

ÍNDICE

Tema 1: El derecho constitucional de la información	2
Tema 3: La libertad de información en la Constitución Española	10
Tema 4: La obtención legítima de la información	20
Tema 5: Los requisitos constitucionales de la información.....	28
Tema 6: el derecho a recibir libremente información veraz	35
Tema 8: Derechos al honor, la intimidad y la propia imagen	39
Tema 9: Límites de la libertad de información y conflicto de derechos.....	52
Tema 10: Los procedimientos de protección de los derechos (I).....	58
Tema 11: Los procedimientos de protección de los derechos (II).....	65
Tema 13: La protección constitucional de la información.....	73

TEMA 1: EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA INFORMACIÓN

1.- Derecho de la información y derecho a la información

La idea de información implica, en todo caso, la construcción de mensajes comunicativos para narrar hechos. Derecho son todas las reglas sociales sancionadas jurídicamente. Al organizarse la sociedad surgen constantemente normas y reglas en todos los ámbitos. Algunas de estas normas son más generales o más indispensables que las demás; sólo éstas constituyen el Derecho en sentido estricto. El conjunto de todas las normas que emanan de, o cuyo cumplimiento garantiza el Estado, es el Derecho. Éste ordena tanto las relaciones de los individuos entre sí como las de los individuos con el estado y, por supuesto, la totalidad del funcionamiento interno estatal. Así, "derecho de la información" serían las normas, de cualquier entidad, que regulasen de alguna forma todo lo relacionado con la información en cualquier Estado. Y "el" derecho de la información sería la sistematización de todas ellas.

Para que la introducción al derecho español de la información tenga verdadero carácter formativo debe centrarse en lo que constituye la esencia de la materia: los principios constitucionales. La Constitución como norma generalmente suprema del ordenamiento establece los principios básicos de todo el derecho español. Además, en materia de información lo hace de manera muy detallada y con una forma muy particular: el derecho a la información. Parece que sólo cambia una preposición, pero en realidad se trata de un concepto distinto: el Derecho *de* algo son las normas que regulan la materia en cuestión, pero un derecho *a* algo es la facultad de hacerlo u obtenerlo.

Cuando en nuestro ordenamiento jurídico se asume y se garantiza esta libertad, se están sentando las bases teóricas esenciales de todo el Derecho de la información: cualquier norma sobre medios de comunicación que se dicte en España tiene que partir de ese principio, la libertad de información.

El artículo 20 de la Constitución española especifica:

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

Se trata de un derecho autónomo, independiente incluso de los otros derechos del artículo.

Está garantizado el derecho de transmitir y el de recibir información con ciertas condiciones: debe ser información veraz y se va a transmitir por cualquier medio de difusión. La base del derecho de la

información es la libertad de informar y de informarse. Eso es el derecho fundamental que constituye la piedra angular del régimen jurídico de la información: la libertad de información.

Pero además, en la Constitución aparecen otras referencias al mundo de la información. El artículo 17.3 dice que "toda persona tiene derecho a ser informado de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención". Lo mismo ocurre con el artículo 24 cuando indica que todos tienen derecho a ser informados de la acusación formulada contra ellos. Aunque el artículo 20 no se refiere tanto de un derecho a *ser* informado de algo determinado, como a *estar* informado. Por lo tanto, estos ejemplos no afectan directamente al derecho a la información como entendemos aquí.

Otros apartados constitucionales sí que lo van a afectar directamente, por ejemplo, la libertad ideológica del artículo 16 CE; los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen del artículo 18 CE, la libertad de empresa del artículo 38 CE y el artículo 149.1.27ª CE establece la competencia exclusiva del Estado central para las "normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión".

2.- Las consecuencias de la constitucionalización del derecho a la información

La característica definitoria esencial de la libertad de información es que aparece en la Constitución.

¿Qué es una Constitución?

Para un primer grupo de autores, la Constitución no se trataría tanto de normas jurídicas dictadas en un momento único como, sobre todo, de un producto de la historia y la sociología. Para estos autores, la constitución real son los factores que determinan el poder mientras que la Constitución escrita y aprobada cobra un sentido estrictamente formal; sin efectos en la práctica.

Frente a esta tendencia, las constituciones escritas que proliferan tras la caída del antiguo régimen cobran transcendencia especial tanto por el hecho de formularse en un documento y un momento constituyentes únicos, como por la pretensión de modificar la realidad y de tener efectos prácticos con que se aprueban. Parten del convencimiento de que resulta posible establecer o modificar, mediante actos de la voluntad humana, la constitución política de una sociedad. Históricamente, el hecho de que en un papel se recojan una serie de ideas acerca de cómo se debe organizar algo y desde ese mismo momento lo escrito tenga efectos sobre la realidad es un fenómeno muy reciente. En principio, la mayoría de las normas han sido siempre fruto del poder, resultado de decisiones arbitrarias. Durante mucho tiempo no existen normas preestablecidas que ordenen su funcionamiento: es la fuerza la que de manera arbitraria e imprevisible impone prohibiciones, castigos, órganos de decisión... Es cierto que desde la antigüedad se conocen listados de disposiciones que parecen normas encargadas de prever el funcionamiento de la sociedad incluyendo incluso lo que tienen la apariencia de relación de delitos y sus penas; en realidad no eran Derecho en sentido actual. Ni el código Hammurabi, ni la mayoría de leyes romanas, ni las recopilaciones de la Edad Media son normas generales con apariencia de objetividad y aplicables universalmente capaces de dar estabilidad a la sociedad; son simplemente recopilaciones de las soluciones dadas arbitrariamente en casos concretos a problemas concretos. Constituyen el germen del derecho. Sin embargo, a medida que se complica la sociedad surge un fenómeno que va a traer el nacimiento del Derecho: la concentración del poder. El control de los grandes grupos de población ya no puede realizarse en su totalidad físicamente, a través de la fuerza bruta, por parte de quien manda, por lo que no queda más remedio que crear una estructura burocrática y dictar normas aplicables a todo el territorio.

A partir de que el Estado se complica administrativamente y se va centralizando el poder - en un principio en la persona de un monarca único - se hace necesario dejar por escrito cuáles son las normas que se aplican. Iniciado este proceso, se abre la posibilidad de escribir normas nuevas inspiradas por la razón en vez de por la tradición. Ésa es la pretensión de la burguesía a finales del siglo XVIII. A partir de entonces se

comienza a pensar que también es posible cambiar la estructura de poder a través de normas jurídicas dictadas con esa intención. Se aprueban textos que dicen: "nosotros el pueblo, establecemos esta Constitución para nuestro país". De ahí, empieza a utilizarse el término *Constitución* también para aludir a la norma fundacional del Estado. En la norma que explica cómo se adquiere, se ejerce y se pierde el poder dentro del Estado. Entonces es cuando surgen las primeras Constituciones escritas, que traen consigo el final del llamado antiguo régimen.

Por razones históricas sólo se va a denominar Constitución a las normas que organizan el poder en un Estado basándose en tres premisas: separación de poderes, imperio de la ley y garantía de los derechos. La separación de poderes consiste básicamente en que el poder estatal no debe quedar concentrado en una misma persona u órgano. a partir de ahí el mandato puede organizarse de distintos modos, que van desde la separación real hasta el equilibrio entre poderes, de modo que se asegure su sujeción a la Constitución. Y precisamente en esto último consiste el *imperio de la ley*: en que el Estado constitucional tiene que organizarse a partir de normas jurídicas que emanen del pueblo, en quien descansa la soberanía. En cuanto a los *derechos*, la idea es que una Constitución que lo sea realmente debe organizar el poder a partir del reconocimiento de unos derechos fundamentales básicos de los ciudadanos y de su respeto.

A) La constitución racional-normativa

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

Las constituciones que surgen con estas características van a plantear una serie de problemas técnicos que no se daban antes:

- *Poder constituyente*: cómo se determina quién tiene autoridad para establecer la misma Constitución estatal.
- *Reforma o revisión*: cómo puede reformarse o revisarse.
- *Garantía de la Constitución*: Esta es la cuestión más importante. La Constitución debe situarse por encima de todas las demás normas. Así, la importancia de los derechos fundamentales radica en que aparecen recogidos en la Constitución y en que, por ello mismo, son superiores al resto de intereses o voluntades del Estado. Los derechos recogidos en la Constitución sólo pueden limitarse por otros derechos o valores constitucionales de su mismo rango, y ello exige procedimientos que aseguren la primacía constitucional.

En España el garante "natural" de los derechos fundamentales y de la Constitución entera es, esencialmente, el poder judicial. Como sea que a veces la Constitución necesita de un poder que asegure su eficacia incluso sobre el legislador, el ejecutivo o esos mismos jueces, existe un órgano dedicado en exclusiva a la defensa de la Constitución. Se trata del Tribunal Constitucional, y su función es la de intérprete supremo de la Constitución.

B) Los derechos fundamentales

La expresión "derechos fundamentales" es relativamente moderna. Funda una categoría jurídica que goza de la mayor protección posible dentro del Estado.

▪ **Qué son los derechos fundamentales**

- I. **Concepto de derecho:** Un derecho es la facultad de hacer o de recibir algo. Cuando se habla de derecho de manifestación, se quiere decir que uno puede manifestarse sin encontrar obstáculos para ello. Ahí el derecho es una facultad del ciudadano frente a la que el Estado esencialmente tiene que abstenerse, que dejar hacer. En cambio, si se habla de "derecho a la atención sanitaria", la facultad consiste en que el Estado proporcione algo. A veces, sin embargo, el derecho consiste en no hacer algo. Por ejemplo, la libertad religiosa también es el derecho a no practicar ninguna religión. O a no recibir algo por parte del Estado: el derecho a decidir la educación de los hijos.

En principio venimos usando ejemplos de derechos que se articulan *frente al Estado*, aunque indirectamente implican también una obligación de respeto por parte de los demás ciudadanos. No obstante, hay otros derechos, de menor rango, que se dirigen contra *otros ciudadanos*. Así, quien paga el alquiler de un piso tiene derecho a cambiar la cerradura.

Hay derechos de diversos tipos y rangos. Lo que unifica jurídicamente la categoría "derechos" es que son facultades que se pueden hacer valer efectivamente. Es decir, que si no son respetados por alguien, el afectado puede acudir ante los tribunales de justicia y exigir que se aplique el derecho. Lo que caracteriza a un derecho cualquiera es la *tutela judicial*.

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

- II. **Definición de derechos fundamentales:** La característica esencial de la categoría "derechos fundamentales" es que aparecen recogidos y garantizados en la Constitución. Su propiedad básica es la *resistencia frente al legislador*. Además de la tutela judicial, los derechos se imponen incluso al Parlamento. En la teoría democrática formal, la esencia de la democracia estaba en la elección de un Parlamento; hoy día, la esencia del concepto de democracia radica en el respeto a unos derechos mínimos, que se impone incluso a la voluntad de la mayoría o a la del Parlamento elegido democráticamente. Así, sólo son derechos fundamentales los que disponen de una garantía constitucional, porque sólo la Constitución se sitúa por encima del legislador parlamentario. Los derechos se plasman en las constituciones como el fruto de una evolución histórica y reflejan en sí mismos unos valores consensuados por la tradición jurídica de los países de su entorno. Si no hay mecanismos de garantía suficiente, los derechos no son fundamentales. El legislador, en los sistemas constitucionales democráticos, tiene el poder básico de configuración de la sociedad. el legislador y el mismísimo pueblo encuentran en la Constitución, y especialmente en los derechos fundamentales, un límite a su libertad de configuración. de ese

modo, al hablar de derechos fundamentales, hablamos de sociedades que no se organizan a partir del respeto a la mayoría, sino del respeto a unos derechos esenciales de la persona.

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

Los derechos naturales son mandatos éticos que se reivindican desde el mundo de la ética o la filosofía como valores humanos que deben disfrutar todas las personas por el hecho de serlo.

Los derechos humanos son los mandatos recogidos en declaraciones internacionales que pretenden ser la plasmación de las tradiciones humanistas del mundo entero. Se trata de listados de aspiraciones que la mayoría de países considera que deben fundar el orden jurídico de cualquier Estado. Sirven para evaluar externamente el grado de democracia que hay en cualquier Estado. El respeto a los derechos humanos es un valor internacional, que dentro del derecho vigente en un lugar puede plasmarse en la existencia de unos derechos fundamentales, pero también en un respeto de facto, por mera arbitrariedad y sin normas constitucionales que lo garanticen. El concepto de derechos humanos se mueve ya sea en el plano de las relaciones internacionales ya, como mucho en el del derecho internacional. Normalmente, desde un punto de vista de juicio ético de la legitimidad de un régimen político. En algunos organismos supraestatales regionales se han creado sistemas de protección de los derechos humanos de los ciudadanos de los Estados miembro. Ello los acerca en la práctica a los derechos fundamentales; la diferencia sigue estando en que la vinculación de un Estado por estos tratados internacionales es voluntaria, revisable y, sobre todo, posterior al momento constituyente. Frente a ello, los derechos fundamentales son decisiones constitutivas de una sociedad, que se decide sobreponer, como norma jurídica, a todas las decisiones posteriores del Estado, incluso del legislador.

Esta supremacía conlleva lo que se denomina "doble carácter de los derechos fundamentales". Porque al limitar la libertad de configuración de la sociedad, están diseñando un modelo de sociedad. Por eso se dice que los derechos tienen un sentido como facultades de los ciudadanos y otro como configuradores del Estado. En fin, que en todos los derechos fundamentales hay un sentido subjetivo, de reivindicación individual, y un sentido político, de organización del Estado.

III. Clasificación (o no) de los derechos: A partir de ahí ha habido muy diversos intentos de clasificar los derechos fundamentales. La doctrina ha recurrido a distintos criterios. por el momento histórico en que se incorporaron a las constituciones, por la "esencialidad" dentro de la Constitución, por el papel del Estado frente a su reivindicación. En general, casi todos coinciden en diferenciar tres tipos básicos de derechos fundamentales, cada uno de los cuales coincidiría con un momento histórico concreto:

- *Revolucionario:* Los derechos de la personalidad, como el derecho a la vida, a la seguridad personal, a la integridad física...
- *Democracia formal:* Las libertades públicas, como el derecho de sufragio, de reunión y manifestación, de asociación...
- *El Estado Social:* Los derechos sociales, como el derecho a la educación, al trabajo, a la sanidad...

Toda esta clasificación sirve para entender cómo han ido evolucionando los derechos y su relación con los poderes públicos. Aunque incluso el Tribunal Constitucional acuda en ocasiones a ella, ya no es realista distinguir entre *derechos de libertad* y *derechos de prestación*, por ejemplo, puesto que hoy en día todo derecho tiene una parte de ambos.

Cada derecho exige un grado distinto de actuación de los poderes públicos. En realidad, la diversificación de tantos derechos se debe, en especial en las declaraciones de los que se consideran esenciales para el hombre, precisamente a su variedad. Las normas jurídicas tienen que reconocer un elevado número de derechos porque, además de un contenido distinto, cada derecho implica un grado distinto de intervención estatal y se ejerce con un grado distinto de autonomía personal. De ahí que sea necesario diferenciar jurídicamente el derecho de asociación del derecho de reunión, o la libertad de información de la de expresión. Al descubrir qué derecho está en juego en cada caso, se descubrirá también cómo se ejerce.

Si se dibuja un eje de coordenadas, con la intención de situar en él los derechos, puede advertirse que difícilmente habrá dos derechos que se sitúen en el mismo lugar. La conclusión: el ámbito en el que cada derecho afecta a la esfera jurídica de los ciudadanos es propio e independiente. aunque los derechos puedan agruparse según criterios diversos y con intención simplificadora, en principio la Constitución los organiza de modo coordinado y sin colisiones en cuanto a su contenido esencial.

▪ **Los derechos fundamentales en la Constitución Española**

En la CE, la expresión "derechos fundamentales" aparece en el encabezado del Título I, en el de la Sección primera del Capítulo II de ese mismo Título y en el del Capítulo cuarto. ¿Con cuáles nos quedamos? Con ninguno. El concepto de derechos fundamentales no es exclusivamente nominal. No basta con que una Constitución diga que un derecho es fundamental para que automáticamente lo sea. La marca de los derechos fundamentales está en sus mecanismos de garantía. Así que de ese índice lo que hay que deducir es que los derechos fundamentales están en el Capítulo cuarto.

Cada uno de los tres apartados de este artículo establece un nivel de garantías. Del apartado segundo se deduce que el mayor nivel de garantías es el que protege a la Sección primera del Capítulo II del Título I. Los derechos que aparezcan en esos artículos disfruten de un procedimiento judicial especial de protección y de la posibilidad de acudir ante el Tribunal Constitucional. Pero puede haber otros que, sin ese mismo nivel de protección adicional, también sean fundamentales. ¿Cómo se sabe? Por la vinculación del legislador.

Así que donde se habla de los derechos fundamentales es en el apartado 1 del artículo 53. Y la vinculación del legislador se establece ahí de manera soslayada. Se dice que los derechos del Capítulo segundo entero (art. 14 a 38) vinculan a todos los poderes públicos, y se matiza que la ley podrá regular el ejercicio de tales derechos. Eso quiere decir que el legislador está sometido al contenido de los derechos. No puede anularlos ni restringirlos, sólo fijar las condiciones en las que se usan. Una ley no puede eliminar el derecho de manifestación, pero sí puede establecer cómo se informa a las autoridades de que se va a celebrar una manifestación, con qué anterioridad debe hacerse y ante qué organismo. Está claro que en la regulación del ejercicio pueden incluirse limitaciones del derecho. Por ejemplo, si la ley establece que debe informarse a las autoridades de la celebración de cualquier manifestación con un año de antelación se le estará quitando al derecho su sentido constitucional como vía de expresión de la postura de los ciudadanos participantes ante cualquier asunto de actualidad. En tal caso, el Tribunal Constitucional podrá anular la ley, porque en vez de regular el ejercicio está intentando ponerse por encima del derecho y regular el derecho mismo.

C) Las garantías de los derechos fundamentales

Todos los derechos fundamentales disfrutan de tres garantías esenciales:

- *Eficacia directa*: Significa que son derecho vigente desde la entrada en vigor de la Constitución.
- *Reserva de ley*: Es lo que se denomina una garantía institucional, implica que el ejercicio de los derechos sólo puede regularse en una ley.

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

Además de ello, todos los derechos fundamentales disfrutan de una garantía "natural" que es la protección de los jueces y tribunales. Frente a cualquier violación de sus derechos procedente del poder ejecutivo, o de otros particulares, pueden instar a la protección de los órganos judiciales. Sin embargo, esto no es ninguna garantía específica de los derechos fundamentales, sino de los derechos de cualquier tipo que sean.

