al hilo de los temas tratados a lo largo del trabajo. El Tribunal Constitucional ha acertado a dar solución justa a unas determinadas situaciones que se le han planteado, a pesar de que sus razonamientos no están fundados en un análisis científico de la realidad de las cosas y de los conceptos. Más bien parte de unas normas constitucionales interpretadas, no conforme ordena la propia Constitución, sino en un sentido puramente literal, sin salir del ámbito estrecho del artículo 20, en el que se encuentra con una dualidad de derechos y libertades que no han reconducido a la unidad del derecho a la información consagrada por la doctrina y por los documentos internacionales. Y porque no ha sabido evaluar que los derechos humanos no pueden conocer límites externos ni, mucho menos, oposición entre ellos. Esta falta de solidez en los fundamentos jurídicos en los que, a pesar de todo, se impone la realidad a través del sentido común, es peligrosa porque ofrece un horizonte de inseguridad jurídica. Se trata de una Jurisprudencia joven, que ha encontrado las dificultades planteadas por un punto de partida legal desenfocado y no ha sabido superarlas con los resortes que la misma Constitución ofrece, fuera del Artículo 20. Cuando la Jurisprudencia constitucional se asiente en criterios mejor fundados, superará tales deficiencias en beneficio del principio de justicia, valor superior de nuestro Ordenamiento jurídico.

VII. El derecho a la intimidad

La intimidad ha merecido menor atención del Tribunal Constitucional que el honor. Sin embargo, la intimidad es un concepto que, como el del honor, es extrajurídico; pero tiene una importancia humana y, por tanto, jurídica no inferior a la del honor. Como en el asunto anterior, las deficiencias técnicas de la Constitución, que no han sido subsanadas con los remedios que la misma Constitución ofrece, han hecho que el Tribunal Constitucional haya acertado menos en sus motivaciones que en sus fallos. Las causas son, en parte, las mismas que generaron las del honor y, en parte, distintas.

1. La inflación de la intimidad

Los rodeos y desenfoces que se apreciaban en el Tribunal Constitucional al tratar del honor, se repiten al mantener el Tribunal que el derecho a la intimidad es un límite al derecho a la información. Intimidad e información no pueden ser excluyentes, antes bien han de complementarse, aunque tal complementariedad no es del mismo signo en la intimidad que en el honor.

En el caso de la intimidad, existe otra confusión inducida por los términos mismos de nuestra Constitución. A diferencia de otros ordenamientos jurídicos comparados, la Constitución española, y las leyes que de ella han partido, reconocen y protegen el derecho a la intimidad, no el derecho a la vida privada, lo que ha hecho que bajo el nombre de intimidad se hayan planteado asuntos que no afectan al campo de lo íntimo, sino al más amplio de lo privado. Se ha producido así en el juzgador una especie de inflación de lo íntimo que lo ha devaluado. La solución no ha consistido en aclarar los conceptos para aplicar debidamente la ley, sino en negar al derecho a la intimidad su carácter de derecho inseparable del derecho a la personalidad.

La misma Ley 1/1982 de 5 de mayo ha contribuido a fomentar esta desviación, al proteger civilmente un derecho cuyo objeto no tiene claro el legislador. Porque la intimidad, a diferencia del honor, carece de tradición en su protección legal.

La protección de la intimidad está prácticamente ausente del Código Penal. Se castiga el allanamiento de morada, la violación del domicilio y de la correspondencia y el descubrimiento y revelación de secretos en sus diversas formas. Tan sólo el párrafo 2 del artículo 566 castiga como falta la difusión maliciosa de hechos relativos a la vida privada que, sin ser injuriosos, puedan producir perjuicios, o graves disgustos, en la familia a que la noticia se refiera. Son notorias las lagu-

nas e imprevisiones de la ley y la levedad de las sanciones, a diferencia de lo que ocurría con el honor.

2. Las tres esferas de la personalidad

El derecho a la intimidad merece una importante clarificación. El núcleo de la personalidad humana está rodeado de tres esferas. En la Sentencia 231/1988 de 2 de diciembre, el Tribunal Constitucional cita precisamente una de ellas: la «esfera de la intimidad». Pero rodeándola, está la de la vida privada; y todo lo que queda por fuera de ella constituye la vida pública. El problema consiste en definir la línea separatoria entre las esferas cercanas para ver qué posición ha de adoptar el Derecho en la protección de cada una. Pero esta línea no está trazada caprichosa, convencional o legalmente, sino que obedece a la naturaleza misma de lo que cada esfera deslinda.

Se puede adelantar la solución que parece correcta: la esfera de la vida pública puede y debe ser siempre objeto de la información; la esfera de la vida privada puede ser siempre objeto del mensaje, pero debe serlo tan sólo cuando la actuación privada trasciende a la vida pública; la vida íntima no sólo no es informable, sino que ni siquiera es investigable. No puede, ni debe ser objeto de la información. Es un núcleo totalmente reservado.

3. La reserva no es secreto

No es ocioso dedicar un poco de atención a la diferencia entre la reserva y el secreto. Por su etimología y por su sentido actual, secreto es lo separado, lo aislado, aquello que se conoce, pero que se tiene por no conocido: se deja aparte, como si no existiese a efectos de la comunicación. Se trata, por tanto, de algo objetivo y objetivado que, por diferentes razones, se aleja, más o menos artificiosamente, del campo de la información.

Reserva, en cambio, significa algo muy guardado, encerrado, escondido, oculto al conocimiento de los demás, les interese o no. Lo que no interesa es que los demás lo conozcan. Aunque en algún caso puede tener indirectamente alguna referencia material, significa la subjetivización de las cosas en el ánimo de las personas. Se da, por tanto, en el interior del ser humano. La reserva es el efecto, no la causa de la intimidad como en ocasiones se ha afirmado. No es algo que el hombre saca de sí y protege, sino algo que no ha salido de su interior porque no quiere que salga y, menos, que un extraño lo saque.

El Tribunal Constitucional no ha distinguido bien una y otra categoría. En la misma Sentencia, la 114/1984 de 29 de noviembre, acierta al aplicar la noción de secreto a las comunicaciones, conforme el artículo 18,3. de la Constitución y al afirmar que tal secreto protege no sólo el proceso de la comunicación, sino también el mensaje y la identidad subjetiva de los interlocutores o corresponsales. En cambio, extiende el ámbito del secreto a lo que es impenetrable por terceros. Por definición, lo que, de una manera u otra, se comunica es porque alguien lo conoce.