Los derechos de la Sección primera del Capítulo segundo del Título primero gozan de más garantías jurídicas: la primera es un procedimiento especial ante los tribunales ordinarios; frente a violaciones de estos derechos, los ciudadanos deben disponer de un procedimiento rápido y eficaz ante los tribunales: preferente (con prelación sobre el resto de asuntos que tramite el órgano judicial) y sumario (plazos reducidos). No obstante, pese al terminante tenor del texto constitucional aún no se ha creado un procedimiento judicial específico para la protección de los derechos fundamentales de la Sección primera. Se dictó, un día antes de la Constitución, una ley que establecía provisionalmente un régimen procesal preferente y sumario para la tutela de los derechos fundamentales. Ésa continúa siendo la única norma general al respecto. De manera más específica se han dictado otras leyes sectoriales, como la *Ley de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*.

Junto a ello, lo más destacable es el recurso de amparo. Se trata de un procedimiento excepcional ante el Tribunal Constitucional, que no forma parte del poder judicial, cuando se han agotado todas las posibles vías de recurso ante los jueces ordinarios sin obtener una satisfacción frente a la lesión de derechos fundamentales que se alega. El proceso de amparo se desenvuelve de la manera siguiente: el particular afectado presenta un recurso ante el TC, éste decide en primer lugar la admisión o no del recurso (trámite destinado a evitar que este recurso extraordinario se convierta en ordinario). Admitido el recurso, se fija fecha para su deliberación y el TC decide sobre el mismo, dictando una Sentencia. La Sentencia consiste básicamente en la denegación o el otorgamiento del amparo. En este último caso se anula el acto o decisión que haya impedido el pleno ejercicio de los derechos protegidos y se restablece al recurrente en la integridad del mismo. Lo verdaderamente interesante de esto es que el TC sólo se halla vinculado por la CE, y la Ley Orgánica que regula su funcionamiento. Por eso, la decisión acerca de las alegaciones del recurrente se toma sin tener que tomar en consideración más que el contenido constitucional de cada derecho, independientemente de las leyes que los regulen.

Hay todavía una garantía más, en virtud del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) elaborado en el marco del Consejo de Europa en Roma, en 1950, y firmado por España en 1977. Este convenio establece un procedimiento de protección ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). No es una garantía de los derechos fundamentales, sino de los derechos del convenio, derechos humanos. Interesa porque es aplicable a una mayoría de derechos fundamentales de la Constitución que coinciden en lo básico con los enumerados en el CEDH. Además, el artículo 10.2 de la CE impone un mandato de interpretación de los derechos fundamentales "de conformidad a los tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". Ante el Tribunal de Estrasburgo, en virtud de una reciente reforma, pueden acudir directamente todos los ciudadanos españoles que consideren vulnerados sus derechos recogidos en el CEDH. Es necesario haber agotado antes todos los recursos disponibles para la protección de esos derechos dentro de España. Las Sentencias que dicta el TEDH no son, excepto en su aspecto monetario, directamente aplicables en España, sino que necesitan de un acto jurídico español para darles eficacia. El Estado español dispone, en ese

sentido, de margen para apreciar libremente en qué manera se da satisfacción a los mandatos del tribunal europeo.

3.- Los principios rectores de la política

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

Incluso los mandatos que aparecen formulados como derechos son sólo eso, directrices políticas.

Y una directriz es algo que orienta la actuación del poder, pero sometida a la autonomía de éste. No se trata de facultades personales que puedan reclamarse a las autoridades, los jueces o el legislador, como los derechos fundamentales.

TEMA 3: LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

1.- Libertad de expresión y derecho a la información

El artículo 20.1 de la Constitución española distingue entre libertad de expresión y libertad de información. La primera aparece en el apartado a) y la segunda en el d). En principio se formulan como dos derechos distintos. Sin embargo, por una cuestión ontológica, expresión e información se concretan a través de una misma realidad práctica que es la comunicación. Esta confusión material ha llevado a parte de la doctrina a plantearse hasta qué punto la libertad de información es un derecho diferenciado de la de expresión. La discusión tiene trascendencia, porque de ella depende que tengan los mismos límites, y que estén sometidos a idénticos requisitos y sean idénticos en su finalidad constitucional y, en consecuencia, su eficacia jurídica frente a otros derechos.

A) Teorías sobre la distinción

Son posibles tres posturas teóricas para definir la relación entre libertad de expresión y libertad de información:

- Aceptar que ambas integran un mismo y único derecho, del que serían manifestaciones diferentes
- Entender que ambas parten de una misma base pero con el tiempo se han ido diferenciando en cuanto a régimen jurídico
- Considerar que se trata de dos derechos absolutamente diferentes

El TC, en su Sentencia 6/1981, afirma que: "La libertad de expresión que proclama el artículo 20.1a) es un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos y que les protege frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la Ley, e incluso frente a la propia Ley en cuanto ésta intente fijar otros límites que los que la propia Constitución admite. Otro tanto cabe afirmar respecto del derecho a comunicar y recibir información veraz, fórmula que, como es obvio, incluye dos derechos distintos pero íntimamente conectados. El derecho a comunicar que, en cierto sentido, puede considerarse como una simple aplicación concreta de la libertad de expresión [...] es derecho del que gozan todos los ciudadanos, aunque en la práctica sirva, sobre todo, de salvaguardia a quienes hacen de la búsqueda y difusión de información su profesión; el derecho a recibir es en rigor una redundancia, cuya inclusión en el texto constitucional se justifica por el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social.

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

La finalidad de esta construcción de la jurisprudencia constitucional no es sino justificar que puesto que se trata de una trinidad de derechos (un 3 en 1) los tres tienen los mismos titulares: los ciudadanos; cualquier ciudadano puede ejercer por igual la libertad de información sin que los periodistas tengan una legitimidad específica para reclamar mayor garantía de su derecho que el resto.

Desde el punto de vista teórico, esta construcción resulta muy discutible: En primer lugar, el derecho a la información de los receptores no es una redundancia. Que se reconozca el derecho a informar no quiere

decir que a la vez se reconozca el de recibir. Que los receptores existen es obvio; que tengan un derecho, no. En cuanto a la integración de derecho a transmitir información dentro de la libertad de expresión, basta echar un vistazo a cualquier Sentencia del TC posterior para desmentir la idea, puesto que poco después adoptó la postura de la independencia conceptual de cada uno de ellos.

En la Sentencia se hablaba de que sólo recientemente ha adquirido entidad propia el derecho a la información, y esa es una idea muy extendida que sustenta todo un modo de entender su ámbito de actuación frente a la libertad de expresión.

B) La construcción tradicional y su crítica

En la concepción más ortodoxa (teoría histórico-dualista), se suele decir que la libertad de expresión es un derecho "de primera generación". Es decir, que se trata de uno de los derechos fundamentales cuyo reconocimiento permitió el nacimiento mismo del Estado. Actualmente, es algo tan obvio que casi ni haría falta explicitarlo en la Constitución en cuanto base del Estado no cabe ninguna discusión sobre su vigencia.

en el siglo pasado, la libertad de expresión parecía un logro del Estado democrático. Por ello se habría caracterizado como un derecho típico de aquella época: sería una manifestación directa de la libertad de conciencia individual que garantizaría la posibilidad de defender opiniones personales. Su sentido primordial sería el de garantía individual frente a las injerencias estatales. El objetivo sería crear un ámbito de libertad en el que el individuo puede ejercer por sí solo el derecho.

Frente a esto, el derecho a comunicar y recibir información sería algo similar a la adaptación de la libertad de expresión al constitucionalismo contemporáneo. un derecho "de última generación". Sus características serían esencialmente las contrarias a las que se han dicho de la libertad de expresión; no sería tanto reflejo de la libertad de conciencia como de la necesidad de concienciación de la sociedad. Su ejercicio sería básicamente colectivo, como garantía de la opinión pública. No se trataría tampoco de un derecho de libertad, sino de un "derecho de prestación", por el que no se obliga al Estado a mantenerse al margen, sino a intervenir activamente para garantizar un flujo de información libre.

Este dualismo resulta sugerente y puede servir para entender la dinámica interna de la libertad de información. Las etapas de evolución de los derechos no han provocado que convivan derechos de generaciones distintas con ámbitos de eficacia distinta; simplemente han llevado a que los derechos se vayan sumando a las declaraciones en aluvión, por grupos; pero afectan a cuáles son los derechos, no a cómo se aplican. Todos los derechos actuales tienen rasgos de cada etapa histórica.

en ciertas ocasiones la libertad de expresión podrá consistir en una actuación positiva del Estado, proporcionando medios para facilitar que los ciudadanos puedan ejercerla. En otras ocasiones, el derecho a transmitir información consistirá en que los poderes públicos no interfieran en la libre acción del periodista.

La diferenciación entre libertad de expresión y de información no puede encontrarse en su naturaleza como derechos fundamentales, que es la misma, sino en su objeto. Uno protege la emisión de juicios de valor y opiniones, el otro la transmisión de datos y hechos ciertos, y esa es su esencia y la razón de que ambos tengan que aparecer en la Constitución.

A partir de esta distinción no cabe defender que la libertad de expresión esté constitucionalmente menos protegida que la de información. A priori, ambas libertades gozarán de la misma protección, siempre que sirvan para cumplir objetivos constitucionales de primer rango. En la medida en que el ejercicio de la libertad de expresión resulte en un caso determinado esencial para el desarrollo del Estado democrático y social de derecho, resultará privilegiado frente a otros bienes en conflicto.

Conviene señalar, sin embargo, que recientemente vuelve a abrirse paso entre la doctrina la opinión de que se trata de manifestaciones de un mismo derecho ("libertad global de comunicar"). Esta tendencia está muy vinculada a una concepción de los derechos fundamentales como meros principios generales, desprovistos de contenido normativo concreto. Esta línea no ha sido acogida por el TC, que insiste en la

necesidad de diferenciar estos derechos. En su STC 29/2009, explica: "esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado (libertad de expresión), y comunicación informativa de hechos, de otro (libertad de información), tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades: mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor no se prestan a una demostración de exactitud.

C) Criterios de distinción

Ambos derechos comparten un objetivo constitucional común: hacer posible una comunicación pública libre; y se ejercen a través de un mismo fenómeno: la comunicación. Por lo tanto, el criterio diferenciador se basa en el objeto, y las situaciones más problemáticas responderán a la posible confusión entre opiniones y noticias.

Para distinguirlos, se utiliza el "criterio de preponderancia". Este criterio no es cuantitativo, no se basa en la cantidad de opinión o información dentro del texto de una noticia (lo dominante), puesto que puede pasar que el aspecto valorativo ocupe muchas líneas pero no ser predominante frente al aspecto informativo. El concepto, en realidad, alude a una relación de subordinación: se trata de investigar si (desde un punto de vista lógico y con una perspectiva general) la información se transmite como excusa para una finalidad valorativa, o si los elementos valorativos se incluyen para facilitar la transmisión y comprensión de los hechos noticiables. Cuando se busque transmitir un juicio de valor apoyado en hechos lo preponderante será la opinión (ejercicio de la libertad de expresión), y cuando se pretenda transmitir información, aunque sea de manera valorativa, será ejercicio de la libertad de información.

Se trata de una separación que ha de hacerse caso por caso, sin que se puedan establecer normas fijas y generales. Se ha de acudir predominantemente a la intención del autor deducida del texto, algo que evita la tentación de atender a criterios pretendidamente más objetivos, en los que la intención judicial quede oculta y ajena a la crítica externa. En este sentido, el TC señala que resulta "determinante el que del texto se desprenda un "afán informativo" o que predomine intencionalmente la expresión de un juicio de valor".

No se trata, a pesar de todo, de una distinción definitiva que baste por sí sola para determinar el ámbito protegido por cada uno de los dos derechos en juego. La libertad de expresión tiene la facultad de que sirve como una especie de "coche escoba", recogiendo los supuestos en los que la libertad de información no se ejerza con los requisitos que establece la Constitución. En este sentido, sí se puede afirmar que la libertad de expresión abarca un ámbito más amplio. De esta forma, en la práctica la libertad de expresión hace de cláusula residual, porque su contenido está sometido a menos requisitos constitucionales.

2.- Breve referencia al derecho a la libertad de expresión

Con motivo de la cuestión sobre la constitucionalidad del art. 607.1 del Código Penal, que castiga "la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados como genocidio", el TC afirmó que el ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera si se trata de ideas contrarias a la dignidad humana. De este modo, puede concluirse que hay un "contenido esencial" de la libertad de expresión, que vendría constituido por la emisión de opiniones que resulten constitucionalmente neutras, es decir, que no comprometan a ningún otro derecho. De ahí se desprende que la libertad de expresión sólo puede ser limitada cuando de algún modo afecta a otro derecho fundamental.

Así, la libertad de expresión sería la tendencia a que, dentro de lo posible y si no se perjudica a otros derechos o intereses de valor constitucional, el espacio de opinión dentro de la sociedad sea lo más amplio posible.

A ojos del TC, se trata de un "coche escoba": todo lo que no entra en el ámbito de otro de los derechos de la comunicación es libertad de expresión. Al ser tan amplia su definición, la jurisprudencia constitucional ha preferido también tratarlo como un principio. En lugar de establecer cuáles son los requisitos para el

correcto ejercicio del derecho (como sí ha hecho con la libertad de información) ha optado por esa idea difusa de que la libertad de expresión es algo muy amplio, pero con muchos límites.

Es un derecho muy amplio, pero por eso mismo cualquier otro bien constitucional puede limitarlo. Esta forma de operar sólo sirve para favorecer la arbitrariedad. En un sistema serio de derechos fundamentales, el ciudadano tiene que saber qué es lo que puede decir lo que no. en su lugar, el TC prefiere dejar el ejercicio del derecho en un limo: el ciudadano, que no puede saber hasta dónde alcanza la protección de la libertad de expresión, debe opinar libremente y arriesgarse a que en cada caso el TC decida si lo ha ejercido correctamente o no.

Aún en este panorama general de arbitrariedad cabe apreciar algunas luces que permiten apuntar hacia lo que podría ser su delimitación. La primera pista aparece en una Sentencia de 1990, donde, al hilo de un caso de descalificaciones contra el Presidente de la Federación Española de Fútbol, el TC declaró que: "al tratarse de una formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas". La libertad de expresión no incluye insultos.

Aunque del modo de operar del TC se deduzca que la prohibición de insultos no es el único límite de la libertad de expresión, ésta tampoco ampara que deliberadamente se acuse a alguien, sabiendo que no es cierto, de haber cometido un delito; tampoco están protegidas por la libertad de expresión las opiniones totalmente desconexas de la intención comunicativa (por ej.: humillar, lastimar o desprestigiar). Es decir, que si a la expresión pública se le añaden manifestaciones destinadas a algo distinto y sin conexión, la transmisión de esas ideas dejará de estar protegida por la Constitución.

TC: "No cabe [...] limitar la cobertura que ofrece la libertad de expresión a aquello que sea necesario, entendido en el sentido de imprescindible, adecuado y absolutamente pertinente, ni reducir su ámbito de protección a las expresiones previsibles al uso en situaciones de acuerdo o avenencia, pues esa lectura de los márgenes de actuación del derecho fundamental supondría reducir el ámbito de la libertad de expresión a las ideas de corrección formal abstracta y utilitativa o conveniencia, lo que constituiría una restricción no justificada de esos derechos de libertad e implicaría desatender, en contra de las posiciones de nuestra jurisprudencia, la libertad del sujeto y el entorno físico o de situación en el cual se produce su ejercicio".

Pese a todo, en la práctica, la libertad de expresión continúa siendo un derecho de límites poco perfilados, lo que provoca que a menudo entre en conflicto con otros derechos constitucionales, o incluso con valores protegidos por la constitución, de modo que su ejercicio en nuestro país siempre entraña un cierto riesgo. El TC ha afirmado, de una parte, que la moral pública puede ser un límite para la libre expresión y, de otra, que "el buen gusto o la calidad literaria no constituyen límites constitucionales a dicho derecho".

3.- El valor jurídico-constitucional del derecho a la información

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

La primera sentencia del TC (6/1981) expone: "El artículo 20 de la Constitución garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra [...]. La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales

comunes a todos los ciudadanos, y la interdicción con carácter general de determinadas actuaciones del poder, pero también una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social y, en razón de ello, a quienes profesionalmente los sirven".

El objeto central de la libertad sería el mantenimiento de una comunicación pública libre, y a este objeto central se le anudan diversos sentidos jurídico-políticos dentro de una sociedad organizada constitucionalmente. Comunicación pública libre es el libre flujo de informaciones dentro de la sociedad. El objetivo de la libertad de información es que dentro de la sociedad existan mecanismos de intercambio de noticias - sin control estatal - que, además, estén en manos de los propios miembros de la sociedad, de manera que cada individuo tenga acceso al mayor conocimiento posible de lo que les sucede a los demás. El Estado debe garantizar la libertad a la hora de decidir sobre qué y cómo se informa y, al mismo tiempo, proporcionar el máximo de información a quienes interactúan en ese círculo de comunicación.

Eso es una comunicación pública libre, que es el bien jurídico garantizado por el artículo 20.1.d) de la CE. Su finalidad última es ser una garantía de la realidad del principio de legitimidad democrática y llena de contenido a las instituciones democráticas.

En primer lugar hay que señalar que el TC no pretende resucitar la construcción de la opinión pública liberal propia del siglo pasado; no se trata de que la opinión pública sustituya al sistema electora, sino casi lo contrario. La opinión pública es la plasmación de las ideas sobre un determinado tema dominantes en el conjunto social. La comunicación pública, en cambio, supone un paso previo, el hecho de que los ciudadanos cuenten con datos suficientes para formarse su opinión. Los medios de comunicación no tienen la función política de hacer llegar a los poderes públicos la opinión de la sociedad, sino la de transmitir a la sociedad hechos y datos que le permitan valorar las posibilidades y carencias de la dirección política general. No funcionan de abajo a arriba, sino de arriba a abajo y circularmente. Esa es su importancia constitucional. La existencia de un flujo de informaciones veraces que permita al ciudadano estar al tanto del funcionamiento de los poderes públicos. Sólo con esos datos puede decirse que la decisión electoral básica es una decisión consecuente y realista. La democracia no termina en el momento electora, la esencia del concepto democrático está en que los ciudadanos controlen la gestión de la sociedad. La soberanía popular o es control o no es nada. ese control puede ejercerse de muchas formas; sin embargo, en materia de dirección política de la sociedad el único verdadero mecanismo de control disponible es la sanción electoral. Y las elecciones sólo pueden cumplir esta función cuando previamente el ciudadano tenga acceso al conocimiento de la gestión pública de la sociedad. Esa es la misión fundamental de la libertad de información: la soberanía popular es veraz únicamente en la medida en que haya un movimiento e intercambio libre de información dentro de la sociedad. Así, indirectamente, es objetivo suyo el rellenar de sentido las instituciones participativas.

Esta necesidad de la democracia representativa produce efectos jurídicos sobre el grado de protección de que goza la libertad de información. En la medida en que una información determinada facilite el control democrático de la política, gozará de la máxima protección constitucional. En caso de conflicto con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, se dará prioridad a aquel que tenga más transcendencia para la consecución de los objetivos constitucionales del Estado. Es por ello por lo que el derecho a transmitir información, cuando se orienta a facilitar la participación política democrática, puede tener un valor preferente sobre otros intereses constitucionales de menor rango.

el artículo 20 de la CE, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas.

El valor constitucional de la libertad de información sirve, pues, para resolver los casos de conflictos con otros intereses, otorgándole a este derecho lo que los norteamericanos llaman "*preferred position*", es decir, un valor especial frente a otros derechos.

Eran posibles dos interpretaciones: la apologética y la pluralista. Inclinarsé por la finalidad apologética de la comunicación libre implicaría que se limitase la publicación de mensajes que incluyeran ideas opuestas a la Constitución. En cambio, la interpretación pluralista entiende que dentro de la Constitución hay un valor especialmente trascendente que es la diversidad de opiniones. Así, el propio texto constitucional deja de ser un sistema cerrado de cara al futuro y se convierte sobre todo en una garantía de que la sociedad va a ser libre para autodefinirse en cada momento histórico. Incluso aunque esta definición suponga la modificación de la Constitución actualmente vigente. Esta opción es peligrosa, pues puede llegar a abrir una puerta a opciones parcialmente anti-democráticas, pero en el terreno del libre flujo de informaciones y opiniones, lleva a que se considere como principal valor amparable el del pluralismo; y el pluralismo llevaría a permitir incluso la difusión de mensajes contrarios a la Constitución.

El valor jurídico constitucional de la libertad de información al que se viene aludiendo, y que puede resumirse en el sometimiento a una opinión pública democrática, necesita de una serie de circunstancias adicionales para no quedar en el terreno de la utopía. Sólo se garantiza la transmisión de informaciones veraces, que son las únicas aptas para la consecución de los fines constitucionales previstos. Aún así, la idea de comunicación libre no alude siempre a libertad frente a intervenciones estatales sino que, más allá, se refiere también a un tipo concreto de sistema informativo. Sus características esenciales son que haya pluralidad de medios de comunicación y de orientaciones informativas y que los ciudadanos tengan acceso tanto a la información como a los medios. El pluralismo es requisito previo necesario para el ejercicio de la democracia. La voluntad general tiene que formarse a partir de la concurrencia de perspectivas diversas.

Sólo queda una matización a propósito de la libertad de expresión, que en determinadas ocasiones puede compartir un valor similar al que hemos atribuido a la de información. La libertad de expresión ha de protegerse adicionalmente cuando su ejercicio sea político. El hecho de ser ejercida por un periodista sólo implica que será mayor su difusión y trascendencia, pero la opinión mediática no es una opinión democráticamente más cualificada que el resto. Por tanto, en materia de opinión también ha de darse especial trascendencia constitucional a la expresada por los actores políticos del Estado, entendidos en sentido amplio. Todo el que exprese una opinión relativa a la configuración política de la sociedad en representación de un colectivo o una corriente ideológica, goza en principio de un plus de protección constitucional.

Los periodistas son actores destacados de la libertad de información puesto que ésta necesita de medios de comunicación para su realización. Cuando expresen su opinión personal también pueden verse especialmente amparados, pero desde luego no son actores privilegiados de la formación ideológica pública. Los medios son constitucionalmente un canal: tanto para la transmisión de hechos, como para la de ideas; pero no tienen carácter constitutivo: no son los encargados de inventarse los hechos ni de crear las ideas, al menos no más que el común de los ciudadanos. De ese modo, jurídicamente la opinión política de los periodistas ha de gozar exactamente de la misma protección - y sufrir los mismos límites - que la opinión política del resto de los ciudadanos.

Cosa distinta es que a veces los medios sirvan de correa de transmisión de ideas políticas vertidas por los actores políticos del Estado, institucionales o no. En esos casos se aplicará la teoría del reportaje neutral.

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

4.- El contenido prestacional del derecho a la información, medios públicos y privados

Es importante delimitar, dentro de lo posible, cuáles son las acciones exigibles del Estado y cuáles son las acciones exigibles del Estado y cuáles las que, en cambio, le están vedadas de cara a asegurar la vigencia de cada derecho en concreto.

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

Ya hemos visto que la tarea primordial de los poderes públicos en el ámbito de la libertad de información es garantizar el libre flujo de informaciones dentro de la sociedad. En ocasiones esto sólo es posible a través de la existencia de medios de comunicación de titularidad pública; en esas ocasiones, exclusivamente, vendrán impuestos por mandato constitucional.

El artículo 20.3 garantiza que la organización, gestión y control de los medios de comunicación social que, en cada momento dependen del Estado o de cualquier ente público se ajusten a ciertos criterios objetivos. El TC viene a señalar que una cosa es que en caso de existir medios de comunicación dependientes del Estado sea obligatorio darle acceso a los mismos a los grupos sociales y políticos significativos y otra muy distinta que resulte obligatorio que exista ese tipo de medios.

Países de la Europa occidental establecen limitaciones para evitar concentraciones periodísticas en manos privadas al no existir unos medios de comunicación de propiedad estatal a través de los cuales, como ocurre en España, pueda facilitarse la expresión libre a los grupos sociales y políticos. La garantía de acceso a los medios de comunicación estatales de los referidos grupos está íntimamente ligada al derecho fundamental de libertad de expresión y su inclusión en el artículo 20 de la CE.

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

En materia de información la acción positiva estatal está siempre presente. Los poderes públicos tienen la obligación de facilitar información a los medios de comunicación acerca de su funcionamiento y sus decisiones. Tienen también la obligación de gestionar los bienes de titularidad común necesarios para la existencia y el funcionamiento de una prensa libre. Cuando los medios materiales que permiten la comunicación libre sean escasos, corresponde a la administración pública armonizar los distintos intereses y garantizar una distribución equitativa que asegure el pluralismo de las opciones comunicativas. Es el caso, por ejemplo, del espacio radiotelevisivo. En estos supuestos no existe una determinada y concreta obligación que se pueda reclamar del Estado, pero éste tampoco puede actuar de manera arbitraria o discriminatoria.

Junto a la acción cotidiana, que podemos llamar ordinaria, también hay supuestos de intervención extraordinaria. El caso más significativo es el de los monopolios. Aunque la función constitucional de la libertad de información sea la de dar credibilidad a la participación política, no cabe duda de que también comparte, en cierta medida, su papel con el de la libertad de expresión: garantizar el pluralismo de las ideas. Eso es así, sobre todo, porque a pesar de la insistencia constitucional en que la información lo sea de hechos veraces y contrastados, no existe un criterio único para hallar la "verdad constitucionalmente protegida", de manera que la Constitución no sólo protege la transmisión objetiva de noticias, sino también la posibilidad de versiones e interpretaciones periodísticas siempre que recojan hechos contrastados

suficientemente. Por eso el objetivo constitucional de una "comunicación pública libre" exige diversidad de perspectivas informativas y valorativas de la información. sólo se alcanza en la medida en que se mantenga la pluralidad de medios de comunicación o se asegure el pluralismo interno de los medios.

Estas manifestaciones del pluralismo político no son categorías cerradas que se puedan controlar en absoluto, sino realidades graduales. No hay un pluralismo, sino grados de pluralismo; sin embargo, sí que existen dos extremos perfectamente identificables: la sociedad plural ideal y el monopolio informativo (ausencia total de pluralismo). Ninguno de esos dos extremos son posibles en la realidad; el mandato constitucional de pluralismo puede tener muy diversos grados de cumplimiento, siendo legítimos todos ellos. En el polo opuesto, sin embargo, sí hay un límite intolerable, que es lo que genéricamente llamamos monopolio. Técnicamente incluye también regímenes de oligopolio informativo en los que pueda decirse que el pluralismo reflejado en el sistema de comunicación pública libre resulta insuficiente.

En términos socio-políticos, la entidad de este problema viene deducida del hecho de que los monopolios ideológicos son inevitables en la sociedad democrática. El profesor Linz ha demostrado que ontológicamente cualquier sistema democrático plural está abocado al monopolio ideológico. es lo que él denomina "suicidio de la democracia". La idea es bastante simple: el pluralismo político se presenta siempre como diversidad de ofertas. En democracia resulta tan importante la idea de "diversidad" como la de "oferta". Se trata de ofertas porque es el pueblo el que decide entre ellas. Lo que él señala es que esa diversidad sólo puede ser teóricamente igualitaria en un momento inicial y ficticio, porque desde que se produce la primera elección hay opciones que resultan más favorecidas que las demás. Ese favor popular implica unos beneficios de la elegida que se reinvierten en la próxima elección, de manera que los favoritos tienden siempre a serlo cada vez más. El Estado tiene que intervenir, porque así lo exige la Constitución, para corregir constantemente esa tendencia al monopolio informativo.

¿Cómo puede intervenir? Básicamente caben dos tipos de acciones: el fomento de la diversidad informativa y la represión de la concentración de medios. En cuanto a las acciones represivas no se plantea ningún problema teórico. Las normas "antitrust" son un clásico del derecho mercantil que han pasado fácilmente al derecho de la información. Las acciones de fomento, en cambio, resultan más conflictivas. El desarrollo de la pluralidad puede hacerse de dos modos: a través de incentivos o a través de la asunción por el Estado de la titularidad de medios de comunicación.

Difícilmente se podrá imponer a los medios de comunicación de titularidad privada una apertura contraria a la ideología de sus propietarios, porque la idea de libertad en el intercambio de informaciones excluye que el Estado pueda determinar los contenidos de un medio de comunicación. La asunción por el sector público de la gestión directa de medios de comunicación puede resultar la mejor garantía de que se alcancen sin distorsiones los objetivos constitucionales que inspiran la especial protección de la libertad de información. Los medios de titularidad pública pueden dar acceso directo a grupos sociales y políticos significativos, pueden seleccionar los temas informativos en razón de la pluralidad de la sociedad y, en definitiva, pueden dar cabida a las versiones y perspectivas más variadas. De hecho, el artículo 20.3 de la CE impone claramente que los medios de comunicación estatales queden sometidos a control parlamentario y den cabida al máximo de grupos y perspectivas significativas dentro de la sociedad.

En principio, no parece que la CE imponga la necesidad de medios de comunicación pertenecientes al estado. Sólo en la medida en que la situación general de los medios de comunicación resulte insuficiente como para que el flujo de información en la sociedad española sea considerado "libre" y sea válido para facilitar la participación política, la titularidad pública de algunos medios de comunicación se volverá obligatoria. Esa es una valoración que debe realizar el TC.

5.- Los titulares del derecho a la información

No todas las personas son titulares de todos los derechos fundamentales. Esto resulta muy obvio con algunos derechos, como el de participar en las elecciones. Esta obviedad ha provocado, sin embargo, algún

que otro problema teórico en materia de libertad de información. Erróneamente se discutió quiénes eran los titulares del derecho a informar, si todos los ciudadanos o tan sólo los periodistas. En la STC 6/1981 el TC constata una posición especial de los periodistas frente a la libertad de información, destacando los límites de esta deferencia constitucional: "Son estos derechos, derechos de libertad frente al poder y comunes a todos los ciudadanos. Quienes hacen profesión de la expresión de ideas u opiniones o de la comunicación de información los ejercen con mayor frecuencia que el resto de sus conciudadanos, pero no derivan de ello ningún privilegio".

Lo que dice el TC es que los periodistas no pueden invocar un aspecto prestacional de la libertad de información distinto al del resto de los ciudadanos. El derecho a recibir información veraz es un derecho de todos por igual. a partir de aquí, resulta claro que quienes se dediquen a la profesión periodística están especialmente legitimados para hacer valer el derecho de los ciudadanos a recibir información. Una cosa es quién puede sacarle más partido a un derecho y otra bien distinta quién puede ejercerlo efectivamente. Desde este punto de vista no plantea grandes dificultades teóricas la cuestión de los legitimados constitucionalmente para ejercer el derecho a comunicar información: todos los ciudadanos.

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

El Tribunal ha optado siempre por la interpretación más amplia posible de la libertad de información. Así, por ejemplo, las informaciones transmitidas de viva voz por un sindicalista en una asamblea en el lugar de trabajo, sin utilizar ningún medio físico ni institucionalizado de comunicación. Según la STC 165/1987: "La libertad de información es, en términos constitucionales, un medio de formación de opinión pública en asuntos de interés general, cuyo valor de libertad preferente sobre otros derechos fundamentales viene determinado por su condición de garantía de la opinión pública. Este valor preferente alcanza su máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información. Esto no significa que la misma libertad no deba ser reconocida en iguales términos a quienes no ostentan igual cualidad profesional, pero sí significa que el valor preferente de la libertad declina, cuando su ejercicio no se realiza por los cauces normales de formación de la opinión pública, sino a través de medios tan anormales e irregulares como es la difusión de hojas clandestinas, en cuyo caso debe entenderse, como mínimo, que la relación de preferencia que tiene la libertad de información respecto al derecho al honor se invierte a favor de este último, debilitando la eficacia justificadora de aquella frente a lesiones referidas a éste".

Aquí, el TC introduce una distinción entre ejercer legítimamente el derecho a la información y disfrutar de la protección constitucional del derecho a la información. No podría así hablarse de requisitos para el ejercicio legítimo de la libertad de información, sino que en cada caso concreto habría que tener en cuenta quién y cómo lo ejerce para decidir qué protección tiene.

¿Qué se entiende por medio institucionalizado de comunicación? Se trataría de medios estables, al menos con tendencia a la periodicidad o duración en el tiempo. Además, la institucionalización implica un mínimo de organización y estructura interna. No debe tener trascendencia constitucional, a priori, el tamaño, la difusión o el carácter empresarial o no. Al fin y al cabo, todos esos aspectos son siempre

relativos, en razón del entorno en el que se difunda la información. No sería periodista exclusivamente quien tenga un contrato laboral con un medio de comunicación, sino todo el que transmita información a través de un medio institucionalizado.

Hay que distinguir entre los requisitos que establece la Constitución para el ejercicio de un derecho y su ponderación, cuando estando bien ejercido entre en conflicto con otros derechos. de esa manera parece que el que las noticias se transmitan a través de medios institucionalizados de comunicación social es un requisito esencial de la información constitucionalmente protegida. Si no se utiliza este tipo de medios, se tratará de libertad de expresión. Y tanto en un caso como en otro, si nos encontramos ante un auténtico conflicto con otros derechos se ponderarán las circunstancias concurrentes para decidir qué bien constitucional resulta obligado sacrificar. La auténtica finalidad del derecho a comunicar información y fijar los requisitos necesarios, que son dos: la veracidad y la relevancia pública de los hechos que se transmiten. Cuando se quiera atender a la finalidad esencial de la información, la amplitud del medio favorece un efecto mayor sobre la sociedad.

Pero el tema de la titularidad no quedaría resuelto sin aludir, aunque sea someramente, a otros derechos incluidos en el artículo 20. Nos referimos al derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional de los periodistas. el primero es un derecho de carácter laboral, que por tanto sólo pueden ejercer los periodistas que tengan un contrato de trabajo en vigor con un medio de comunicación. el segundo, un derecho que se dice "profesional". Tanto en un caso como en otro sólo los periodistas están protegidos, aunque este término tenga un contenido distinto en cada uno de ellos.

TEMA 4: LA OBTENCIÓN LEGÍTIMA DE LA INFORMACIÓN

1.- Una visión dinámica del derecho a transmitir información

La transmisión de la información se realiza siempre en tres fases: recogida de datos, elaboración de los datos para crear una información, y difusión de dicha información. Para alcanzar la finalidad constitucional prevista es necesario que también queden protegidos los instantes en que se está consiguiendo y organizando mentalmente.

Dentro de las facultades contenidas en el derecho a comunicar libremente información veraz, hay que incluir la de obtener información. No se trata en sí mismo de un derecho fundamental, sino de una facultad protegida como derecho instrumental, al servicio de un derecho fundamental.

El derecho fundamental a transmitir información tiene que verse como una realidad dinámica, que se extiende temporalmente a través de las fases de investigación y elaboración, consumándose con la difusión. El momento jurídicamente más determinante es, sin duda, el de la publicación, porque es entonces cuando verdaderamente se realiza el derecho. Cualquier intromisión estatal en la fase creativa podría afectar, además del derecho a la información, a la misma dignidad humana. Hasta que no se haya terminado por completo de elaborar el texto a publicar, será muy difícil decidir si éste afecta o no a otros derechos y bienes constitucionales y si debe sufrir, por ello, un sacrificio. El ejercicio del derecho a la información no está consumado, y no se sabe cómo se va a ejercer.

Antes de esto, el periodista debe tener derecho a buscar y conseguir información, algo que no ha de confundirse con el derecho genérico de los ciudadanos a recibir información elaborada, sino que alude exclusivamente a la actividad del profesional para conseguir los datos "en bruto" que darán lugar a su información. Este derecho es un derecho jurídicamente ilimitado a recoger cualquier tipo de información; de hecho, no se sabe aún si se trata de un derecho que se pueda invocar frente a otros ciudadanos o sólo frente al Estado. ni siquiera está, a priori, claro cuándo se tratará de un derecho de libertad (a que no se le impida recoger información) y cuándo de prestación (a que se le facilite una información). Hay que definir este derecho.

2.- El ejercicio legítimo del derecho a obtener información

Cuando se dice que el periodista tiene derecho a obtener información se quieren decir, por lo menos, dos cosas: que no se le puede impedir que recoja información y que hay que suministrarle información. Parece evidente que lo que se está cuestionando es si el periodista tiene derecho a recabar libremente información sobre un ciudadano cualquiera, puesto que no va a existir un derecho a reclamar jurídicamente a otra persona que facilite información sobre sí mismo o sobre un tercero al informador.

A)Frente a los ciudadanos

El informador puede recoger libremente información sobre cualquier persona, sin que ésta pueda exigir judicialmente que cese la investigación sobre ella. El periodista no puede exigir de nadie que actúe como informador del mismo modo que el afectado no puede impedir a nadie que se convierta en informador. tampoco existe en España por ahora ninguna figura legal similar al "acoso periodístico". Distinto es que en la recogida de datos se incurra en alguna conducta antijurídica, como la interceptación de comunicaciones, las amenazas, el allanamiento de morada, el apoderamiento de documentos de la intimidad, o cualquier otra.

De todos modos, una cosa es que no se pueda perseguir judicialmente el hecho de que alguien esté investigando sobre un tema y otra muy distinta que con la excusa de la investigación se autorizara a cometer delitos. Cualquier delito que cometa el informador mientras intenta recoger información es perfectamente sancionable. Si no hay delito de por medio, el ciudadano tiene que esperar siempre hasta la difusión de la información que le atañe para poder reclamar: la invasión en su intimidad o la lesión de su

honor o de su imagen sólo se producen con la publicación de los datos, no con la mera investigación. el periodista puede conseguir cualquier dato lícito y accesible, e incluso grabarlo o registrarlo si no se trata de un secreto. esta carga de soportar que alguien recoja información sobre uno mismo no incluye ninguna obligación de colaborar.