Propio de la intimidad no es el secreto. El secreto puede servir de coraza externa cuando la intimidad se revela a alguien. Así ocurre en el caso del médico, del sacerdote, del abogado, del funcionario, de todo aquel al que obliga el secreto profesional general, del artículo 24 de la Constitución, radicalmente distinto del secreto profesional informativo, del artículo 20, al que ya nos hemos referido.

4. La absoluta soledad del hombre ensimismado

Hay que definir, por tanto, qué es la intimidad para contrastarla con la vida privada. La definición se ha intentado desde distintos puntos de vista: antropológico, psicológico, pedagógico, ético, etcétera. Desde el punto de vista jurídico interesa saber qué justificación tiene la reserva de la intimidad frente a la comunicación. Esta determinación nos marcará el lindero con la vida privada. El de la vida privada con la vida pública tiene un planteamiento puramente empírico e históricamente variable. Aquí cabe aceptar unas palabras del preámbulo de la Ley 1/1982: la determinación de ese lindero se da «de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad». El principio de participación, por ejemplo, como derecho y como deber, ha aproximado al hombre y a sus actos a la esfera pública. Tal variabilidad no se da, en cambio, en la línea divisoria de la esfera privada y la intimidad.

El trazado de estos límites no es fácil. La dificultad ha hecho que algunos autores hayan renunciado a definir la intimidad; la hayan definido por sus caracteres externos; o por sus efectos; la hayan confundido con el secreto; o hayan pensado que no puede haber un derecho a la intimidad, dado que sería un derecho de un sujeto sobre el mismo sujeto, sobre la propia esencia de la subjetividad. Esta misma dificultad y los peligros crecientes que la técnica puede suponer para la intimidad han hecho que su protección —que parecía algo espontáneo hasta hace relativamente poco tiempo— haya accedido a la ley positiva como consecuencia de su reconocimiento como derecho.

Etimológicamente íntimo significa lo más dentro posible. El primer rasgo de lo íntimo es su apego al núcleo mismo de la personalidad. No es la misma personalidad, aunque influya mucho en su fisonomía. Es la absoluta soledad del hombre cuando vive consigo mismo, ensimismado, gozando íntegra y absolutamente de su existencia más evidente. En este sentido no se puede afirmar, como se ha dicho al interpretar la «privacy» sajona, que la intimidad es un privilegio burgués. La intimidad es de todos, no tanto por el principio de igualdad, que es un efecto, como por la igualdad sustancial humana que le sirve de base y que exige tener una conciencia del «yo» desde la que proyectar la relación con el «otro», en que el «yo», como dice algún autor, se convierte en «mí».

Esta es la doble función de la intimidad: ser el baluarte de la personalidad del hombre; y constituir su plataforma de lanzamiento hacia la comunidad. Resulta así una condición esencial de la vida humana, individual y socialmente considerada. El hombre ha de ser útil a la sociedad, pero no como objeto que la técnica puede llegar a controlar hasta el detalle de su pensamiento o de su conciencia, sino como sujeto agente que actúa, como elemento personal de las múltiples relaciones sociales que se construyen a través, precisamente, de la comunicación. La intimidad no puede ser un límite de la información, sino un factor que está en la base de su causa eficiente. Toda comunicación, incluso la información de hechos, exige una aprehensión previa, una subjetivización de lo conocido, una traducción de objeto a palabra. Lo que no puede hacerse si el hombre se convierte en un repetidor mecánico o en un simple espejo reproductor de imágenes exteriores. Es necesaria una cimentación que permita distinguir a cada hombre, que es el que puede tener una vida compartida con los demás, porque parte de una vida exclusiva, reservada. Cuanto más rica y llena tano más puede rebosar hacia el exterior. La libertad de expresión es la proyección de un ámbito cerrado, sólido, exento de intromisiones exteriores que, por sí solas, lo destruyen.

5. La desdramatización

La intromisión en la intimidad no se da por su publicación, sino antes, en el momento mismo en que se produce la invasión en ella. La comunicación de esta intimidad desvelada por alguien extraño hace partícipes a los demás de la invasión del mundo interior en el que el hombre necesita estar solo.

Tanto el invasor cuanto el invadido son personas humanas. La intimidad es algo propio exclusivamente del hombre. La vida del animal irracional se la da hecha la naturaleza. La del hombre se crea a sí misma, es labor del propio yo. Como tal es susceptible de profundización. Primero, porque el hombre es interiormente un abismo insondable. Segundo, porque la intimidad, para que lo sea, ha de conocerse por el hombre que la vive. Por eso, según los psicólogos, la intimidad nace juntamente con la adolescencia, es decir, con la capacidad de reflexionar o de flexionar la mente hacia el interior de la persona.

La intimidad es la fuente oculta donde nacen las ideas que, como tales ideas, o convertidas en valoraciones de hechos, es decir, los juicios u opiniones, constituyen el punto de proyección para la comunicación libre. El hombre sin una vida íntima rica, limita sus posibilidades de expresión, tiene menos opciones y, por tanto, es menos libre para comunicarse. Como también lo es para comprender en todas sus dimensiones las comunicaciones recibidas; se convierte en un simple gregario. La intimidad es el filtro que permite al hombre seleccionar libremente las influencias exteriores y edificar su propio ser de hombre, lo que llamamos personalidad en términos no jurídicos, aunque tampoco se opone a ellos.

El propio yo, el ámbito de la soledad del hombre, el derecho del hombre a estar solo, es genuino porque en él es imposible la ficción. En idea de un pensador actual, al fingirnos algo a nosotros mismos sabemos que fingimos y nuestra íntima ficción no logra nunca constituirse plenamente, sino que, en el fondo, notamos su inautenticidad, no conseguimos engañarnos, vemos la trampa. De este modo, el mundo histórico que el hombre recibe —por tradición y por comunicación— va adoptando una forma personal que, aleada con las propias ideas, configura el proyecto de vida en el que se revela la autenticidad. De una manera absoluta u ontológica se podría definir la intimidad como «el ser lo que se es».

6. Disfunción antes que difusión

Pero una definición meramente ontológica, para estar dotada de operatividad, ha de tener en cuenta un elemento psicológico. Lo que reporta el riesgo de la subjetividad; aunque, en la medida en que es igual a todos, adquiere una especie de objetividad hegeliana: ya no se refiere a ésta o aquella intimidad, sino a toda intimidad. La objeción de conciencia la opone cada uno; pero es definible para todos. La conciencia es algo íntimo, pero no agota las posibilidades de la intimidad. Como tampoco lo agota la reserva sobre la ideología, religión y creencias que el Artículo 16,2. de la Constitución garantiza a toda persona.