La mera recogida de datos no puede ser impedida, pero posteriormente puede cometerse un delito que permita sancionar la conducta del periodista.

Una vez obtenidos legítimamente unos datos, el encargado de redactarlos o procesarlos es el que de verdad crea la información. Hasta que este proceso no esté consumado, no se sabe si el resultado supondrá o no una intromisión ilegítima en los derechos de otras personas. en esta fase creativa, el ordenamiento no puede intervenir de manera represora, pues se trataría de una acción jurídica preventiva contraria a los derechos fundamentales; las limitaciones preventivas de los derechos fundamentales se oponen a la esencia del Estado de Derecho.

En la mera captación de datos también hay que respetar algunos límites; entre ellos, destaca la introducción en el Código Penal de un delito específico en el que se incurre por el mero acceso a determinados datos, como documentos relativos a la intimidad de las personas, comunicaciones ajenas, acceso a ficheros o archivos con datos personales... Si se trata de secretos legalmente considerados como tales, no hay ningún problema en impedir su acceso, en cambio, la utilización de este precepto para impedir investigaciones periodísticas que no lesionan ningún derecho constitucional específico sería contraria a la libertad de información. Si no se accede a una materia secreta, habrá que esperar a la publicación de la noticia.

B) Frente a los poderes públicos

Frente a los poderes públicos, el derecho a obtener información resulta más trascendente. La libertad de investigación acerca del funcionamiento de las instituciones del estado es imprescindible para la crítica política y la libre circulación de informaciones acerca de las instituciones democráticas. El contenido defensivo del derecho a obtener información (libertad frente a limitaciones de cualquier tipo) es similar frente a particulares y frente a los poderes públicos, con la salvedad de la obligación estatal de colaborar: los poderes públicos deben facilitar a los ciudadanos el acceso a la información pública que anden buscando. Surge una obligación estatal de tomar la iniciativa ellos mismos de facilitar información a los periodistas y, a través suya o no, a los ciudadanos. Por tanto, a la hora de obtener información del Estado rigen dos principios: libertad de investigación con la colaboración pública y obligación estatal de facilitar información de propia iniciativa.

En cuanto a la libertad de investigación sobre los asuntos públicos, merece especial atención la vigente regulación sobre derecho de acceso de los ciudadanos a los registros públicos y a todo documento que obre en poder de la administración (Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas). Junto a este, hay otros numerosos textos legales nacionales y europeos que regulan el acceso a la información en supuestos especiales y ámbitos mayores, por ejemplo, al acceso de datos informáticos.

El ejercicio práctico del derecho de acceso a la información está sometido en la actualidad a numerosas trabas, tanto en las normas que lo regulan como en su ejercicio práctico.

Frente a ello, de la propia Constitución y de numerosos instrumentos internacionales, se deriva un mandato de transparencia de la función pública. La tendencia en nuestro contexto es cada vez más favorable a la regulación de ese derecho. Recientemente la normativa europea está obligando a aprobar facultades de libre acceso a la información pública en materias específicas, como el medio ambiente. Con la legislación existente, son los tribunales los encargados de amparar a los ciudadanos y periodistas que intentan acceder a informaciones públicas concretas y se les niega de manera irrazonable.

En cuanto a la obligación estatal de facilitar información cotidiana sobre sus actividades, los periodistas tienen un derecho preferente de acceso a la misma.

El TC dice que la proyección social del funcionamiento del Estado "no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de medios de comunicación, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información en su misma fuente y transmitirla a cuantos, por una serie de imperativos de espacio, de tiempo, de distancia, de quehacer... están en la imposibilidad de hacerlo". Debe deducirse una preferencia de los medios de comunicación a la hora de recibir información del funcionamiento del Estado. Sin embargo, tampoco puede excluirse absolutamente el acceso de ciudadanos individuales dispuestos a formarse su propia opinión y a estar informados por sí solos. A fin de cuentas, el deber de publicidad de funcionamiento de los poderes públicos se articula como un derecho de los ciudadanos. La CE establece que las actuaciones judiciales y las sesiones plenarios de las Cámaras sean públicas. Pero hay que armonizar el acceso directo de ciudadanos con un acceso preferente de los medios de comunicación de manera que ambos coexistan en todos los niveles de funcionamiento estatal.

De otra parte, hay intereses constitucionalmente protegidos que pueden imponerse sobre el derecho de acceso a la información estatal, como el derecho a la intimidad de las víctimas, al libre desarrollo de la personalidad (que puede impedir la publicidad de datos referentes a niños y jóvenes), la eficacia del funcionamiento de los poderes públicos (sólo cuando sea incompatible con la publicidad). La idea principal es que sólo intereses y valores recogidos constitucionalmente, y después de un proceso de ponderación, pueden limitar el derecho de acceder a la información estatal en cuanto requisito para el ejercicio de la libertad de información.

El Estado tiene libertad a la hora de establecer los cauces a través de los que la información se hace llegar a los medios.

La libertad de elección del Estado a la hora de facilitar la información también tiene sus límites. Con ello entramos en el segundo problema que habíamos planteado, el de la discrecionalidad estatal. El primer límite no es tal: se trata de que el medio elegido no impida el acceso mismo a la información a través de su reducción o tergiversación. Sin embargo, lo que realmente nos interesa es cuál de ser la reacción de los poderes públicos en los casos en que limitaciones materiales invencibles imposibiliten el acceso a determinados datos o actuaciones de todos los medios de comunicación interesados.

El mandato a los poderes públicos para que faciliten la información sobre sus actuaciones se incrementa en paralelo al interés social de las mismas. El derecho de los periodistas a esa información se acrecienta con respecto a acontecimientos que por su entidad pueden afectar a todos y por ello alcanzan una especial resonancia en el cuerpo social. Así, a mayor interés democrático en sentido constitucional, más medios tiene que poner el Estado para que los informadores puedan recibir la información.

La única exigencia del ordenamiento es que los criterios se establezcan de antemano, que aparezcan razonados y, en definitiva, que se trate de criterios objetivos aplicados por igual a todos los medios de comunicación.

Los periodistas tanto gráficos como escritos pueden asistir a todos los actos judiciales públicos, sin perjuicio de que excepcionalmente se prohíba por diversas razones: "No es compatible con la actual legislación reguladora del ejercicio de la libertad de información el establecimiento de una prohibición general con reserva de autorización en cada caso del acceso de medios de captación y difusión de imágenes a las audiencias públicas, porque la utilización de tales medios forma parte del ámbito constitucionalmente protegido por el derecho a la libertad de información que no ha sido limitado con carácter general por el legislador". La prohibición, por tanto, de acceso a los informadores a la actividad pública tendrá carácter excepcional y deberá fundarse en la protección de otros bienes constitucionales. Por ejemplo, si se suscitan efectos intimidatorios, si se favorece el desarrollo de "juicios paralelos" o si se perjudica al ordenado

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

3.- Los límites a la obtención de la información

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

La libertad de información no puede amparar que, con la intención de conseguir información, se vulneren prohibiciones establecidas en las leyes penales. La Constitución exige reducir al mínimo cualquier actuación preventiva que suponga una limitación para los informadores. La prohibición absoluta de censura, recogida en el artículo 20.2 es la prueba más clara de ello.

en algún caso podría suceder que se lesionasen derechos de terceros sin incurrir en un delito: por ejemplo, porque al conseguir una información se esté impidiendo a alguien usarla para un fin lícito que tuviera previsto, o porque sin cometer un delito de los previstos en el código se suplantara la personalidad de otra persona. No resulta en cambio constitucionalmente correcto entender que la intimidad de las personas se viola con el mero acceso a los datos.

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

Puede prohibirse o castigarse la difusión de una información que haya sido conseguida ilícitamente, pero ello no quiere decir automáticamente que sea deshonrosa o inveraz: "el que el ejercicio de la libertad de expresión pudiera resultar ilegítimo por otras razones tales como que la noticia constituyera una revelación de algo que, por proceder de un sumario, la Ley declara secreto".

A) Los secretos

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

En relación a la libertad de información, hay que distinguir tres tipos de secretos: los secretos oficiales, secreto de las comunicaciones y secreto de sumario.

Hay que señalar algunas características esenciales de la existencia de secretos en la CE.

No cabe la declaración de secreto aplicada a materias informativas, sino exclusivamente a datos o documentos concretos. No puede prohibirse cualquier información relativa a todo un tema. Lo que el Estado prohíbe es la utilización de determinadas fuentes. Esta consideración es de suma importancia para delimitar el ámbito protegido por la prohibición en qué consiste cada uno de los secretos.

Los datos y documentos deben estar calificados como secretos antes de su obtención por el periodista. Cuando el secreto proteja sólo documentos o datos concretos y que no puedan ser generalizados, la declaración de secreto habrá de hacerse individualmente. Es necesaria que la declaración de un dato o documento como secreto sea pública y notoria. Ello puede conseguirse con la publicación oficial de que se trata de un secreto o con una resolución *ad hoc* unida al dato o documento en sí.

Puesto que se trata de una limitación al libre flujo de la comunicación dentro de una sociedad democrática, la declaración de secretos tiene que aparecer siempre orientada a la protección de bienes constitucionalmente protegidos como, por ejemplo, la seguridad pública, la defensa del Estado, la intimidad de las personas o la averiguación de los delitos.

B) Los secretos oficiales

La propia Constitución, en el artículo 105.b) alude ya a la prohibición genérica de acceder a los documentos que afectan a la seguridad y la defensa del Estado. Una ley regula los secretos oficiales. Esta disposición legal es, en principio, excesivamente restrictivas de la libertad de información.

La justificación de que un dato, documento, objeto o similar se declare como secreto está en que su conocimiento pueda poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado. El código Penal incluye en tal supuesto la información relativa a la energía nuclear, pero no basta con la declaración de que una información sea secreta o reservada; para vincular jurídicamente al informador es necesario además que la finalidad perseguida con tal declaración sea legítima constitucionalmente. Los secretos que se decreten con la finalidad de proteger intereses ajenos a la seguridad y la defensa del Estado carecen de validez jurídica.

Sin embargo, se trata de algo que sólo puede valorar el poder judicial. De hecho, el control judicial es la garantía de que la libertad de información no venga limitada por decisiones del ejecutivo que pueden apartarse de los mandatos legales y constitucionales. Los informadores que violen secretos en la creencia de que los intereses protegidos y ocultos a la opinión pública son en realidad espurios asumen el riesgo de que los órganos judiciales no compartan su opinión.

En cuanto a la legitimidad para declarar que un documento o similar es secreto y no puede ser revelado, es una decisión que la ley deja exclusivamente en manos del Consejo de Ministros y (para temas de defensa) la Junta de Jefes del Estado Mayor. Ninguno de estos dos órganos puede subdelegar o transmitir esa competencia. No cabe la declaración de materias enteras como secreto.

El artículo 588 del Código Penal recoge el delito de "revelación de secretos oficiales". La conducta prohibida es procurarse o revelar información calificada como secreta o reservada. Es decir, que se castiga tanto la participación en el acto de conseguir la información secreta como la revelación a terceros. Cuando se prevea que una materia clasificada pueda llegar a conocimiento de los medios de comunicación se notificará a éstos la calificación de secreta o reservada de la misma. La idea básica es que si el periodista consigue lícitamente la información y desconoce su carácter secreto no podrá ser sancionado. Ello no impide que posteriormente, si como consecuencia de la publicación se produce algún efecto jurídicamente reprochable (un homicidio, un asalto, por ejemplo) el periodista deba responder de ello como colaborador, incluso anquen sea en razón de su conducta negligente.

C) El secreto de las comunicaciones

En el artículo 18.3 de la CE: "Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial". Se trata de un derecho de los ciudadanos, íntimamente conectado con el de intimidad. La referencia genérica a "comunicaciones" lleva a entender que cualquier intercambio privado de información puede quedar protegido por el secreto. Sin embargo, más que las conversaciones orales el terreno propio del secreto de las comunicaciones es el de las que se realizan a través de algún mecanismo como correos, teléfono, internet y similares, pues son éstas las más susceptibles de intervención ajena.

Jurídicamente, cada una de estas conductas tiene un trato diferenciado. La escucha de una conversación ajena puede realizarse de manera expresa o casual, pero sólo la intervención voluntaria y expresa debe estar proscrita por el derecho. En cuanto al hecho de copiar una conversación, en ese momento ya no hay duda de que quien no es el destinatario de la conversación se "apodera" del contenido de la misma. La

publicación sólo será ilegítima si vulnera derechos ajenos; y sólo vulnerará derechos ajenos si su contenido es lesivo de la intimidad, el honor o similar.

La idea general es que el secreto de las comunicaciones sólo existe si hay de algún modo apropiación ilegítima; es decir, de conversaciones ajenas sin consentimiento de sus titulares. O sea, que el secreto no se extiende a los participantes, que pueden retener o difundir sus propias comunicaciones o autorizar a otras personas para ello. Cosa muy distinta es que, sin tratarse de un secreto, la difusión de conversaciones propias pueda suponer posteriormente una vulneración del derecho a la intimidad de la otra parte. Ello es así por la misma definición de secreto a la que hemos aludido, como algo ajeno que no se puede conocer, más que difundir.

Un dato conseguido lícitamente, es un dato que se puede usar para elaborar la información, nada más. Si posteriormente se publica y con la publicación se vulnera el derecho a la intimidad de una persona, el periodista responderá jurídicamente a esa violación.

En cuanto al ámbito protegido sólo se extiende a dos conductas: procurarse las comunicaciones ajenas y revelarlas a terceros con conocimiento de su origen ilícito. La primera conducta es la típica de cualquier secreto: romper el secreto y acceder a la información ilícitamente. Es el caso de quien participa directamente en la interceptación de una comunicación y de quien resulte instigador o colaborador de la interceptación. Jurídicamente hay que entender que la interceptación se consuma en el momento en el que por actos voluntarios la comunicación se desvía de su destinatario previsto. De este modo, si una persona recibe por equivocación una carta dirigida a otra, la interceptación se produce cuando la abre.

La segunda conducta prohibida es la difusión del contenido de las comunicaciones ajenas; pero para que resulte ilícita jurídicamente hace falta que quien la cometa sepa que han sido conseguidas ilegítimamente. Esencialmente que no se contaba con autorización judicial o consentimiento de los participantes ni le ha sido suministrada por una de las partes de la conversación. En todo caso, más allá de la prohibición del secreto queda siempre la protección de la intimidad, aunque eso sea algo que sólo se puede juzgar a la vista de la información ya elaborada.

La reforma de 1995 del Código Penal añadió, como antes se comentaba, una serie de supuestos que no son estrictamente interceptación de las comunicaciones sino que están relacionados con la grabación y revelación de secretos de la intimidad. La grabación de la imagen o el sonido de la intimidad de las personas se castiga el mero hecho de apoderarse de "datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado", causando un perjuicio a alguien. No sólo se penaliza el "acceso", sino también la utilización de los datos. La jurisprudencia es todavía bastante escasa sobre este supuesto, se habla de "datos reservados", es decir, que se exige cierta declaración - o consideración social - previa de secreto que permite limitar mucho los supuestos en que se va a aplicar. Sólo podrá castigarse a quien en el momento de utilizar o difundir los datos tuviera conocimiento de que se trata de datos reservados y de que han sido obtenidos ilícitamente, sin consentimiento del titular.

D) El secreto de sumario

No aparece expresamente recogido en la Constitución, por más que el artículo 120.1 CE establezca que caben excepciones al principio de publicidad de las actuaciones judiciales.

En el procedimiento judicial penal conviven una fase preparatoria, dedicada a la acumulación de datos y pruebas, con otra de juicio, dedicada a la exposición de las argumentaciones de las partes respecto a los datos recogidos. Mientras que en la primera fase -indagatoria- puede predominar la exclusión del conocimiento público, para asegurar las investigaciones, en la segunda -expositiva- el principio dominante es el de la publicidad. El interés público en conseguir el máximo de datos puede justificar la restricción del acceso informativo a algunos de los que ya están en manos del poder judicial.

Lo que se quiere proteger es la efectividad de las actuaciones del poder público para la investigación de los delitos. Así, se impide que en ciertos casos nadie, ni siquiera las partes implicadas, conozca las investigaciones que se están llevando a cabo en un proceso judicial. Pero la obligación de reserva se extiende exclusivamente a las diligencias que constan en el sumario no a los hechos juzgados en sí mismos. No es lícito hablar con testigos o investigar acerca de delitos. Ni siquiera si finalmente se consiguen, por otras vías, las mismas informaciones recogidas en las actuaciones judiciales.

Por otro lado, la declaración de secreto de sumario debe hacerse caso por caso y ponderando las circunstancias que concurran. El juez instructor es el encargado de dictar tal resolución y en ella debe justificar que efectivamente resulta necesario sustraer el contenido del sumario al conocimiento público. Las razones pueden ser variadas, pero todas basadas en valores constitucionalmente protegidos: la averiguación de los delitos, la protección del honor o la intimidad de las personas, etc.

El ámbito protegido por el secreto de sumario es el más reducido. Sólo está prohibido romper el secreto. Es decir, que el ordenamiento sólo sanciona a quien consigue ilícitamente el documento del sumario y se lo proporciona a un informador para su difusión. Si lo hace a instancias o con la colaboración del periodista, se considera que éste participa también en el hecho ilícito. El artículo 466 del Código Penal castiga a quienes teniendo acceso a un sumario declarado secreto revelen las actuaciones que lo integran. En la práctica, el derecho al secreto profesional de que gozan los periodistas le permite guardar silencio acerca de la fuente que les ha proporcionado las actuaciones.

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

En el ordenamiento jurídico de otros países se da más importancia que en el nuestro a la *paz judicial* durante los procesos, frente a las intromisiones de la prensa. En derecho español, en cambio, no está nada clara la posibilidad de prohibir este tipo de informaciones. Si fuera así, sería un secreto poco ortodoxo: la idea no es castigar al que obtiene determinado material, sino a quien habla de un modo específico sobre un tema concreto. Evidentemente, esta construcción tiene muy difícil cabida en nuestro régimen de libertad de información.

¿Cuáles pueden ser los intereses públicos que justifiquen la prohibición de informar sobre asuntos sometidos a proceso judicial?. En primer lugar, la *recogida de pruebas*. El hecho de discutir en público los detalles y circunstancias de un caso sometido a pesquisas judiciales puede frustrar la obtención de algunas pruebas, poniendo sobre alerta a los inculpados o sus colaboradores. En segundo lugar, *la imparcialidad del juez o jurado*. Uno de los principales inconvenientes de los juicios paralelos es que, al tomar partido dentro del litigio, este tipo de informaciones crean prejuicios sociales que pueden llegar a influir en las mentes de las personas llamadas a decidir sobre el asunto. El último interés en juego es el de *los derechos de las partes en el proceso*: cualquier merma en la imparcialidad del juzgador, puede perjudicar a su derechos a la defensa, o a la acusación. Especial consideración merece la posibilidad de que se vulnere indirectamente su derecho a la presunción de inocencia. Este es realmente el interés más importante en juego.

Tradicionalmente la presunción de inocencia no es derecho que se pueda invocar frente a otras personas, sino exclusivamente frente al juez encargado de decidir la culpabilidad o inocencia propias. En sentido clásico es derecho a no tener que probar la inocencia uno mismo. Cualquier ciudadano en principio tiene que ser considerado siempre inocente, y será quien lo acuse de algo quien tenga que demostrar efectivamente su culpabilidad. Hay que dejar claro que los medios de comunicación por sí mismos no

pueden vulnerar la presunción de inocencia, por la sencilla razón de que no están obligados a considerar a nadie como culpable o inocente. A través de los medios de comunicación sólo puede vulnerar la presunción del propio juez.

¿Quiere eso decir que los juicios paralelos en prensa en los que no intervengan las personas encargadas de juzgar - ni le afecte su imparcialidad- están permitidos?. Pues, en principio, sí. En nuestro ordenamiento actual tan solo se prohíbe la difusión de datos sumariales declarados secretos y los actos de manifiesta parcialidad judicial. Eso no descarta la posibilidad puntual de introducir otros límites a las informaciones relativas a procesos, siempre y cuando se logre fundamentarlas en la protección de bienes o derechos reconocidos por la Constitución. La protección del honor de los acusados puede llevar a prohibir la difusión de informaciones no suficientemente contrastadas en las que se dé por sentada su culpabilidad. En última instancia, procesos paralelos en prensa que provoquen una presión excesiva sobre las personas encargadas de decidir la culpabilidad de un acusado podrán reprimirse jurídicamente por razones de orden público judicial. Se trata de una posibilidad bien difícil desde el momento en el que a los jueces profesionales se les presupone la capacidad de ser objetivos y resistirse a las presiones públicas en aras de la justicia.

A nadie puede ocultársele que la capacidad de presión e influencia es mucho mayor cuando las declaraciones vertidas en los medios de comunicación sobre procesos en curso corresponden a miembros destacados de los otros poderes públicos del Estado. Por ello, cuando efectivamente se dan esas circunstancias, se conculca el derecho a un proceso con todas las garantías, incluso sin necesidad de probar que la influencia ejercida ha tenido un efecto concreto en la decisión de la causa, pues, por la naturaleza de los valores implicados, basta la probabilidad fundada de que tal influencia ha tenido lugar.

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

TEMA 5: LOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES DE LA INFORMACIÓN

1.- Las características del ejercicio legítimo del derecho a la información

La libertad de información aparece en la Constitución como "derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión". Así que a primera vista comprende dos acciones diferentes, comunicar y a recibir, que versan sobre un mismo objeto: la información veraz.

Para entender su trascendencia, hay que preguntarse cuál es la finalidad de que la Constitución proteja este derecho. Sin un flujo libre de información veraz, las decisiones básicas de la vida del Estado, que emanan básicamente del pueblo, se tomarían al margen de la realidad. Junto a ello, la idea actual de democracia incide especialmente en la necesidad del control por los ciudadanos de la labor de sus representantes políticos y del funcionamiento de las instituciones comunes. El sistema político no podrían funcionar de manera lógica si no se asegura la libre circulación de la información relativa al mismo. Este mismo razonamiento, determina también los límites de la información protegida: tan sólo aquella información que tenga *relevancia pública* podrá gozar de la protección constitucional del artículo 20.1d) CE. Ésta es la segunda condición para el ejercicio legítimo de la libertad de información.

Por último, exige el precepto constitucional que la divulgación se realice a través de cualquier medio de difusión.

De los preceptos de la Constitución se desprende un régimen en el que la información específicamente protegida ha de reunir tres características: veracidad, relevancia pública y medio de difusión. Sólo cuando se trate efectivamente de información, haya sido conseguida lícitamente y reúna estas tres características se estará ante un supuesto de ejercicio legítimo del derecho a la información.

2.- La veracidad

No es lo mismo veracidad que verdad. El concepto de verdad, en cuanto existencia real de las cosas, no es más que una idea ontológicamente razonable y, desde luego, sin posible trascendencia jurídica. La verdad no es una realidad, sino un objetivo. No es algo que existe y se pueda aprehender; es esencialmente un destino, una búsqueda. Sin embargo, en la vida cotidiana acordamos pequeñas "verdades" que, sin ser absolutamente ciertas e indiscutibles, sí que nos sirven al menos como criterio de relación interpersonal. Del mismo modo, El Estado establece mecanismos para determinar una verdad jurídicamente válida, que permita operar en el mundo del derecho a partir de la ficción de que esa es la realidad más o menos única. Cuando se trata de determinar si sucedieron o no determinados hechos de la vida, el mecanismo de establecimiento de la verdad jurídica son los Tribunales de justicia. El Estado utiliza su poder determinando que efectivamente esos hechos sucedieron y descartando otras interpretaciones. Una vez que los jueces han determinado cuál es la verdad estatal, el derecho se comporta como si fuera la única.

En cualquier caso no parece que la referencia constitucional a la veracidad sea, sin más, equiparable a esta verdad judicial. A la hora de entender el sentido del adjetivo "veraz" en el artículo 20 de la Constitución, al intérprete constitucional se le abren varias posibilidades.

De un parte estaba la opción intervencionista, que parte de que es función del Estado fijar universalmente cuál debe ser la verdad absoluta. En virtud de ello el control de la veracidad de la información se convertiría también en control de contenidos de acuerdo con la voluntad estatal. Y se consideraría a la veracidad como un *resultado*. Sólo aquello que coincida con lo que los jueces han declarado como cierto, se considera veraz y defendible.

De otra parte estaba otra opción, que parte de que es función del Estado el garantizar la fluidez de unas vías estables de comunicación interna dentro de la sociedad. En esta tarea de garantía del proceso informativo tienen también cabida controles de veracidad, pero se refieren más al mecanismo, o la *vía*, a través del cual los profesionales comprueban la información que al resultado, o contenido final de ésta. El

sentido que venimos otorgándole a la garantía constitucional de la libertad de información, obliga a decidirse por la última opción.

Exigir un resultado verdadero en todas las informaciones publicadas por los medios de comunicación vaciaría de contenido el artículo 20.1.d) CE y supondría hacer responsables a los periodistas no sólo de su propia actuación profesional sino también del resultado, impidiendo la libertad comunicativa fuera de lo que los poderes públicos consideran como verdad. Es por ello por lo que el concepto de veracidad no se determina, en principio, por el grado de parecido entre el resultado informativo final y una realidad más o menos objetivable. Al contrario, el núcleo del concepto de veracidad alude -básicamente- al grado de profesionalidad y diligencia del autor de la información.

Lo jurídicamente relevante no es tanto que este hecho concreto sea verdadero o falso como la actitud del periodista a lo largo del proceso de elaboración de la noticia en cuestión. La veracidad no se decide comparando exclusivamente los hechos publicados con los que aparentemente sucedieron sino a la vista de la diligencia que mostró el periodista para comprobar la realidad de lo narrado. A esta veracidad que podemos llamar "subjetiva" porque está en función de la actuación del autor de la información tiene siempre que complementarse con la concurrencia de cierta veracidad "objetiva", resquicio del concepto más intervencionista de comunicación pública libre. El grado de veracidad objetiva exigido es más reducido que el de la subjetiva, y en la práctica no es tanto un requisito determinante como sobre todo un elemento para valorar de forma genérica el grado de veracidad de la noticia.

Sin embargo, conviene hacer alguna matización sobre todo esto. El hecho de que la esencia de la veracidad sea una diligente actitud profesional del informador, no impide que el concepto de veracidad siga estando sometido al de verdad. Con esto queremos decir que si una información que se transmite a través de un medio de comunicación resulta ser objetivamente cierta, quedará protegida por la Constitución incluso aunque el periodista no la hubiese contrastado suficientemente. Cuando un tribunal da por probados unos hechos, eso se convierte automáticamente en verdad judicial. Estos hechos se considera, pues, que son verdad a todos los efectos. De otro lado hay hechos de la naturaleza científicamente comprobables e indiscutibles. En tercer lugar, hay hechos que el Tribunal Constitucional considera "notorios", es decir, indiscutidos socialmente. En estos casos, el periodista que transmite una información que resulta ser objetivamente cierta, goza de protección constitucional sin necesidad de comprobar la diligencia profesional o no.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2008, que resuelve el asunto, insiste en que "lo relevante para la veracidad informativa no es que a posteriori se pruebe la realidad de los hechos, sino el grado de diligencia observado para la comprobación con anterioridad a la publicación de aquellos". Con esta afirmación, parece que la jurisprudencia tiende a utilizar cada vez más la exigencia de veracidad como una carga suplementaria impuesta al periodista, desconectada pro completo de la finalidad constitucional de la garantía de la libertad de comunicación.

A) La diligencia profesional

Si el periodista ha puesto los medios a su alcance para comprobar lo que dice y el resultado se aproxima mínimamente a lo que realmente sucedió, la noticia será veraz. El Tribunal Constitucional ha dicho a veces que el requisito de la veracidad lo que excluye es la presentación como información de lo que en verdad son meros rumores sin contrastar, en la práctica se exige más que eso. Interesa partir de lo que la jurisprudencia denomina a veces: "falta de comprobación mínima", para sancionar los supuestos de falta de veracidad.

¿A qué se llama comprobar? Y ¿qué grado de comprobación resulta exigible? En cuanto al primero, la diligencia de un periodista se pone de manifiesto a través del contraste de los hechos antes de su publicación. La comprobación en el mundo de la información se consigue por efecto de la combinación de fuentes distintas, preferentemente opuestas. El concepto de diligencia, se pone en relación con el de

"actuación de un buen profesional". Se supone que hay un estándar generalizado de lo que un buen periodista debe comprobar de unos hechos antes de publicarlos. La urgencia de la noticia en cuestión, el modo de trabajar del medio de que se trate, el momento en que se obtuvo, y las circunstancias, etc. Por ejemplo, no es igual la comprobación exigible a un informativo televisivo semanal que a uno diario. Todo ello, evidentemente habrá de ser valorado por el juez que se vea llamado a examinar si una información determinada cumple los requisitos constitucionales que la convierten en legítimo ejercicio de un derecho fundamental.

Puesto que en un periódico, debido a un error informático, no constan los datos del firmante de la misiva es su director quien debe responder jurídicamente por el contenido. Lo que plantea entonces es: ¿con qué diligencia debe contrastarse el contenido de una carta al director que se publica en un medio? El Tribunal Constitucional resuelve que, a la vista de los usos periodísticos dominantes, la obligación de contraste es menor a la hora de difundir una carta de otro autor que en las informaciones de propia elaboración por el medio. Así, en este caso concreto, se considera suficiente el que el director constatará que la mayoría de las acusaciones que aparecen en la carta ha habían salido a la luz en otros medios de comunicación.

En cada caso concreto, por tanto, el órgano jurisdiccional que tenga que comprobar si el derecho a la información se ha ejercido de la manera que protege la Constitución deber valorar si el periodista ha comprobado suficientemente las fuentes de acuerdo con los usos imperantes en el tipo de medio en cuestión. Sobre esto no hay reglas fijas, aunque debe señalarse que no se puede exigir en todo caso una comprobación absolutamente exhaustiva.

B) La fiabilidad de las fuentes

Cuando se dé un conflicto con el derecho al honor de una persona, el órgano judicial llamado a decidir sobre la controversia deberá tener en cuenta las circunstancias en que se ejerce la profesión periodística. Del mismo modo puede influir también la fiabilidad de ciertas fuentes, como las agencias de noticias o los gabinetes de prensa, a la hora de valorar si la diligencia es suficientes. En principio hay que considerar como fiables a aquellas fuentes que constituyan un cauce institucionalizado y reconocido estatalmente de suministro de información a los ciudadanos.

En caso de hallarse ante una fuente fiable, la jurisprudencia constitucional tiene en cuenta hasta qué punto la elaboración propia del periodista cambia el sentido inicial de la información que facilitaba el informador institucionalizado. Por otro lado, las fuentes "oficiales", como puede ser, por ejemplo, la policía, gozan de una presunción de fiabilidad que reduce mucho la obligación de contraste que tiene el periodista, siempre y cuando la información se transmita por el cauce adecuado y el asunto sobre el que se facilita información esté directamente relacionado con la finalidad legítima de esta fuente oficial. No sería oficial, además, la confidencia de un agente pero sí una nota de prensa de la policía. Se le exige al periodista que compruebe que efectivamente la información proviene de la fuente en la que aparentemente tiene su origen. Eso impone diferencias respecto al supuesto en el que el informador conoce de una información por otras vías, porque entonces el contraste consiste en diversificación de fuentes, en buscar otras versiones, más que en comprobar el origen de la inicial.

Un requisito añadido parece ser el de especificar las fuentes fiables utilizadas. El Tribunal Constitucional viene exigiendo que el cuerpo de la información recoja e identifique las fuentes utilizadas para poder proceder a su comprobación. Lo que parece que quiere decir el TC es que en tanto que las fuentes aparezcan identificadas en el cuerpo de la información, la comprobación resulta más fácil y rige, a priori, una presunción de legitimidad. Cuando no se especifiquen, será el periodista el que quede obligado a demostrar, bien que contaba con informaciones emanadas de una fuente fiable, bien que contrastó la noticia suficientemente en fuentes diversas, o bien que los hechos narrados son efectivamente ciertos. Caben las tres posibilidades y cualquiera de ellas satisface la exigencia de veracidad. Por otro la do no hay

que olvidar que el derecho al secreto profesional, recogido en el artículo 20.2 CE impide que los periodistas sean obligados de ningún modo a revelar la identidad de sus fuentes. En tal caso, son ellos los que asumirán la demostración de la realidad de los hechos.

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

Es evidente que cuando un reportaje se califica de neutral, el autor no resulta jurídicamente responsable de su contenido. Ésta es la regla general, pero hay que hacer una excepción cuando lo afirmado en las declaraciones cobre una especial trascendencia por su difusión pública. De lo que se trata es de que la reproducción de unas declaraciones no se utilice fraudulentamente para transmitir unos hechos de forma interesada, de manera que la voluntad del periodista pueda individualizarse de la del autor de las declaraciones. Resulta un supuesto muy difícil de valorar, pero que no deja de ser posible; cuando un medio le dé una trascendencia inusual a declaraciones socialmente intrascendentes: por ejemplo si en grandes tipos, en primera página de un periódico, se recogen unos insultos contra un político emitidos por un ciudadano absolutamente alejado de la vida pública. Por tanto, ha de concluirse que no es neutral toda información que se limite a reproducir lo dicho por otro, sino que en la decisión misma de publicar declaraciones ajenas hay una toma de postura del periodista que puede estar apoyando indirectamente la veracidad o falsedad de lo reproducido, tanto como utilizándolo con intenciones determinadas, legítimas o no.

La STC 54/2004 recuerda que para que pueda hablarse de reportaje neutral han de concurrir los siguientes requisitos:

a) El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas.

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

5.- La relevancia pública

En realidad, se trata de una consecuencia del lugar que el derecho a la información tiene en el sistema constitucional. ¿Por qué se protege especialmente la información en nuestra Constitución? Pues no sólo porque el libre flujo de información sea un derecho básico, derivado de la libertad de autodeterminación de la sociedad, sino también porque hay un interés democrático en que los ciudadanos puedan recibir información acerca de cómo funcionan la sociedad y el Estado. Ello exige la posibilidad de que los ciudadanos estén informados en varias fases: para decidir acerca de las personas a quienes pueden designar para que integren los poderes, para decidir en los casos en que el cuerpo electoral tienen que pronunciarse y, en general, para controlar posteriormente la aplicación de sus decisiones y el funcionamiento de los poderes. Pero todo tipo de información no es igualmente apto para satisfacer esta función política, sólo sirven para ellos las informaciones que trasciendan del ámbito de lo personal o

anecdótico y tengan un significado social o político destacado. El requisito de la relevancia pública sirve para cerrar el círculo de la información jurídicamente protegida, excluyendo la mera transmisión de hechos o datos sin trascendencia social. La práctica demuestra que esto es algo difícil de deslindar en algunos casos, pero también que la mera alusión a un interés social no basta para que cualquier noticia cobre relevancia social inmediata.

El examen de la relevancia se hace directamente a partir de la información en sí. El titular que se le pone a la información y la especial atención que se da a un detalle especialmente morboso evidencian que se trata de una información que no debe disfrutar de ninguna protección constitucional específica.

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

A) Criterios de determinación

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

Como regla general, la actuación de las fuerzas de seguridad es un hecho noticiable. Se trata de informar a los ciudadanos acerca del funcionamiento de los poderes del Estado y de la delincuencia en la sociedad. Pero, si desde esa perspectiva la noticia parece relevante, desde otra ,hay elementos para pensar lo contrario: ¿es relevante que el ciudadano implicado aparezca identificado con nombres y apellidos?, ¿es relevante en sí misma la noticia?

En realidad, para decidir acerca de la relevancia, tanto del hecho como de quien lo protagoniza, hay que tener muy en cuenta todas las circunstancias que rodean la información. La relevancia pública está en la finalidad de la noticia. Se trata de que tenga interés para el desarrollo de la sociedad. Por eso dependerá siempre de factores objetivos, relacionados con el contenido mismo de la información y de factores subjetivos, en conexión al enfoque que el periodista le haya dado a los hechos. Incluso en su aspecto más objetivos, el concepto de relevancia pública sigue siendo siempre muy relativo, de acuerdo con el contexto en que se producen los hechos y en que se publica la información.

La manera en que se elabore y difunda la información puede ser igualmente determinante.

Hay que destacar que mientras mayor sea la conexión que cabe establecer entre el sistema democrático y la información en cuestión, mayor será su relevancia pública.

B) Relevancia pública *ratione personae*

De esta manera, no es posible decidir sobre el cumplimiento del requisito de la relevancia pública sin una visión general acerca del marco social e informativo en que aparece la información y su utilidad democrática. Por otro lado, parece evidente que la relevancia puede predicarse tanto del hecho publicado, como de la persona que lo protagonista. En general, puede decirse que cada elemento de la información debe ser valorado independientemente en cuanto a su trascendencia social. Así, la identificación de la persona protagonista del hecho sólo está jurídicamente justificada cuando tenga en sí trascendencia. Es cierto que a veces un hecho cobra relevancia pública en razón de su protagonista; ello no quiere decir que la relevancia en razón de la persona "arrastre" siempre a la relevancia material de lo narrado, sino que la notoriedad o relevancia del personaje protagonista es un elemento más que puede concurrir para determinar si la información está constitucionalmente protegida por su importancia social y política. Del

mismo modo, a veces la trascendencia de un hecho hace relevante que se conozca el nombre de su protagonista, aunque no en todos los casos.