El hombre, todo hombre, en mayor o menor medida, es capaz de construir su propia intimidad. Es capaz de hacerse a sí mismo, conocer este hacerse y sentirse distinto a los demás. Es un ser que, sin dejar de ser genéricamente igual a los demás, es capaz de conocerse a sí mismo como un ser peculiar, como un ser único. En resumen, puede definirse la intimidad como el ámbito interior del hombre que él considera inespecífico, distinto a cualquier otro, independientemente de que lo

sea. La Sentencia Constitucional 231/1988 de 2 de diciembre, después de considerar que el derecho a la intimidad aparece vinculado a la personalidad y deriva de la dignidad de la persona, define la intimidad como «un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás»; un ámbito necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana. Por tanto, es un derecho personalísimo y ligado a la misma existencia del individuo.

Las personas acostumbradas a recibir confidencias, como médicos, sacerdotes, abogados, etcétera, saben que los problemas internos de los hombres son muy parecidos, lo que demuestra que lo son sus vivencias. Pero saben también que cada uno las considera suyas, originales, inéditas. Y, en realidad, lo son desde el momento en que llevan la impronta personal del que las revela porque quiere. A pesar de esta repetición de experiencias, no hay dos personas iguales. El entrometido, el oliscón, destruye este núcleo de la personalidad. Y agrava esa destrucción si, además, la difunde. La destrucción de la intimidad, que tiene unos efectos irreversibles, constituye una disfunción social.

A diferencia de lo que ocurre con el honor, que se lesiona con la comunicación, la Ley 1/1982 —redactada pensando más directamente en la intimidad— protege predominantemente la intimidad misma, como paso previo a su difusión o aunque ésta no se dé. El único supuesto en que habla de difusión es el punto 3 del artículo 7 de la Ley 1/1982, en que, además, confunde intimidad con el honor.

Se equivoca la Ley al apreciar que no existe intromisión ilegítima en la intimidad «cuando estuviere expresamente autorizado por la ley», porque esto supone que la ley no respeta el contenido esencial de la intimidad, como manda el Artículo 53,1. de la Constitución. En la palabra intimidad no caben las distinciones que fue preciso hacer con el concepto de honor. Acierta, en cambio, la Ley cuando delimita la intimidad «atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o para su familia». Porque la intimidad es comunicable y compartible como realidad trascendente que es; aunque solamente sea la voluntad personal la que puede convertir su propia intimidad en objeto lícito de la información. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se acude a los servicios de un profesional; cuando se hace una confidencia a un amigo; o en el ámbito, también reservado, de la familia. Por eso se habla de intimidad familiar, aunque ésta es ya una intimidad compartida. Y por eso no es obstáculo para que cada miembro de la familia mantenga su propia intimidad. La intimidad nunca es totalmente compartible, siempre quedará un residuo interior en cada persona. Pero, al menos teóricamente, siempre habrá la posibilidad de destruirla mediante técnicas psicológicas o dispositivos inventados o por inventar. Frente a ellos ha de protegerse la intimidad y ninguna ley podrá autorizar su invasión, que supone la destrucción de la personalidad.

También existe la posibilidad de comerciar con ella, comunicándole voluntariamente para que se difunda. Algún autor ha afirmado que si prostitución es comerciar con el cuerpo, está muy cerca de la prostitución airear la vida íntima por dinero. O por simple afán de notoriedad, lo que nos acerca al exhibicionismo.

7. El secreto de las comunicaciones y otros derechos afines

El artículo 18 de la Constitución, en sus párrafos 2 a 4, declara inviolable el domicilio, garantiza el secreto de las comunicaciones y ordena que la ley limite el

uso de la informática. Ya hemos visto que también castiga el Código penal la violación de estos derechos. Aunque no constituyen, en sí mismos, la intimidad, son como sus guardianes y también, en su caso, lo son de la vida privada. No resultan por tanto, tan rigurosamente intangibles como el derecho a la intimidad.

A la vida privada se ha referido el Tribunal Constitucional en varias resoluciones. «La inviolabilidad del domicilio constituye un auténtico derecho fundamental de la persona establecido para garantizar el ámbito de privacidad de ésta.» (Sentencia 137/1985 de 17 de octubre y Auto 642/1986 de 23 de julio). Menos influida por la terminología sajona, pero más expresiva, es la Sentencia 22/1984 de 17 de febrero que afirma que «la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona. Por ello existe un nexo de unión indisoluble entre la norma del 18,2. y la del 18,1. «Lo que, sigue diciendo la Sentencia, obliga a mantener un concepto constitucional de domicilio de mayor amplitud que el concepto jurídico —privado o jurídico— administrativo. El Tribunal no ha conocido asuntos de secretos profesionales generales, temas sobre los que existe abundante Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Pero sí de secreto de comunicaciones.

Las Sentencias 114/1987 de 29 de noviembre y 199/1987 de 16 de diciembre trataron este tema. El derecho al secreto de las comunicaciones «consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así, a través de la imposición a todos del secreto, la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo o captación de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo). Por ello no resulta aceptable que el Artículo 18,3. de la Constitución proteja sólo el proceso de la comunicación y no el mensaje, en el caso de que éste se materialice en algún objeto físico. Y puede también decirse que el concepto de 'secreto' que aparece en el Artículo 18,3. no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales».

«La presencia de un elemento ajeno a aquellos entre los que media el proceso de la comunicación es, por tanto, indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado. No hay 'secreto' para aquel a quien la comunicación se dirige. Sobre éste no pesa sino, en todo caso, un posible 'deber de reserva' (un deber que derivaría del derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18,1. de la Constitución española)».

«Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera 'intima' del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el artículo 18,1. de la Constitución. Otro tanto cabe decir respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica. Este acto no conculca secreto alguno impuesto por el artículo 18,3. y tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado. Por lo que a esta última dimensión del comporta-

miento considerado se refiere, es también claro que la contravención constitucional sólo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (artículo 18,1. de la Constitución). Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el artículo 18,3. de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurrir, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado.»

«Si a esta solución se llega examinando la Constitución, otro tanto cabe decir a propósito de las disposiciones ordinarias que garantizan, desarrollando aquélla, el derecho a la intimidad y a la integridad y libertad de las comunicaciones: Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo.»

Los peligros siguen existiendo. Los llamados «pinchazos» telefónicos, la sustracción de paquetes postales, y diversos procedimientos informáticos del Fisco, ponen en peligro la intimidad y la vida privada. Una Sentencia del Tribunal de Derechos del Hombre de Estrasburgo, la de 2 de agosto de 1984, condena el empleo de un instrumento llamado «comptage», que permite registrar cuales hayan sido los números telefónicos marcados, aunque no el contenido de las conversaciones. En los Estados Unidos se ha considerado por la doctrina que los tests psicológicos para obtener un puesto en una organización pública o privada van en contra del derecho a la intimidad.