Lo que sí sucede es que la relevancia pública es también un elemento que excluye la invasión en la intimidad de las personas. La relevancia de la identificación de la persona que protagoniza una noticia puede ser un criterio para decidir si se le ha vulnerado o no su derecho a la intimidad. Sin embargo, tampoco la trascendencia del protagonista justifica la publicación de detalles de su vida privada. En definitiva, la justificación de que se identifique al autor, no excluye posibles violaciones de su intimidad.

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

En la aplicación práctica de estos principios el Tribunal Constitucional ha distinguido formalmente entre "aquellas personas que alcanzan cierta publicidad por la actividad profesional que desarrollan o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada, o que adquieren un protagonismo circunstancial al verse implicados en hechos que son los que gozan de esta relevancia pública". Todos ellos pueden ver limitados sus derechos con mayor intensidad que el resto de ciudadanos. Las informaciones relativas a la eficacia y capacidad de los cargos públicos en la gestión de sus responsabilidades poseen una indudable relevancia. Por su parte, respecto a los personajes públicos la relevancia siempre habrá de ponerse en relación con su papel social como referentes ciudadanos.

4.- La prohibición de insultos

No hay que olvidar que con frecuencia opinión e información aparecen entremezcladas y que entonces se está al elemento dominante para considerar que se trata de ejercicio de la libertad de expresión o del derecho a la información.

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

El sentido de las expresiones que constituyen insultos stricto sensu (en sentido estricto) no puede, en modo alguno, estar relacionado con el ejercicio de la libertad de información. La libertad del periodista a la hora de evaluar y enfocar la noticia permite la evaluación y la crítica de conductas incluso cuando se realiza de manera extremadamente negativa. Sin embargo, los insultos están efectivamente desvinculados de todo propósito informativo o de evaluación de conductas.

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

En cuanto a qué se entienda por insultos, hay que optar por un concepto restrictivo. No es insulto cualquier manifestación lesiva del honor de una persona. Extender el concepto de insulto a toda expresión que se considere injuriosa o que cause desprestigio conllevaría una reducción excesiva del ámbito del

derecho de información; implicaría someterlo siempre, y a priori, al del honor. En realidad, la prohibición de insultos se deduce de la necesidad de protección de un derecho constitucional muy diferente al del honor: el de la dignidad. La persona tiene derecho a un mínimo de respeto vital a su persona que se identifica con la dignidad como esencia misma del ser humano en sociedad. El derecho a la dignidad ampara la esencia misma de la personalidad, el valor mínimo incluido en la calificación de "personas". Y se protege frente a expresiones humillantes, vejaciones tendentes a negar cualidades esenciales del ciudadano afectado.

En el concepto de insulto, por tanto, desempeña un papel definitivo la intención de humillar o vejar. No son insultos las acusaciones faltas que causen un desprestigio social. Una acusación lesiva del honor puede venir amparada por la libertad de información; si es relevante para el desarrollo democrático de la sociedad y resulta veraz normalmente no se afectará ningún valor constitucional relativo al honor. El factor decisivo está en que se trata de denunciar una conducta (cierta o no; relevante o no) que puede ser calificada de negativa socialmente.

Para apreciar si concurre o no en una información esa "intención de humillar" hay que considerar conjuntamente los elementos subjetivos y objetivos de la información. Es decir, que es necesario tener en cuenta tanto la *intención* que se deduce del contexto como las *expresiones formales* a través de las que se manifiesta. Aunque resulta imposible fijar reglas que resulten absolutas, parece que la utilización de expresiones que están reconocidas socialmente como insultos demuestra claramente una intención de insultar. Así, llamar a alguien "puta" implica una intención de descalificación que va más allá de la denuncia acerca de una realidad socialmente negativa.

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

TEMA 6: EL DERECHO A RECIBIR LIBREMENTE INFORMACIÓN VERAZ

1.- La problemática configuración como derecho fundamental

El artículo 20.1.d) de la Constitución reconoce el derecho a comunicar en igualdad de condiciones con el derecho a recibir información. Sin embargo, a primera vista, resulta evidente que se trata de dos derechos de naturaleza muy diferente. En tanto que el derecho a transmitir información tiene la configuración clásica de un derecho subjetivo, de una "facultad de hacer" de los ciudadanos, el derecho a recibirla parece de difícil cumplimiento, para poder exigir una información determinada hace falta que ésta exista ya elaborada. Así pues, a la hora de dotar de contenido al derecho a recibir información lo primero que hay que señalar es que en todo caso se tratará de información ya elaborada.

El derecho a recibir información aparece enormemente limitado por el derecho a recoger, elaborar y transmitir libremente información. En ningún caso puede entenderse que el derecho del público a recibir información coarte a los periodistas a la hora de decidir qué i cómo se publica en los medios de comunicación. Con la inclusión en el texto constitucional del derecho a recibir información se amplía el círculo de los legitimados para impugnar vulneraciones de la libertad de información. En tanto que los medios de comunicación se dirigen pro definición a la sociedad parece que cualquier facultad jurídica que se reconozca a los receptores implica automáticamente que se multiplique el número de personas que pueden actuar frente a determinadas intromisiones en la comunicación pública libre.

Queda claro que los titulares del derecho a recibir información son realmente todos los ciudadanos en condiciones de igualdad. Pero sin embargo aún no se ha avanzado en el posible contenido positivo de este derecho. Si acaso, lo que en este momento del discurso se evidencia es una especial dificultad para descubrir la configuración de la recepción libre de información como un derecho fundamental. En el texto constitucional caben varias posibilidades interpretativas. Una vez excluido que pueda ser un derecho a exigir a los periodistas que informen sobre temas determinados o que transmitan unos hechos concretos, podría ser el derecho a que el Estado facilitará a los ciudadanos la información que éstos exigieran; o derecho a acceder libremente a los periódicos y cualesquiera otros medios de comunicación; incluso, literalmente, derecho a que la información que se recibe sea veraz.

2.- Posibilidades de ejercicio frente a los medios y periodistas

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

A) El supuesto derecho a la veracidad

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

Este modo de razonar parece que llena de contenido el derecho a recibir información, haciéndolo equivalente a un "derecho a la veracidad" que podría invocar el público en general frente a las negligencias periodísticas en la comprobación de los hechos que se transmiten a través de los medios. Sin embargo, los problemas que plantea tienen tal envergadura que realmente se vuelve una doctrina inaceptable. Por una parte, viene a instaurar una obligación general de veracidad en la tarea periodística. En cualquier caso en que una información, del tipo que sea, resultara ser falsa ello podría fundar por sí solo una demanda contra el autor por parte de todos y cada uno de los miembros de la sociedad. No habría que alegar un daño sufrido. De este modo, en última instancia, llegaría anularse la propia libertad de expresión.

Por otro lado, más allá de este argumento puramente utilitarista, hay que señalar que convertir la veracidad no ya en un requisito para disfrutar de la protección constitucional, sino en una condición de legitimidad de cualquier información atentaría contra el principio de libertad que informa todo el artículo 20 CE. Una cuestión es que la Constitución sólo ampara las informaciones veraces y otra muy distinta que todas las inveraces queden automáticamente prohibidas. Resulta mucho más adecuado pensar que el Derecho estatal sólo puede reprimir la falta de veracidad cuando afecte a otros bienes o derechos de terceros. Es decir, que sólo son ilegítimas las informaciones cuya falta de veracidad perjudique a alguna persona. Y, en principio, sólo el perjudicado y no toda la sociedad podría defenderse ante el daño sufrido. En última instancia, no se trata de perseguir informaciones mendaces, sino informaciones dañinas.

Por ello, un supuesto derecho genérico a la veracidad llevaría en sí mismo inaceptables restricciones de la libertad de información. Así se deduce de la más elemental lógica jurídica y así lo había confirmado también antes el Tribunal Constitucional. En definitiva, en la actualidad ya está asentada en el Tribunal Constitucional la idea de que realmente la Constitución garantiza el derecho a los ciudadanos a recibir una información veraz, pero no existen cauces posibles para reclamar su cumplimiento. En definitiva, pues, se trata de un derecho meramente retórico que se invoca en la jurisprudencia para justificar las especiales exigencias de comprobación que se le imponen al periodista refiriéndose a una "actuación razonable en la comprobación de la veracidad de los hechos que expone para no defraudar el derecho de todos a recibir una información veraz". Técnicamente, agua de borrajas. Ningún derecho exigible.

B) Otras posibilidades de derecho frente a medios y periodistas

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

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

3.- Las posibilidades de ejercer el derecho frente al Estado

De las reflexiones anteriores se deduce la imposibilidad de entender el derecho a recibir información como un derecho fundamental consistente en la posibilidad de exigir una prestación concreta a quienes elaboran y difunden la información. Más allá, tal vez quepan otros contenidos posibles; cabe imaginar tanto laso que consistan en exigir al Estado, y los medios de comunicación que de él dependen, unos contenidos

informativos concretos como en la posibilidad de defenderse frente a injerencias estatales. Veamos cuánta lógica constitucional pueden tener estas nuevas posibilidades.

A) El Derecho a recibir como principio rector del ordenamiento

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

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

B) Los cauces de ejercicio como derecho de libertad

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

En primer lugar, de lo que se está hablando en la Constitución es, en cierta manera, de un derecho a la autodeterminación informativa. Del mismo modo que los ciudadanos pueden controlar las informaciones acerca de ellos que obran en poder de la administración y decidir qué datos de su persona circulan en archivos informáticos y quién puede usarlos, también pueden decidir qué medios de información quieren conocer para formar su opinión. En segundo lugar, a partir de ello, se garantiza también la posibilidad de hacer realidad esa opción personal acerca de la información; de esta manera, a fin de cuentas el derecho a recibir información podría invocarse ante los tribunales de justicia tanto frente a actos que reprimieran la libertad de opción informativa, como frente a actos que dificultaran el acceso a los medios elegidos. Este tipo de "actos prohibidos" se entiende que son, fundamentalmente, del Estado. Por ello, de manera indirecta, sería un derecho oponible a otros ciudadanos, pero no a los periodistas mismos.

Supuestos en los que podría utilizarse serían, por ejemplo: la represión laboral o administrativa por informarse a través de determinados medios y el cierre de medios de comunicación o el secuestro

administrativo de productos informativos. Frente a determinadas acciones ilícitas que impiden que determinadas informaciones o medios lleguen hasta los ciudadanos, éstos, en cuanto perjudicados, podrían acudir a un juez tanto como los propios profesionales de la información afectados: cualquier ciudadano podría impugnar la decisión de cerrar el periódico que habitualmente lee. En cambio, cuando se defiende la libertad personal de elección de medios informativos, el ciudadano es el único que podría impugnar la lesión de su derecho a recibir libremente cualquier información.

4.- El posible derecho a no recibir mensajes

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

Se trata de lo que se conoce como "derechos de la audiencia involuntaria". Inicialmente se articuló como la libertad de controlar qué mensajes entraban en el propio domicilio. A partir de ahí algunos autores, y Tribunales, han ido extendiendo su vigencia fuera del terreno del propio domicilio.

Diferentes sentencias norteamericanas han concluido que la exposición de dibujos sexualmente explícitos en el pasillo de una universidad supone un asalto a la intimidad individual. Lo mismo respecto a una pintura "vulgar, chocante y de mal gusto" colgada justo en la línea de visión directa de cualquiera que entrase en un Tribunal. Seguramente la Sentencia más significativa del Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre el asunto sea la dictada en el asunto Hill v. Colorado en la que se prohíbe a las personas que protestan en la puerta de una clínica abortista que para exponer sus mensajes no se acerquen a menos de metro y medio de las personas que entran en el centro hospitalario. En general, pues, no es una doctrina excesivamente desarrollada aunque no cabe duda de la tendencia a extenderse, hasta alcanzar lo que algunos autores denominan "el derecho individual a censurar los mensajes que recibe". En nuestro país esta doctrina aún no ha encontrado eco, pero merece la pena resaltar, cuanto menos, que el derecho a recibir información puede tener una vertiente negativa, defensiva.

TEMA 8: DERECHO AL HONOR, LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN

1.- Tres derechos fundamentales distintos

El artículo 20.4 CE enumera algunos de los límites posibles de la libertad de información. Al concretar el contenido de unos se están fijando en negativo las fronteras de la otra. Entre los bienes constitucionales a los que nos referimos destacan tres derechos fundamentales que se recogen de manera específica: al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

Aparecen recogidos en el mismo artículo de la Constitución, el 18, y se citan siempre conjuntamente a pesar de que se trata de derechos distintos.

A) El derecho al honor

Las palabras honor, dignidad, valor, estima, .. sufren la contradicción que se utilizan tanto para referirse a una escala de valores como al valor supremo de esta escala. La idea de honor, por otro lado, inevitablemente lleva a otras del mismo campo semántico: esencialmente la fama y la honra. El honor constitucional se parece más a la fama que a la honra. Lo honroso es lo valioso en la escala social, mientras que lo deshonroso te hace descender en ella; en cambio la fama puede ser tanto buena como mala. Jurídicamente, no tendría sentido que el derecho al honor fuera derechos a tener siempre muchos prestigio, con independencia de que uno se lo merezca o no. Lo único que la Constitución está en grado de asegurar es que cada uno tenga en la estima ajena el lugar que le corresponde por sus propios actos.

Algo queda, pese a todo, de la idea de honor como "buena reputación": lo que prohíbe la Constitución exclusivamente son los descensos inmerecidos en la consideración ajena.

Al hablar de honor, por otro lado, se evocan valores íntimamente personales y producto de la autodeterminación individual de cada uno dentro de su grupo.

Estamos, pues, en el ámbito de los valores que sustentan íntimamente al individuo, de tal forma que el Derecho no sirve para reconocer o negar el honor personal, sino para protegerlo. Así, la inclusión del honor en el catálogo de derechos fundamentales tiene originariamente un sentido exclusivamente defensivo, para impedir cualquier intromisión. Está claro que el prestigio que cada uno goce en las relaciones sociales nunca va a depender exclusivamente de su propio actuar porque influye además toda una serie de otros factores, sin embargo, el objetivo constitucional parece ser minimizar en lo posible el resto de influencias, en beneficio de las decisiones personales del sujeto.

Esto supone sin duda una evolución importante. En los primeros momentos de constitucionalismo histórico, lo que destacaba era el sentido profundamente liberal del derecho al honor. Lo que se protegía en estos inicios, era la dignidad, la esencia misma de la personalidad. En esta época cualquier lesión a la propia dignidad, fuera con publicidad o sin ella era un ataque contra la persona. Luego, progresivamente se convierte en un derecho que permite al individuo hacerse valer por sus propios méritos, excluyendo intervenciones ajenas. Así deja de ser un valor absoluto, porque uno mismo puede arriesgar su honor o sacrificarlo. Así hay un contenido positivo en el honor, que es el derecho a disponer de la propia fama, y un contenido negativo que es el derecho a que nadie más disponga de ella. Se garantiza el libre desarrollo de la persona en la conciencia social sin sufrir afrentas públicas. La tendencia, por ello, ha de ser limitar la protección constitucional a las lesiones al honor que se realicen con publicidad. Ya no se protege la integridad de la persona, tanto como sus posibilidades de interacción social.

Concepto subjetivo, objetivo y social de honor. Para que el derecho resulte operativo en la vida jurídica es necesario también un acuerdo acerca del modo por el que se determina qué es un descenso en la estima de los demás. El mero hecho de que con carácter previo sea necesario un consenso social hace imposible un concepto subjetivo del honor. Lo que sea la honra de una persona no es algo que dependa de la idea de

cada uno, sino que ha de ser algo más general. El derecho al honor no puede ser derecho a la imagen de sí mismo que tenga cada uno.

Se trata de un derecho muy relacionado con la vida en sociedad. La reputación de las personas, por tanto, está muy vinculada con el entorno en que se muevan, por la cultura en la que vivan.

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

Dicho esto, conviene señalar cierta tendencia de la jurisprudencia a recuperar el concepto subjetivo de honor con la excusa de la dificultad de aprehender un concepto socialmente variable. Con ello se le da excesivo valor a la opinión personal, incontrastable: bastaría con la palabra de quien se sienta desprestigiado para condenar acciones de otras personas; sin posibilidad de comprobar externamente que esa deshonra efectivamente se ha producido. Es por eso por lo que, pese a todo, resulta más adecuado constitucionalmente el concepto social de honor, pese a que introduzca un factor de relativización en función del contexto social.

B) El derecho a la intimidad

Lo íntimo es aquella esfera de la vida personal de cada uno que nadie, más que el protagonista, puede decidir si publicar o no.

Es el derecho a mantener un espacio propio excluido de la vida colectiva. Se trata de un derecho de origen liberal y estrictamente defensivo frente a las intromisiones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es la persona en cuanto ser individual necesitado para su desarrollo de un espacio privado que sólo él puede decidir exponer o no a los demás.

Históricamente, intimidad y libertad son ideas muy relacionadas. A finales del siglo XIX en los EEUU se formula definitivamente la idea de privacy, basada en que el derecho a la vida es también "derecho a que nos dejen en paz". En un contexto bastante tradicional, la intimidad se hace muy pronto equivalente a la vida familiar. El derecho a la intimidad tarda en incorporarse a los textos constitucionales europeos, y cuando lo hace será teniendo ya en cuenta toda la evolución de la doctrina norteamericana de la privacy.

En la Constitución española aparecen distintas manifestaciones del derecho a la intimidad: el reconocimiento genérico (art. 18), pero también el Estado queda obligado a limitar el uso de la informática para proteger la intimidad (art. 105). La intimidad se configura en nuestro ordenamiento constitucional como un límite genérico a la acción del estado y de los particulares que viene a informar la regulación sobre materias muy diversas.

a) El ámbito protegido por la intimidad

A la libertad de información le afecta el valor de intimidad como protección frente al conocimiento ajeno de la vida privada. La idea básica es que los ciudadanos han de poder desenvolverse libremente en la sociedad sin que el resto de la población tenga acceso a los detalles de su vida personal. En el ámbito público el ciudadano acepta que los demás conozcan datos y detalles suyos, en el terreno íntimo mantiene el control de lo que se puede saber.

La cuestión más polémica es cómo se determina jurídicamente qué es privado y qué es público. Hay una primera teoría, la subjetiva, que deja a la elección de cada ciudadano el determinar qué es para él íntimo y que resulta en cambio publicable. Frente a esto surge otra teoría, la objetiva, que insiste en el importante

papel de las convenciones sociales a la hora de determinar qué se considera íntimo y qué público. La teoría subjetiva responde a una concepción liberal y personalista del contenido de los derechos fundamentales. El moderno Estado social implica que los derechos, para su defensa, deben tener una orientación colectiva. Por ello parece que resulta más adecuado a nuestro sistema constitucional optar por la visión objetiva de lo íntimo, aunque con ciertas matizaciones, producto de una concepción social más amplia, de manera que la definición a priori de lo que es público y lo que es privado no puede ser nítida ni válida universalmente.

La consideración social inicial acerca de lo que es público y privado no basta por sí sola para resolver ningún asunto conflictivo: supone simplemente un primer paso que es necesario complementar con los actos que cada persona realice.

El modo en que opera el derecho a la intimidad en ese primer paso de determinación de lo socialmente íntimo es similar a un eje de coordenadas en el que se han de situar las distintas informaciones referentes a la vida de una persona. Hay datos que se consideran muy íntimos, como la vida sexual. Otros son francamente públicos, como el tipo de ropa que se usa. Entre medias cabe apreciar toda una gama de matices. El mundo del derecho lo que hace es trazar una línea imaginaria a mitad del eje, de modo que lo que queda a un lado puede revelarse y lo que queda al otro está protegido por el derecho a la intimidad. Esta situación de cada tipo de informaciones en un lugar del eje entre intimidad y publicidad es una tarea esencialmente sociológica, de determinación de valores. Resultará variable en razón del momento histórico y de la cultura concreta en la que se quiera trazar.

b) Renuncias a la intimidad

A partir de ahí es cuando hay que tomar en consideración la actitud del sujeto. Una persona puede convertir en público algo de su vida que debiera ser considerado privado. En principio, se trata de renunciaciones puntuales. Por diversas razones, las renunciaciones a la intimidad constituyen el aspecto más problemático de su regulación constitucional.

Como regla general, cualquier renuncia es siempre puntual, y sólo afecta a unos datos determinados.

La cuestión se complica porque cabe la posibilidad de que la renuncia no sea expresa, sino implícita, deducible de los propios actos. De hecho, resulta prácticamente imposible convivir en sociedad sin asumir ese riesgo, pero algunas veces uno se expone más que otras. Cuando la renuncia es expresa, lo que determina su alcance es el control sobre las personas que acceden a la información. Quien revela a su mejor amigo que padece una enfermedad renuncia con mucha menor intensidad que quien revela su enfermedad en televisión. En todo caso, hasta la renuncia más mínima e implícita conlleva siempre un cierto riesgo de difusión.

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

El criterio ha de ser siempre el de la determinación de las personas que previsiblemente tienen acceso a la intimidad. Mientras el titular mantenga el control sobre cuáles son las personas que en cada momento conocen datos o imágenes de su intimidad, no cabe hablar de renuncia más que respecto a estas otras personas.

Junto a la renuncia puntual nos encontramos con otra renuncia más amplia; afecta a una generalidad de datos y se hace por ello duradera en el tiempo. Supone un auténtico cambio de estatus personal respecto a la intimidad. Se trata, especialmente, de las personas que deciden llevar su vida al terreno de lo público en el que se instalan. Hacen de la publicidad de sí mismos un modo de vida. Es el caso de quienes deciden dedicarse a profesiones consideradas públicas. Estas personas aceptan un mayor nivel de intromisión en la esfera de su vida privada que el resto de ciudadanos, pero no por ello renuncian de manera absoluta a todo su derecho a la intimidad. No cabe trazar de antemano donde se sitúa la separación entre lo íntimo y lo público para todas estas personas, sino que cada una de ellas, a través de sus actos, delimita dónde queda

situada esa línea para sí mismo. No basta, por supuesto, con que una vez se admita la publicidad de un hecho, sino que hay que entender conjuntamente en qué nivel de intimidad decide instalar su vida cada ciudadano. En definitiva, es necesario atender al comportamiento general de cada una de las personas que deciden exponer su vida a los ojos de ella sociedad. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha diferenciado expresamente entre “personajes públicos”, que son las autoridades y funcionarios públicos, y las personas “con notoriedad pública”. En la práctica unos y otros han renunciado a determinado aspecto de su intimidad, pero no a toda. Por ello, en cada caso concreto habrá que analizar a qué ha renunciado el afectado y a qué no.

El Tribunal Constitucional insiste frecuentemente en que no se debe confundir la renuncia a parte de la propia intimidad por haberse uno instalado a vivir en el mundo de lo público con la autorización constitucional de intromisiones que carezcan de interés público y busquen la simple satisfacción de la curiosidad humana por conocer la vida de otros.

La última dimensión de la renuncia: no sólo hay que distinguir entre renunciaciones puntuales o generales, y entre renunciaciones para un número indeterminado o determinado de personas, también hay que tomar en cuenta el aspecto temporal. El pasado de una persona puede llegar a formar parte de su intimidad.

Por ejemplo, quien haya sido condenado por un delito hace muchos años puede pretender que no salga a la luz pública una vez que haya sido completamente olvidado. La aplicación de esa idea ha llevado a defender lo que se conoce como “derecho al olvido”. En el ámbito de la intimidad supone que aunque uno haya hecho pública en un momento determinado parte de su vida privada – y no sólo renunciaciones puntuales, sino incluso instalándose a vivir así – con el transcurso del tiempo podrá “recuperar” la intimidad.

El derecho al olvido no es ni mucho menos un derecho absoluto. Por razones de interés general, entre las que se incluyen las históricas, puede considerarse que salgan de la intimidad hechos del pasado.

Lo que, por cualquier razón, fue público en el momento en que se produjo y pudo entonces ser difundido, podrá volver a contarse, siempre y cuando concurra un efectivo interés público en la noticia.

De este modo entramos en las excepciones al régimen general de la intimidad debidas no ya a la voluntad personal del sujeto, sino a las necesidades de funcionamiento de la sociedad en su conjunto. En ocasiones, las circunstancias que rodean a un asunto o a su protagonista hacen que aspectos que normalmente deberían ser considerados como integrantes de la vida íntima pasen a ser vistos como públicos en razón de su relevancia.

La relevancia pública de una información implica que en el seno de la sociedad democrática se considere que no forma parte de la vida íntima de sus protagonistas. De algún modo se trata de riesgos incluidos en la opción de esas personas de dedicarse a la vida pública.

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

C) El derecho a la propia imagen

Su objeto principal es la imagen, y no es evidente a qué se refiere la Constitución cuando habla de imagen. Para la Real Academia Española la imagen es la "figura, representación, semejanza y apariencia de

una cosa". En lenguaje cotidiano, suelen usarse dos acepciones distintas de la imagen: alude tanto a la representación física, como a la consideración mental que causa algo en las demás personas. En este último sentido, el tener buena o mala imagen es equivalente al derecho al honor. Debemos considerar como imagen toda evocación singular de una persona referida a su aspecto externo, con independencia del formato en que se presente. La Constitución reserva a toda persona la exclusividad de las decisiones relativas al uso público de su imagen.

Sin embargo, puesto que se trata de un derecho que se ejercita dentro de la sociedad, hay que admitir que la vida en común implica, en sí misma, la aceptación de acceso del resto de ciudadanos a la imagen de uno.

El Tribunal Constitucional, en toda su jurisprudencia, afirma siempre el principio general de que el derecho a la imagen permite a su titular impedir cualquier uso inconsciente de la misma para establecer que el derecho tiene muchos límites.

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

Si lo que la Constitución protege es a la persona con la intención de evitar que otros exploten su representación fáctica no debe distinguirse en razón de la posibilidad de su expresión monetaria o no. Así pues no se puede limitar la idea de beneficios a su mera plasmación económica.

A la hora de resolver el asunto, El Tribunal Constitucional debería valorar si la información tiene interés informativo y se encuentra, por ello, fuera del ámbito reservado al derecho de la propia imagen. El TC toma en consideración si se trata de una información veraz y con trascendencia y que la fotografía resulta accesoria a la información, completando a ésta. Ello debería bastar para excluir que fuera lesiva de la imagen, si bien el TC también valora el hecho de que se trate de un acto público.

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

Más allá de sostener la visión amplia del derecho a la imagen como facultad de control frente a cualquier uso, se insiste en que esta facultad cede cuando las imágenes tienen interés público. Ello implica que sólo está prohibido el uso no autorizado que carezca de interés público. Esta concepción viene a ser equivalente de la teoría norteamericana que prohíbe exclusivamente el uso lucrativo en sentido amplio.

En cuanto al criterio para poder considerar que una imagen ajena se está utilizando ilegítimamente sin interés público hace falta que pueda establecerse racionalmente una relación de causa-efecto entre la imagen y el beneficio perseguido con su publicación. En primer lugar, ello exige que puede tratarse de una imagen perdida entre otras muchas con las que se forme un todo. En segundo lugar, la relación causal implica también la individualización de la imagen respecto al beneficio: en esencia, que el lucro que se quiere conseguir pueda asignarse directamente a la representación de alguna persona, no al producto en

su conjunto. Este requisito ha de interpretarse de manera moderada: en principio un periódico no obtiene un beneficio concreto imputable a cada una de las fotos de personas que publica, sino que el beneficio responde a un trabajo de documentación e información que se plasma en el periódico completo como producto; en cambio, una revista que publica una serie de fotos de una mujer famosa desnuda sí puede llegar a obtener beneficios individualizados de la imagen en sí misma, no imputables a la revista como producto. Tan sólo en este último caso se estaría afectando al derecho fundamental a la propia imagen. No es necesario alegar un uso informativo para excluir la afectación del derecho, sino que basta con que no se pueda deducir una utilización lucrativa directa, lo que abre un campo de libertad en la utilización de imágenes que está sólo limitado por otros derechos como el honor o la intimidad.

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

Lo que la Constitución protege es la utilización de la persona, como garantía de la dignidad humana, no los derechos de autor sobre un personaje o carácter de ficción.

En otros ámbitos puede citarse la utilización de la voz o incluso de objetos personales que evoquen en el contexto social a una persona concreta. Lo que interesa, pues, es la reconocibilidad de la persona. Una foto borrosa o oscura del rostro de alguien seguramente no afecte a su imagen, mientras que a veces la mera silueta o incluso alguna parte del cuerpo pueden llegar a afectarlo si evoca claramente a la persona.

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

Un correcto análisis desde el punto de vista del derecho constitucional a la propia imagen sólo podría valorar el hecho de la utilización in consentida del rostro de un personaje famoso: según se considere que la publicación efectivamente contribuía a la formación de la opinión pública democrática mediante la crítica de personajes públicos o buscara tan sólo el enriquecimiento mediante el morbo, el uso de la imagen será o no legítimo.

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

Esta perspectiva plantea un problema teórico de cierto calado a la hora de estudiar la justificación constitucional de tal privilegio. Es evidente que la Constitución no eleva al rango de derechos patrimonial unas facultades puramente económicas en torno a la propia imagen. El bien protegido no es, desde luego, la capacidad de enriquecimiento, sino la dignidad de la persona. El ciudadano tiene derecho a controlar los usos lucrativos de la evocación de su persona, precisamente para evitar que un valor tan ligado a la idea de persona -como es su representación- pueda ser explotado comercialmente. La utilización de la imagen de

un ciudadano para estos fines supone un modo de humillación que viene a degradar el concepto mismo de persona. Por eso lo prohíbe la Constitución.

¿Puede, efectivamente, anularse un contrato de cesión de la imagen durante su período de vigencia? Los principios generales del Derecho, en lo referente a este tipo de negocio jurídico, indican que los contratos tienen que cumplirse. Quien se obliga a algo voluntariamente, ha de cumplirlo luego. Sin embargo, el hecho de que la Constitución recoja el derecho a la imagen es signo de una preocupación por la protección de la persona que se extiende a su evocación externa. Puesto que la finalidad última es impedir la mercantilización indeseada de la persona, parece lógico entender que la gran novedad que introduce la Constitución sobre los negocios relativos a la propia imagen es la de que son siempre revocables por el ciudadano. Uno puede siempre, en cualquier momento o fase de su aplicación, anular cualquier obligación relativa a la propia imagen contraída con terceros. Siempre se puede recuperar el control sobre la imagen propia a pesar de haberla cedido a cualquier otra persona, con independencia de las cláusulas y condiciones del contrato.

No hay que entender que la Constitución permite con ello al titular beneficiarse de este privilegio en perjuicio de terceros. Supondría un clarísimo "fraude de ley" el ampararse en el art. 18 CE para -por ejemplo- vender la propia imagen y, una vez cobrado un dinero por ello revocar el contrato, obteniendo una ganancia sin causa. Por ello, en casos como el citado, la jurisprudencia se ha venido encargando de dejar muy claro que el derecho a la revocación de los contratos sobre la propia imagen lleva implícita la obligación de indemnizar a los perjudicados: se trata de que, si el individuo causa un daño a otros por su cambio de decisión acerca de ceder o no la imagen, él mismo debe correr con estos gastos

2.- La distinción entre los tres derechos y su relevancia

Cada uno de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución tiene un ámbito propio y específico de eficacia. Esto quiere decir que resulta más adecuada la interpretación según la cual el derecho a la intimidad abarca unas situaciones distintas de las protegidas por el de la imagen, y éste de las amparadas por el del honor. Pero es que, además, cada derecho tiene unas características propias en cuanto a su titularidad y funcionamiento.

A) La titularidad de personas jurídicas

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

¿Puede defenderse ante los tribunales de justicia el honor de una discoteca? En la medida en que lo que protege el derecho al honor es la reputación, impidiendo descensos en la consideración que los demás tienen de uno ajenos a la propia voluntad, no parece imposible. Puede entenderse que a una empresa le interese no sufrir un desprestigio inmerecido, sin embargo, resulta difícil atribuirle una vida privada o íntima. Mientras que puede insultarse a una compañía de seguros diciendo que es una estafadora, no cabe

contar públicamente las enfermedades o la vida sexual de ninguna empresa o entidad, especialmente porque no existen.

Hay que señalar que no siempre que sea posible el ejercicio de un derecho por una persona jurídica ha de reconocerse dicha titularidad. En ocasiones se ha defendido la posibilidad de que colectivos indeterminados (el pueblo judío, el colectivo homosexual, las mujeres) puedan invocar un específico derecho al honor del grupo que permitiera responder frente a insultos o expresiones de desprestigio dirigidos contra ellos. La jurisprudencia lo ha aceptado en alguna ocasión pero la regla general es negarlo, no ya porque sea imposible imaginar que el pueblo judío tenga un honor específico, sino por los numerosos problemas que plantea a la hora de su reivindicación y porque podrá suponer una excesiva limitación a las libertades de expresión e información.

En cuanto al derecho a la propia imagen, su atribución a entes de existencia meramente jurídica adopta una forma peculiar: las empresas, fundaciones o asociaciones no tienen un rostro o un cuerpo en sentido estricto. Sin embargo, sí que tienen otro tipo de signos identificadores como el nombre de la entidad, el logotipo. Al ordenamiento legal le interesa garantizar que nadie haga un uso comercial de estos signos sin el consentimiento de su titular. Se trata, pues, de un interés público muy similar al que subyace tras el derecho a la propia imagen. Sin embargo, visto que el valor último protegido no es en este caso reconducible a la idea de dignidad humana, ni al deber de respeto a la vida o a los valores indisolubles a la persona, se ha optado por diversos modos de protección que no tienen, no obstante, valor de derecho fundamental. Así, toda la normativa mercantil relativa a marcas y patentes, igual que las que regulan los registros de asociaciones, entidades diversas y fundaciones, están dirigidas a la protección de los signos que hacen reconocibles a las personas jurídicas. Por ello, no cabe en principio hablar del derecho a la imagen de los entes sin existencia física.

Las personas jurídica sí pueden ser titulares del derecho al honor, pero no pueden serlo del derecho a la intimidad y disfrutan, por seguridad jurídica, de un ámbito de protección que equivale prácticamente al del derecho a la imagen.

B) El fallecimiento del titular

También en el supuesto de que el titular del derecho deje de existir sirve para ejemplificar la diversidad de regímenes jurídicos de cada uno de los derechos fundamentales recogidos en los art. 18 y 20.4 CE. Sobre este peliagudo tema hay que dejar claro desde un principio que en buena lógica los muertos no tienen derechos fundamentales. Los derechos fundamentales surgen del reconocimiento del valor de la vida y la dignidad humanas. Cuando un ciudadano fallece pierde automáticamente su personalidad jurídica y se "cosifica" convirtiéndose -para el derecho- tan sólo en un cadáver. Los cadáveres son objetos; los muertos, recuerdos. Sin embargo, el ordenamiento jurídico les otorga cierta protección en cuanto que evocan íntimamente a personas desaparecidas y constituyen por ello un reflejo del respeto a la dignidad humana que se propugna como objetivo de nuestro orden constitucional. Esto hace que aunque un cadáver no pueda tener derechos sí que es un objeto estrechamente protegido frente a actos que demuestran un claro menosprecio del sentido de la dignidad. Por ejemplo, las normas penales que sancionan la profanación de cadáveres no buscan tanto proteger la integridad corporal del muerto como un sentimiento general acerca del concepto de ser humano.

Del mismo modo cabe también imaginar una protección de la memoria comunitaria de quien ya falleció. Y ésta es la vía que permite hablar de protección jurídica del honor, intimidad o propia imagen del fallecido: no tanto como derechos fundamentales de quien ha muerto sino como bienes abstractos constitucionalmente relevantes. Pues bien, también de este modo reflejo, el alcance de la protección constitucional será diferente para cada uno de los derechos.

Conviene aquí recordar que el reconocimiento constitucional del derecho a la intimidad habla de "intimidad personal y familiar". De esa expresión suele deducirse la idea de que la intimidad de cualquiera

de los miembros de una familia puede afectar también a la de los demás, pues todos juntos forman una unidad con su propia intimidad, la familia. Si, por ejemplo, se cuenta de un fallecido que le era infiel a su mujer no se sacan a la luz tan sólo datos de la vida privada del muerto sino también de su familia. En este caso, los familiares no actuarían para reivindicar la dignidad del fallecido tanto como para reivindicar un derecho personal a que ciertas informaciones no trasciendan del ámbito familiar. Por tanto, la reivindicación del honor de quien ya ha fallecido ha de adoptar la forma de "derecho a la memoria", es decir, derecho a que no se altere la imagen pública de una persona que ya ha fallecido ni la huella que dejó en sus familiares.