8. La intimidad de las personas jurídicas

Como en el caso del derecho al honor, también se ha planteado la cuestión de si las personas jurídicas son o no titulares del derecho a la intimidad. El Auto 257/1985 de 17 de julio niega el derecho a la intimidad de las sociedades mercantiles. Las empresas tienen, efectivamente, otros resortes jurídicos para defender lo que no es intimidad, sino secreto.

La Sentencia 137/1985 de 17 de octubre parece revisar su propia doctrina, al admitir a la protección constitucional del artículo 18 a la persona en general y, en consecuencia, a la persona jurídica. Pero, si bien se observa, la Sentencia no se refiere a la intimidad, sino a la inviolabilidad del domicilio. Y domicilio tienen —y han de tenerlo por deber legal— las personas jurídicas. Lo que no significa que tengan intimidad más que, si acaso, en términos metafóricos. Y la metáfora puede ser peligrosa en Derecho.

9. Lo que no es intimidad

El Tribunal Constitucional ha negado —con razón, pero en contradicción con su postura contraria al «animus»— que la intimidad no padece cuando los Tribunales determinan la intención subjetiva necesaria para apreciar una figura delictiva. (Sentencia 2/1981 de 30 de enero.) Tampoco, según el Tribunal, el derecho a la intimidad personal queda violado porque se impongan a la persona limitaciones a su libertad, como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el Ordenamiento regula, pues la intimidad «es un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren» (Sentencia 73/1982 de 2 de diciembre. El texto lo repite la Sentencia 170/1987 de 30 de octubre). El Auto 257/1985 de 17 de abril señala que no son contrarias a la intimidad las pruebas acordadas por el Juez competente por-

que se hallan incluidas en el supuesto legal del Artículo 8,1. de la Ley 1/1982 que establece que «no se reputarán intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley». Ni la Ley, ni los Jueces pueden decir que son actuaciones legítimas las que no lo son. Y no lo son si afectan a la intimidad del hombre. Lógicamente, las leyes procesales no autorizan, en ningún caso, esta intromisión.

La Sentencia 110/1984 de 26 de noviembre es paradigmática de lo que, desde el principio del capítulo, venimos afirmando. A un abogado en ejercicio le había reclamado la inspección de Hacienda la exhibición de los extractos de las cuentas bancarias en donde se ingresaban sus honorarios profesionales. Las Sentencias de instancia confirmaron la legalidad del requerimiento fiscal. La demanda de amparo tan sólo podía fundarse en la protección al derecho a la intimidad; y así lo hizo. El Tribunal Constitucional dictó un fallo justo, pero con una fundamentación equivocada: negando que el derecho a la intimidad sea un derecho absoluto, para lo que, además, negaba con carácter general que ningún derecho fundamental lo fuera. Lo que ocurría en este caso es que el problema no era de intimidad, sino de vida privada como son todos los asuntos referentes al patrimonio personal o familiar. En el caso de las relaciones patrimoniales con el fisco, la cuestión adquiere trascendencia pública y, en consecuencia, pierde su carácter de reserva o confidencialidad. El Tribunal no lo explicó así con lo que volvió al intento de probar demasiado. Nada impediría, de seguir su doctrina, que por ley se restableciera, por ejemplo, la pena de muerte, abolida por el artículo 15 de la Constitución.

La Sentencia, sin embargo, contiene declaraciones interesantes. Una de ellas es la mención de que el reconocimiento del derecho a la intimidad supone una novedad legal y constitucional. Otra, que las limitaciones que la ley establezca solamente pueden estar autorizadas «por imperativos de interés público», lo que ocurría en este caso, pues la Constitución en el artículo 31,1. impone el deber a todos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. Hay que entender también que esto es cierto si se refiere a la vida privada y no a la intimidad. Finalmente, dice con razón la Sentencia que en los extractos de cuentas bancarias figura solamente la causa genérica de cada partida, pero no su causa concreta, por lo que tales datos no tienen relevancia para la intimidad personal y familiar. Esta última declaración la repite el Auto 642/1986 de 23 de julio.

10. El caso «Paquirri» y otros

La Sentencia 37/1989 de 15 de febrero resuelve un aspecto interesante acerca de la intimidad. «La Constitución garantiza la intimidad personal de la que forma parte la intimidad corporal, de principio inmune, en las relaciones jurídicas públicas que ahora importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo humano quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el Ordenamiento, en tanto que responde a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad». Aunque el Tribunal no lo fundamenta en un derecho inherente a la persona humana, reconoce que el derecho a la intimidad se manifiesta espontáneamente por el pudor de las personas, incluso frente a una orden judicial, que no lograba motivar suficientemente «la proporcionalidad del sacrificio del derecho».

Es sentencia importante la 231/1988 de 2 de diciembre, tanto por los personajes que en ella aparecen —se trata del «caso Paquirri»— como principalmente por

la doctrina sentada. La Sentencia involucra el derecho a la intimidad con el derecho a la propia imagen. Conviene recordar que la demanda de protección civil, formulada por la viuda del torero fallecido, se dirigía contra una empresa que estaba comercializando un vídeo de la cogida y últimos instantes de la vida del lidiador y que había sido emitida por una cadena de televisión. El juzgado de Primera Instancia accedió a la demanda; la Audiencia Territorial confirmó la Sentencia; pero el Tribunal Supremo anuló la Sentencia de la Audiencia y levantó la medida cautelar que impedía el comercio de las cintas. El Tribunal Constitucional declara nula la Sentencia del Supremo. La Resolución constitucional contiene afirmaciones importantes, que es necesario destacar.

La viuda de la persona que ha sufrido una intromisión en su intimidad, sufre también tal intromisión, pues forma parte del ámbito familiar y, por tanto, está legitimada para reclamar la protección civil. La intimidad «por su repercusión moral» es también un derecho de los familiares.

Las escenas rodadas en la enfermería de la plaza no forman parte del espectáculo taurino ni del ejercicio de la profesión de notoriedad pública de un torero, una vez que abandona el coso, pues ello «supondría convertir en instrumento de diversión y entretenimiento algo tan personal como los padecimientos y la misma muerte de un individuo».

Constituyen intimidad las heridas sufridas, la situación y reacción del herido, aunque fuese de ejemplar entereza, y la manifestación de su estado anímico que se revela en las imágenes de sus ademanes y de su rostro que causaron en muy breve plazo la muerte del afectado.

La enfermería no es un lugar abierto al público, independientemente de que, de hecho, se introdujesen personas ajenas al servicio a las que, por otra parte, el médico mandó desalojar, lo que interrumpió el rodaje del documental.

Resulta irrelevante que las imágenes grabadas y, por su distribución, puestas permanentemente a disposición del público, procedan directamente de la realidad o de una emisión de televisión. La Sentencia dice que no se juzga en el proceso la información dada en su momento por televisión, sino la difusión que se produce sin relación con el origen de la grabación por vídeo ni con las informaciones que en su momento se produjeron. Pero también presupone que el derecho a la intimidad tiene una entidad permanente que, si bien se arrolla con la intromisión, se agrava con la difusión: con «la permanente puesta a disposición del público» en una cinta que hace posible su reproducción «en cualquier momento y ante cualquier audiencia».

En este caso, la difusión tenía un carácter comercial, con lo que la indemnización podía ser importante por los beneficios que hubiese reportado a los distribuidores del vídeo. La Sentencia no se pronuncia sobre el extremo de indemnización, pues, por razones procesales, retrotrae el procedimiento al momento en que el Tribunal Supremo debió pronunciarse acerca del mismo, lo que no hizo, pues negó el derecho a la protección.

11. Resumen

Recopilando lo que llevamos señalado acerca del derecho a la intimidad en su relación con el derecho a la información, cabe decir que, además de encerrarse en la teoría de los «límites», el Tribunal Constitucional no ha acertado a ver la diferencia entre intimidad y vida privada. Como la vida privada es informable en el

caso de que afecte a la vida pública, la solución del Tribunal —a partir de la confusión intimidad y vida privada— ha sido negar la ilimitabilidad del derecho a la intimidad. Por lo demás, en otras Sentencias, ha ofrecido ideas fecundas para la aplicación y el desarrollo del texto constitucional.

VIII. Los otros derechos

Además del derecho al honor y a la intimidad, el párrafo 4 del artículo 20 cita «especialmente» el derecho a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. El Título I de la Constitución contiene el reconocimiento de otros derechos menos coordinables con el derecho a la información. Los es, en cambio, un derecho no mencionado expresamente en el texto constitucional, pero que los autores —ya lo dijimos— no dudan en que subyace a las palabras de la Constitución: es el derecho a la paz.

El Tribunal Constitucional ha tenido escasas ocasiones de entender acerca del derecho a la propia imagen. Solamente en una Sentencia se ha referido incidentalmente a la protección de la juventud y de la infancia. Y no ha mencionado el derecho a la paz, pero sí a dos de sus manifestaciones: la seguridad jurídica, a propósito del secreto sumarial; y la información de las actividades terroristas.

1. El derecho a la propia imagen

Entre los derechos nucleares de la personalidad (vida, libertad, intimidad y honor) y el derecho periférico o relacional a la información existe un derecho que se sitúa en un lugar intermedio y que se conoce con el nombre de derecho a la propia imagen. Con frecuencia se le ha confundido con el derecho al honor y, más todavía, con el derecho a la intimidad. Es cierto que pueden darse casos de violación de dos o de los tres derechos, pero esto no justifica que se confundan ni que intente proporcionarse al derecho a la propia imagen el falso respaldo de otros derechos.

El derecho a la propia imagen tiene tres aspectos. Es la suprema concreción del derecho al propio cuerpo, dado que su imagen se concentra principalmente en una faz irrepetible; una faz, además, que refleja afectos, estados de ánimo, carácter moral, etcétera, lo que nos muestra su vertiente personal. La comunicación del hombre se verifica por la palabra, pero también por el gesto y los ademanes; y el rostro es, asimismo, el más importante elemento de identificación, más incluso que el nombre que puede estar referido a más de una persona. La imagen proyecta socialmente al hombre, lo que nos sitúa en su vertiente comunitaria. Una y otra desembocan en un tercer aspecto, que es la posibilidad de reproducción y difusión de la imagen a la que, en unos casos, tiene derecho la comunidad y, en otros, el titular del derecho puede impedirlo o someterlo a determinadas condiciones.

En esta tensión entre lo personal y lo comunitario incide el problema del derecho a la propia imagen. Desde antiguo, las legislaciones comparadas han considerado falta grave la reproducción de la imagen sin consentimiento del represen-

tado; y muy grave cuando se ha llevado a cabo contra su voluntad. Pero también ha justificado la difusión de la imagen en determinadas circunstancias prescindiendo de la aquiescencia del representado en ella. La Ley 1/1982 incluye en el posible objeto del derecho a la propia imagen, el nombre y la voz, cuando se difundan con fines publicitarios. Pero también se han ido aumentando los supuestos excepcionales que justifican la difusión de la imagen de una persona sin su consentimiento e, incluso, con su oposición.

La protección del derecho a la propia imagen en el Ordenamiento jurídico español es nueva. Hasta la Constitución de 1978 y la Ley Orgánica 1/1982, se acudía, como única defensa, el artículo 1902 del Código civil. En el Código Penal aparece unido a la calumnia y la injuria que pueden cometerse, «no sólo manifiestamente, sino por alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones» (Artículo 462). La Constitución lo reconoce en las mismas dos normas que al honor y la intimidad y también los protege conjuntamente la Ley 1/1982. El patrón único que la Ley de protección civil utiliza, y que no siempre se adapta a los otros dos derechos, está más ajustada al de la propia imagen. En el caso del derecho a la propia imagen sí que es lícito decir que puede quedar en suspenso su ejercicio cuando su ámbito quede desprotegido por autorización expresa de una ley o por actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley; entre ellas, el que se difunda cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante (Artículos segundo, Dos y octavo Uno). Tampoco se impedirá su difusión, según la Ley, 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 al público abiertos; ni la utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social; ni la imagen de una persona determinada cuando aparezca como meramente accesorio en una información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público. Hay, además, otros supuestos, razonados por la doctrina y la Jurisprudencia, como la exhibición de la imagen de un presunto delincuente para facilitar así su busca y captura.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 170/1987 de 30 de octubre dice que en el «ámbito de la intimidad, reviste singular importancia la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma». El planteamiento del Constitucional priva así del máximo grado de interioridad a la intimidad, y de sustantividad propia e independiente a la propia imagen. La Sentencia 73/1982 de 2 de diciembre había dicho que los derechos del artículo 18 de la Constitución no pueden considerarse violados cuando se les impongan limitaciones «como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el Ordenamiento jurídico regula». Si se aplicase exclusivamente a la propia imagen, la declaración sería aceptable. No, si se extiende a la dignidad humana o a la intimidad porque dejarían de ser deberes. La Sentencia citada 170/1987 se refería a un caso de colisión entre el derecho a la libre organización productiva, que la legislación laboral reconoce al empresario —conforme al artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores—, y el derecho a la propia imagen. La Sentencia hace prevalecer el derecho de un empresario hotelero a exigir a un camarero que no lleve barba. Como se advierte, no se trataba de la difusión de la imagen y, por tanto, no es que se determinaba la prevalencia de una Ley sobre la Constitución; sino que se dilucidaba, simplemente, si una decisión del trabajador referente a su persona puede limitarse o condicionarse en virtud de las específicas relaciones laborales en que desarrolla su actividad profesional.

La ya citada Sentencia 231/1988 de 2 de diciembre, que resuelve el llamado «caso Paquirri» y que concluye, como hemos visto, en favor del derecho a la intimidad familiar, plantea circunstancialmente el problema de si el derecho a la propia imagen, por ser de la personalidad, se extingue con la muerte, ya que protege «un ámbito vital reservado que, con la muerte, deviene inexistente». La Sentencia resuelve que, una vez fallecido el titular, el bien de la personalidad no existe, aunque puedan pervivir sus efectos patrimoniales; pero tales efectos tienen sus vías civiles de reclamación que quedan fuera del derecho de amparo. El Tribunal justifica así la no entrada en el tema; lo que podía haber hecho también fundamentando su resolución en el carácter más absoluto y firme del derecho a la intimidad en el que basó su fallo. Pero el derecho a la propia imagen tiene mayor vinculación personal que el derecho de autor, por ejemplo, que no se extingue por la muerte, incluso en sus facultades no económicas, entre ellas, la cardinal de difundir o no.

2. La protección de los menores

Tan sólo la Sentencia 49/1984 de 5 de abril se ha referido a la protección de la juventud y la infancia de un modo tangencial, ya que no resolvió un recurso de amparo, sino una cuestión de competencia planteada por una Comunidad autónoma contra determinados artículos de la Ley ordinaria 1/1982 de 24 de febrero, que reguló las salas especiales de exhibición cinematográfica, la filmoteca española y las tarifas de las tasas por licencia de doblaje.

La Sentencia se limita a declarar que todo el conjunto de medidas «ligado a la calificación se orienta a la protección de un bien constitucionalizado, como es la protección de la juventud y de la infancia (artículo 20,4. y, en su caso, artículo 39, 4 de la Constitución española), en relación con la sensibilidad moral del espectador medio». No se comprende esta última frase, dado que la protección de los menores se da por el carácter formativo o deformante de los medios, que contribuirán a no a crear o a desvirtuar tal sensibilidad.

El tema de la protección de la juventud y de la infancia ha sido uno de los que más literatura científica ha generado y sigue generando. No solamente en el sentido protector de unas personas que, siendo titulares del derecho a la información, carecen, por su edad, del criterio necesario para defenderse a sí mismas; sino también en el aspecto promotor de la capacidad formativa de los medios de comunicación social y como auxiliares de los métodos pedagógicos.

Podía el Tribunal haberse referido a este derecho a la educación, que es el que figura en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I, y que tiene mayor protección ante el propio Tribunal que el artículo 39, conforme al Artículo 53,2. de la Constitución. La alusión al párrafo 4 del artículo 39 no sería ociosa si se tuviese en cuenta la integridad de su texto: «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

No a título de acuerdo, sino de disposición de la Comunidad Europea, la Directiva 89/552 de 3 de octubre sobre las actividades de radiodifusión televisiva, dedica su capítulo V, al tema de la «Protección de los menores». El Estado español ha de adaptar su legislación a lo dispuesto en la Directiva antes del 3 de octubre de 1991. Las nuevas normas habrán de garantizar que la televisión no incluya programas que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores; ni escenas de pornografía o violencia gratuita; ni incitación al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad. La congruencia del Ordena-

miento exigiría que, al mismo tiempo, tales medidas se extendiesen a todos los medios de comunicación social.

3. El secreto del sumario

El derecho a la seguridad jurídica está incluido en el derecho a la paz. Puede exigirse que, en la fase inquisitiva de averiguación de los delitos y acopio del material probatorio, se declare el secreto sobre el contenido material de sus resultados, o «sumario». Si el fin del procedimiento penal es el descubrimiento de la verdad, se pregunta parte de la doctrina qué eficacia tiene el secreto del sumario, a lo que contesta otra parte que la publicidad de la actuación judicial en esta fase puede poner en peligro las pruebas, acusatorias o no.

La Sentencia 13/1985 de 31 de enero consideró injustificada la prohibición judicial de que se difundieran unas fotografías de la víctima de un incendio, obtenidas antes de la incoación de las diligencias previas por parte del Juez. Ya esta solución pone en evidencia que el secreto del sumario se extiende cronológicamente desde el momento de su apertura hasta el de su cierre. No más allá. Pero, además, la Sentencia contiene otras ideas significativas, que se exponen en apretado esquema.

El principio de publicidad de los juicios es la regla general que garantiza la defensa de las partes (Artículos 24,1. y 120,1. de la Constitución). La Sentencia 30/1982 de 1 de junio implica, para la efectividad de este principio, a los medios de comunicación social, conectando así el derecho a la defensa con el derecho a la información.

«La regla que dispone el secreto de las actuaciones sumariales es, ante todo, una excepción a la garantía institucional de la publicidad del juicio.» Como tal excepción, «requiere, en su aplicación concreta, una interpretación estricta». Además, ha de ser motivada. La sentencia parece conformarse con una motivación de interés público, que garantice la persecución del delito. La doctrina exige también que se base en la protección personal de los derechos fundamentales en juego, tanto de la víctima, como de los justiciables.

El secreto sumarial se limita al «acto formal complejo» del sumario, constituido por un conjunto de actos, documentos y objetos. No se establece como un límite del derecho a la información, sino, «más amplia y genéricamente, como un impedimento al conocimiento por cualquiera, incluidas las mismas partes en algún caso, de las actuaciones seguidas en esta etapa del procedimiento penal». Se puede publicar, por tanto, todo hecho que ocurra en la realidad exterior al sumario, aunque de él esté investigando al Juez. Se puede publicar aquello que se conozca por vías extraprocesales. Y se puede publicar acerca del contenido del sumario cuando no haya sido obtenido por medio de «revelaciones indebidas o a través de un conocimiento ilícito». Aquí habría que distinguir si la ilicitud procede del informador o de cualquiera de los que tienen acceso al sumario. El informador tiene el deber de acceder a las fuentes por los procedimientos legítimos: pero tiene también el deber de comunicar aquello que conoce legítimamente por su parte. Es decir, hay un secreto interno del sumario; pero no puede haber un secreto externo. Otra cosa es lo que se ha llamado el «vedettismo» de jueces, fiscales y agentes policiales que, escudándose en el secreto sumarial, amagan o sugieren revelaciones que dan lugar a todo tipo de cábalas o suposiciones de informadores y público.

La Sentencia deja claro que, aunque puede coartar el derecho a informar y a ser informado, el secreto sumarial no constituye una censura y, por tanto, no puede considerarse prohibido por el párrafo 2 del artículo 20. Pero tampoco puede significar en modo alguno que elementos de la realidad social «sean arrebatados a la libertad de información» con el único argumento de que sobre aquellos elementos están en curso unas determinadas diligencias sumariales. «De ese modo, el mal entendido secreto del sumario equivaldría a crear una atípica e ilegítima “materia reservada” sobre los hechos mismos acerca de los cuales investiga y realiza la oportuna instrucción el órgano judicial, y no sobre las “actuaciones” del órgano judicial que constituyen el sumario.»

Al margen de la Sentencia, hay que añadir que el secreto sumarial no es un cierre absoluto al conocimiento y eventual difusión del expediente judicial. Prueba de ello es que la misma autoridad judicial ha de solicitar, alguna vez, la colaboración ciudadana; y otras veces, ha de aclarar y puntualizar hechos que se refieren a la honorabilidad o a los derechos de las personas, cuando se ha hecho público algún hecho relacionado con el sumario, pero que no coincide con lo que en el sumario se contiene.

Hay que tener en cuenta que nos estamos refiriendo en todo momento a hechos. Lo que el informador ha de evitar, por su parte, son los procesos paralelos y los juicios formulados sin la suficiente técnica jurídica, en perjuicio de las personas activa o pasivamente implicadas en el procedimiento. Y en perjuicio del público.

4. La información del terrorismo

La paz se perturba por la violencia. Los clásicos definieron la violencia como todo aquello que se opone a la naturaleza humana. La característica del hombre es su libertad, que no puede ser coartada por la fuerza psíquica o física. Mucho menos cuando se trata de imponer ideas o sistemas y cuando tales pensamientos puedan desarrollarse en un ámbito de pluralismo ideológico. El Tribunal Constitucional lo ha entendido así en la Sentencia 20/1990 de 15 de febrero en la que declara «excluida siempre la violencia para imponer los propios criterios», dado que se está «permitiendo la libre exposición de los mismos en los términos que impone una democracia avanzada».

Una forma actual de violencia es el terrorismo. El hecho terrorista no es simple bandidaje, sino que intenta, con la violencia física, imponer la psicología del terror con el fin de paralizar los resortes democráticos de la libertad ideológica e imponer por la fuerza una ideología. El hecho terrorista o la serie de actos terroristas constituyen la manifestación de una actitud fundamentalmente propagandística. El grupo terrorista necesita la caja de resonancia de los medios de comunicación social. El delito terrorista pasa a ser así un delito informativo.

Las organizaciones terroristas tienen bien estudiada su proyección social a través de los medios. Los numerosos autores que se han ocupado del fenómeno han inducido de los hechos terroristas aislados y de su manifestación pública las técnicas informativas depuradas que manejan. Comenzando por la propia terminología en la denominación de los grupos y en la nomenclatura de sus actuaciones.

En relación con la conducta de los informadores, se han destacado dos principios que responden a los dos tipos de mensajes simples, que estudiamos en su momento. El primero es que hay que difundir una información de calidad sobre

44 de 9 de abril	38 de 9 de marzo	32 de 13 de febrero
63 de 20 de mayo	80 de 28 de abril	37 de 15 de febrero
87 de 2 de junio	107 de 8 de junio	51 de 22 de febrero
89 de 3 de junio	118 de 20 de junio	55 de 23 de febrero
106 de 25 de junio	133 de 4 de julio	74 de 24 de abril
144 de 23 de septiembre	199 de 25 de octubre	121 de 3 de julio
159 de 26 de octubre	231 de 2 de diciembre	153 de 5 de octubre
165 de 27 de octubre	244 de 20 de diciembre	181 de 3 de noviembre
167 de 28 de octubre	248 de 20 de diciembre	189 de 16 de noviembre
170 de 30 de octubre	258 de 22 de diciembre	190 de 16 de noviembre
199 de 16 de diciembre	261 de 22 de diciembre	
	264 de 22 de diciembre	
1988	1989	1990
6 de 21 de enero	1 de 16 de enero	20 de 15 de febrero
21 de 18 de febrero	23 de 2 de febrero	105 de 6 de junio
		171 de 12 de noviembre
		172 de 12 de noviembre

2. Autos 1980-1986

1980	1983	1985
46 de 13 de octubre	413 de 22 de noviembre	257 de 17 de julio
106 de 26 de noviembre	414 de 22 de noviembre	785 de 13 de noviembre
1981	1984	1986
12 de 21 de enero	150 de 7 de marzo	302 de 11 de abril
13 de 21 de enero		480 de 4 de junio
		642 de 23 de julio

JOSE MARIA DESANTES GUANTER, primer catedrático de Derecho de la Información de España, en la Universidad Complutense hasta su jubilación. Doctor en Derecho. Doctor en Ciencias de la Información. Abogado. Periodista.

Profesor Extraordinario de las Universidades de Navarra, Católica de Portugal y Piura, de Perú. Profesor Invitado de las Universidades de Valencia, Panamericana de México, La Sabana de Colombia y Pontificias de Santiago y Valparaíso en Chile.

Autor de 15 libros publicados y más de 150 artículos científicos de su especialidad. Entre los títulos de los libros cabe destacar «El autocontrol de la actividad informativa», «La función de informar», «La verdad en la información», «El deber profesional de informar», «Teoría y régimen jurídico de la documentación» y, sobre todo, «Fundamentos del Derecho de la Información», que se considera internacionalmente una obra básica de las Ciencias de la Información.

Director de diferentes publicaciones informativas y científicas, ha participado en Congresos y reuniones internacionales y pronunciado conferencias en distintas sedes de Europa y América. Pertenece a la Asociación de Estudios e Investigaciones sobre la Información (AIERI) y al Instituto Internacional de Prensa (IPI). Ha representado a España en Conferencias Internacionales sobre materias informativas, principalmente organizadas por la UNESCO; y a la Santa Sede en una Conferencia Internacional de Derecho de Autor patrocinada por la Organización Internacional de la Propiedad Intelectual (OMPI). ■

CARLOS SORIA SAIZ, profesor ordinario de la Facultad de Ciencias de la Información y director del Departamento de Ética y Derecho de la Información en la Universidad de Navarra (España). Doctor en Derecho, Licenciado en Ciencias de la Información y Periodista. Editor de la Newsletter *Normas y Conflictos* (Innovación Periodística).

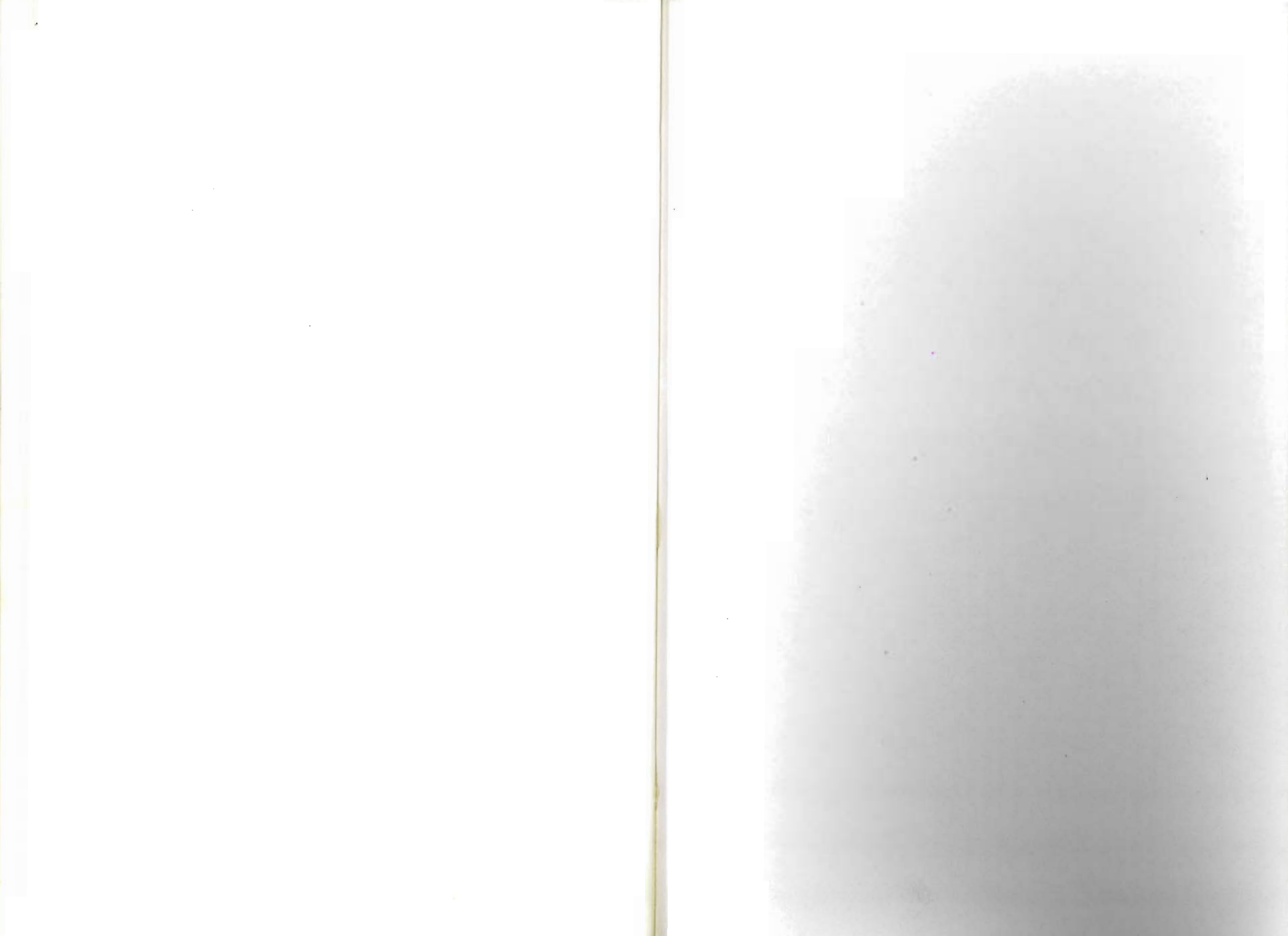
Ha sido director general de Europa Press (1959-1968); director general de Prensa y Ediciones (1961-1964); director general de Rotopress (1964-1967); y director de Información de la Universidad de Navarra (1969-1977). Entre 1975 y 1984 fue decano de la Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad de Navarra y presidente del Comité directivo hispanoalemán del Programa de Perfeccionamiento de informadores latinoamericanos.

Profesor visitante de la Universidad de Piura (Perú); miembro honorario de la Facultad de Filosofía, Letras e Historia de la Universidad Católica de Chile; asesor académico de las Facultades de Comunicación y Periodismo de las Universidades de La Sabana (Colombia) y Piura (Perú).

Colaborador científico de la Fundación Tinker (New York); Becario de la Comisión Asesora de Investigación Científica y Técnica (España); miembro del grupo internacional europeo, especializado en temas iusinformáticos, de la Universidad de Florencia (Italia). Consultor de Innovación Periodística.

Miembro de la AIERI (Asociación Internacional de Estudios e Investigación sobre la Información); de la ICA (International Communication Association); y de la AEJMC (Association for Education in Journalism and Mass Communication).

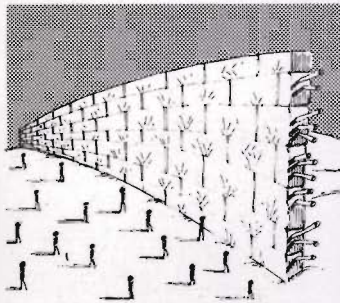
Autor de *El director de periódicos* (Pamplona, 1972); *Orígenes del Derecho de Radiodifusión en España* (Pamplona, 1974); *Derecho a la información y derecho a la honra* (Barcelona, 1981); traducción y estudio preliminar del libro de Emmanuel **Derieux**, *Cuestiones ético-jurídicas de la Información* (Pamplona, 1983); revisión y estudio preliminar del libro de Richard **Clutterbruck**, *Los medios de comunicación y la violencia política* (Pamplona, 1985); *Desarrollo legislativo del derecho a la información*, 1.ª ed. (Pamplona, 1986); *Derecho de la Información: análisis de su concepto* (San José de Costa Rica, 1987); *Derecho a la Información y derecho a la vida* (Universidad de Piura, 1987); coordinador general del libro *Prensa, paz, violencia y terrorismo: la crisis de credibilidad de los informadores* (Pamplona, 1987); *El síndrome de inseguridad* (Barcelona, 1989); y *La crisis de identidad del periodista* (Barcelona, 1989). Es autor, asimismo, de más de setenta artículos científicos de su especialidad. ■





Quadernos de Periodistas

Los límites de la información



Asociación de la Prensa de Madrid