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

Sin embargo, esta diferenciación de tratamiento jurídico según cuál sea el derecho que se invoque no tiene un reflejo real en la práctica judicial. En gran medida, a causa de la Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar a la Propia imagen. El efecto más directo de la ley fue la confusión entre los distintos derechos: en la mayoría de sus preceptos mezcla las violaciones de honor, intimidad e imagen como si fueran todas una. Además, en caso de fallecimiento del titular, establece la posibilidad de sucesión en los herederos para la reivindicación de sus derechos. Los jueces han acogido con entusiasmo esta previsión, seguramente porque ofrece un eficaz medio de impugnación frente a acciones que atentan contra el valor constitucional de la dignidad personal. Así se evita que queden sin sanción conductas constitucionalmente reprobables, obviando que para ello haya que encontrar derechos fundamentales donde realmente no los hay. En cualquier caso, la tendencia a la "patrimonialización" del honor y la intimidad tampoco es ajena a este éxito de la pervivencia de los derechos incluso tras la muerte de quien los disfrutó.

El Tribunal Constitucional considera que el que haya ya once años del fallecimiento del aludido colabora decisivamente a mitigar una posible lesión de su honor.

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

La distinta trascendencia de la intencionalidad a la hora de determinar las conductas vulneradoras de estos derechos también ha de tomarse en cuenta. Mientras que en el derecho a la intimidad no parece que

sea necesario tomar en cuenta la intención de quien revela unos datos íntimos, cuando alguien utiliza una imagen ajena, la intención con la que lo haga es definitiva a la hora de decidir si se vulnera o no el derecho a la propia imagen del afectado. En cuanto al honor, la intención expresa de desprestigiar puede convertir en deshonrosas expresiones o informaciones aparentemente neutrales.

Podrían seguir trayéndose a colación aspectos (por ejemplo, el contenido prestacional por parte del Estado que integra cada uno) que demuestran la necesidad de individualizar en cada caso cuál es el derecho afectado para poder valorar adecuadamente cuáles son sus condiciones de ejercicio y decidir cuándo ha sido violado.

3.- La protección a la infancia

El artículo 209.4 CE habla también de la protección a la infancia como un límite a la libertad de información. En la práctica son escasísimos los casos en los que el Tribunal Constitucional ha aplicado este apartado del precepto. Quizás la explicación radica en que suscita inmediatamente un problema teórico trascendente: la protección a la juventud y la infancia no constituye ningún derecho fundamental con valor constitucional, claramente oponible a la libertad de información. De hecho, en el texto constitucional tan sólo se encuentran alusiones a los niños y la juventud en el Capítulo III del Título Primero, es decir, entre los principios rectores de la política social. Así, el artículo 39.4 CE al hilo de la protección a la familia establece que "los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por sus derechos"; por otra parte, el artículo 48 CE impone a los poderes públicos promocionar la participación de la juventud "en el desarrollo político, social, económico y cultural".

No se trata de derechos fundamentales de niños y jóvenes, sino de mandatos dirigidos a los poderes públicos para orientar sus políticas, que también informan la práctica judicial. Es verdad que los jueces y tribunales pueden intervenir en especial a favor de los niños pero se hace bastante difícil justificar que valores tan poco delimitados y referidos a categorías genéricas puedan efectivamente constituirse en límite de la libertad de información. Puesto que en ocasiones no se trata de imponer un límite externo al ejercicio de la libertad de información, sino de armonizarla con otros derechos, se impone recurrir a construcciones más complejas para dotar de eficacia a la última referencia del artículo 20.4 CE.

A) El valor constitucional de la protección a los niños y jóvenes

La protección a la infancia tiene que ser considerada como uno de los valores esenciales de nuestro sistema constitucional. La Constitución descansa en el respeto a la persona, y ese respeto ha de incluir una especial protección en su etapa de formación. La infancia tiene especial trascendencia constitucional en tanto que implica un proceso de creación personal en el que el sujeto va madurando su conciencia y su personalidad. Esta visión evolutiva ha llevado con frecuencia a encontrar una referencia a la infancia en el artículo 10 EE cuando habla del "libre desarrollo de la personalidad" como fundamento del orden político.

En nuestro país la jurisprudencia ha negado que de esa referencia del artículo 10 CE pueda deducirse una serie de dogmas de nuestro derecho que sirvan para declarar la inconstitucionalidad de ninguna forma. Por lo general se limita a usarla para explicar el sentido de algunos derechos. Alguna vez, no obstante, el Tribunal Constitucional ha hallado también un valor prestacional al libre desarrollo de la personalidad. Así ha deducido de esta cláusula que la Constitución no sólo protege a la familia que se constituye mediante el matrimonio sino también a la familia como realidad social, entendida por tal que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable, de una pareja.

En el mismo sentido, resulta más que evidente que la etapa en la que la personalidad del ciudadano está más claramente en proceso de formación es la infancia. De este modo, no es difícil entender que el libre desarrollo de la personalidad durante la infancia es un valor constitucional merecedor de una especial protección. La personalidad se forma a través de la asimilación de experiencias y parece que la Constitución prohíbe que esas experiencias vengan impuestas al niño por personas ajenas al proceso educativo

socialmente reconocido como tal. O sea, que socialmente los padres y educadores tienen la misión de orientar la personalidad del niño durante su formación, pero sólo ellos. Cuando una persona de fuera de este círculo pretende alterar la elección educativa de quienes están legitimados para ello, puede violarse el derecho al libre desarrollo de la personalidad del niño. En estos casos creo que puede realmente hablarse de un derecho fundamental del niño; aunque no se formule expresamente en la Constitución. Puesto que se trata de un derecho al desarrollo de la libre personalidad, parece que podría entenderse implícitamente incluido en el de la intimidad.

Con determinada publicación puede llegar a oídos del niño que: uno, sus padres no son sus padres, sino que es adoptado; dos, la que es su madre biológica, que lo vendió a sus padres actuales; y tres, su madre biológica se mueve en ambientes cercanos a la prostitución. El hecho de que un niño se entere de estas cosas afecta muy negativamente a la formación de su personalidad. Por eso, supone una vulneración de derecho al libre desarrollo de su personalidad. Si las mismas informaciones se le dan al menor sus propios padres, dentro de una decisión educativa, no se estaría afectando al mismo derecho. De modo similar a lo que sucedía con el derecho al honor, no es derecho a que no haya injerencias externas en la personalidad, sino derecho al control de estas injerencias.

B) Los niños como objeto y sujeto de la información

A la hora de determinar en qué ámbitos ha de aplicarse la protección a la infancia conviene delimitar de un lado quién es el sujeto protegido y de otro cuáles son las informaciones o expresiones que pueden atacar su derecho. En cuanto a lo primero, puede pensarse tanto en la defensa de la juventud o la infancia en cuanto categorías genéricas, como en la protección de niños o jóvenes concretos. Cuando se trata de la protección de un niño o joven en concreto, lo que se está invocando es un derecho fundamental, ya sea el del libre desarrollo de la personalidad, ya se entienda incluido en el de la intimidad. Cuando, en cambio, se habla de protección a la infancia lo que se quiere traer a colación es un interés genérico, un mandato estatal, que tiene un valor limitador similar al que se pueda atribuir, por ejemplo, al concepto de orden público. Las lesiones al derecho fundamental son propias de las informaciones que se refieren a niños o jóvenes concretos, mientras que las del interés público son propias de informaciones dirigidas a menores.

Las informaciones referidas a menores pueden lesionar el derecho de éstos al desarrollo de su personalidad. Esto sucede cuando un medio de comunicación difunde datos relativos al menor que incidan negativamente en su crecimiento. Son datos, reales o ficticios, con una incidencia dañina. En cierto modo son similares a las conductas contrarias a la intimidad y en parte similares a las que atentan contra el honor. En todos estos casos puede originarse un conflicto de derechos: en ocasiones será necesario decidirse por sacrificar o el derecho del niño a su libre crecimiento o el del periodista a difundir libremente información.

De este modo, en los casos en que se confronte el derecho de un menor a desarrollarse libremente con el de un periodista a informar sobre un hecho relevante y veraz relacionado con él, será necesario examinar todas las circunstancias que rodeen el caso para decidir si se protege a uno u otro.

En cambio, las publicaciones o informaciones dirigidas a menores no atentarán directamente contra un derecho fundamental, sino contra la protección de la infancia como interés público. Ello hace que no sea necesario acreditar una lesión explícita del derecho de ningún menor en concreto para restringir la información: basta con que se considere que puede ser lesiva de los derechos de la infancia. Así, puede prohibirse la exhibición de ciertos contenidos televisivos en horario en el que la audiencia se integre claramente de niños. Como no es necesario ponderar específicamente cada caso concreto para decidir proteger un derecho u otro, en este terreno sí que caben leyes que limiten o restrinjan las informaciones, si bien tales normas estarán sometidas eventualmente al control del Tribunal Constitucional respecto a si la restricción que introducen es razonable y proporcionada.

De acuerdo con lo que dice el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los poderes públicos pueden adoptar medidas restrictivas de la libertad de información con el único requisito de que estén previstas en la Ley y tienen que ser "necesarias" en una sociedad democrática para la consecución de todas o alguna de las finalidades a que se refiere el artículo 10 CEDH (orden público, moralidad, protección juventud e infancia,..); por otra parte, la aplicación de tales medidas no podrá efectuarse más que con la finalidad para la cual han sido previstas.

En la actualidad, las normas generales que introducen limitaciones de este tipo tienen rango europeo, nacional y autonómico. El artículo 17 de la ley que la incorpora a nuestro ordenamiento (22/1995) es un ejemplo claro de limitación de las informaciones y emisiones en general dirigidas a menores:

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

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

Más genéricamente la Ley Orgánica de protección jurídica al menor (L.O. 1/1996), también dedica apartados al menor como receptor de informaciones, aunque se trata de una norma que, sin establecer sanciones ni prever medidas concretas difícilmente se aplicará como límite a la libertad de información; esencialmente es una guía de lo que los jueces podrán considerar como orden público general en materia de información destinada a la infancia:

1. Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo.

2. Los padres o tutores y los poderes públicos velarán porque la información que reciban los menores sea veraz, plural y respetuosa con los principios constitucionales.

3. Las Administraciones públicas incentivarán la producción y difusión de materiales informativos y otros destinados a los menores que respeten los criterios enunciados. En particular, velarán porque los medios de comunicación en sus mensajes dirigidos a menores promuevan los valores de igualdad, solidaridad y respeto a los demás, eviten imágenes de violencia, explotación en las relaciones interpersonales o que reflejen un trato degradante o sexista.

En el ámbito autonómico, puede citarse, por ejemplo, la Ley 17/1998 de la Junta de Andalucía de protección del menor. En esta ocasión, se trata de una norma más detallada. Curiosamente se recogen los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen del menor frente a los medios de comunicación. Insiste en la tutela de la infancia, en general, como receptora de publicación y emisiones:

1. Las Administraciones públicas de Andalucía... fomentarán que los medios de comunicación social en sus difusiones para menores resalten los valores democráticos y solidarios, con especial atención al respeto a la propia dignidad humana.

2. Las Administraciones públicas de Andalucía velarán para que en los medios de comunicación social no se difundan programas o publicidad contrarios a los derechos de los menores y, en particular, se atenderá a que no contengan elementos discriminatorios, sexista, pornográficos o de violencia

3. Las Administraciones públicas de Andalucía promoverán cuantas acciones sean necesarias para evitar que las imágenes de los menores aparezcan en espacios o anuncios publicitarios en los que se vulneren sus derechos e, igualmente, impedir que su participación en los mismos pueda perjudicarles moral o físicamente.

5. El lenguaje y los mensajes contenidos en la información y publicidad destinada a los menores deberán adaptarse a los niveles de desarrollo de los colectivos a quienes se dirijan.

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

TEMA 9: LÍMITES DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y CONFLICTO DE DERECHOS

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

El artículo 20.4 CE dice que la libertad de información "tiene su límite" en el respeto a otra serie de derechos. Esta afirmación plantea más problemas de los que resuelve, porque en realidad lo que hace es anunciar la posibilidad de un choque entre el derecho a informar y los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, sin aportar soluciones. El artículo 20.e CE viene a decirnos que uno no puede ampararse en el ejercicio de las libertades de expresión e información para lesionar cualquiera otro de los derechos que también están en la Constitución. Lo que no indica es cómo se sabe hasta dónde puede llegar la protección de cada uno de los derechos y a partir de qué punto se convierte en lesión de otro.

Esta predisposición por dejar claro que la libertad de expresión no es una patente de corso que permita decir impunemente cualquier cosa que se le ocurra a uno, viene de antiguo, des de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano aprobada en Francia en 1789. Mientras que la tendencia histórica fue incidir en la prohibición de abusar del derecho, sin aludir a los otros bienes posiblemente perjudicados, en la actualidad se prefiere la idea de que la única limitación posible de la libertad de información es la que se deriva de la protección de otros derechos y bienes que tienen su mismo rango constitucional. Eso no es más que un efecto del desarrollo de la noción de derechos fundamentales: inicialmente el poder político podía poner cortapisas de cualquier tipo a los derechos fundamentales y actualmente sólo es la propia Constitución la que puede hacerlo.

Sin embargo, no todos los textos jurídicos modernos han asumido unánimemente el valor del concepto actual de derechos fundamentales. Así, el artículo 10.2 del convenio Europeo de Derechos Humanos incluye toda una sarta de limitaciones posibles a los derechos, basadas en intereses sociales difusos: "La seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos"; este listado sería inconsecuente en derecho español porque aquí el ejercicio de los derechos sólo puede restringirse para la protección de otros bienes protegidos por la propia Constitución. Está claro que en todos sitios la libertad de información queda sometida a parecidas restricciones. Así, la invasión tanto del derecho al honor como normas relativas a revistas que sólo pueden dirigirse al público adulto o películas que sólo se pueden exhibir en determinadas salas de cine. Lo que cambia de un lugar a otro es la intensidad de este tipo de limitaciones y, sobre todo, la explicación de por qué se hacen, en coherencia con el valor que en cada lugar se dé al concepto de derechos fundamentales.

El principal problema de la teoría general de los derechos fundamentales es integrar la necesidad de armonizar los derechos entre sí y con otros bienes, junto al carácter vinculante de su contenido, resistente al legislador. Por un lado hay que reconocer que ningún derecho fundamental puede entenderse ni ejercerse ilimitadamente, por otro hay que determinar en qué consiste exactamente el derecho como bien jurídico inalterable. Sólo existen algunas "grandes teorías" sobre la limitación de derechos que intentan aportar una solución. Como punto de partida se hace necesario distinguir entre las limitaciones previas, incluidas en la configuración jurídico del derecho y limitaciones posteriores, derivadas de la articulación entre el ejercicio de derecho y el del resto de derechos. O sea, que las restricciones que puede sufrir un derecho fundamental son, esencialmente, de dos tipos: restricciones verticales, operadas por una norma al regular el ejercicio del derecho, como fruto de las necesidades del orden público constitucional; y conflictos horizontales, en los que un derecho fundamental sufre limitaciones a causa de la necesidad de articular su existencia con la de otros derechos. Hablamos de restricciones verticales cuando se trata de normas jurídicas que al establecer cómo se utilizan los derechos fijan una serie de supuestos prohibidos. Los conflictos horizontales se producen entre derechos iguales por problemas de desajuste cuando ambos se intentan utilizar de manera enfrentada.

A) Restricciones verticales de derechos fundamentales

En nuestro sistema constitucional parece prohibida la limitación de derechos, en el sentido de que los derechos son los que son, y su fuerza radica, precisamente, en que no pueden ser restringidos ni limitados por el poder en perjuicio de los ciudadanos. Esta idea, en la práctica, es más que nada una declaración de intenciones: inmediatamente se dice que aunque la limitación está prohibida, sí es posible la delimitación, que sería la operación por la cual se aclara cuál es el contenido de un derecho. O sea, que los poderes públicos no pueden atentar contra los derechos fundamentales, pero sí pueden especificar en qué consisten los derechos fundamentales. Esta especificación la hace el legislador, a través de sus normas, y con el límite de no establecer un contenido excesivamente reductivo, en cuyo caso el Tribunal Constitucional podría decidir que la delimitación del contenido, se ha convertido en ataque contra el derecho. En último lugar estaría la regulación del ejercicio, que es la fijación estatal de los requisitos necesarios para ejercer el derecho.

Aplicado todo esto a la libertad de información hay que entender que el legislador no puede establecer límites a la libertad de información. En cambio, sí puede delimitar la libertad de información y decidir que no está incluido en ésta, por ejemplo, la difusión de informaciones televisivas pornográficas en determinados horarios. Por último, puede también fijar los requisitos para el ejercicio de la libertad, por ejemplo, cómo y cuándo se ha de pedir autorización para crear una emisora de televisión, o el porcentaje de accionistas extranjeros que se permiten en un medio de comunicación

Como, en verdad, la discrepancia entre lo que inicialmente se define como el derecho fundamental y lo que finalmente se puede ejercer llega a ser en algunos casos muy notable, se hace necesario acudir a una explicación teórica que aúne ambas realidades. A partir de ahí surge la idea de que los derechos fundamentales tienen dos funciones, y dos contenidos: de una parte sirven como derechos de los ciudadanos invocables ante los tribunales de justicia; de otra parte son mandatos a los poderes públicos para orientar la organización de la sociedad. El contenido ideal de la libertad de información es la libre difusión de informaciones veraces y relevantes. Su contenido efectivo implica que en el caso de las emisiones radiofónicas por ondas hace falta obtener una licencia administrativa para poder difundir libremente información veraz y relevante.

El orden público constitucional aconseja limitar la libertad de creación de medios de comunicación estableciendo límites en cuanto a la concentración de medios en una misma persona o en cuanto a la cantidad de emisoras por ondas electromagnéticas permitidas. En esos casos era el Estado el que, a través de sus leyes, tenía que especificar cómo se ejerce la libertad de información. Además hacía falta que las medidas legales en defensa del pluralismo no fueran irrazonables, estableciendo restricciones desproporcionadas a la libertad informativa: de ese modo, serían inconstitucionales las leyes que, para garantizar el pluralismo, prohibieran absolutamente las emisoras de televisión o radio. Hemos visto también que el orden público constitucional puede restringir la libertad de información para proteger a la infancia. En ese caso, las prohibiciones de dirigir ciertos contenidos a menores resultan constitucionales en primer lugar porque tratan de proteger un bien constitucionalmente protegido, el desarrollo de la infancia, y en segundo lugar porque no lo hacen de manera desproporcionada.

La libertad de información puede sufrir restricciones apriorísticas en su ejercicio pero sólo son legítimas si cumplen con una serie de requisitos: deben venir previstas en una ley, tienen que utilizarse para la defensa de un bien protegido constitucionalmente y no pueden suponer la afectación desproporcionada del derecho en cuestión.

Posteriormente, puede suceder que aunque el ciudadano cumpla con los requisitos legítimos la información tampoco quede protegida por la Constitución. Esto sólo se puede deber al choque de su derecho con otros.

B) Los conflictos entre derechos

En principio, cada derechos fundamental protege al ciudadano en un ámbito distinto de la realidad. Por eso hemos dicho que no hay dos derechos iguales; porque no puede haber dos derechos que regulen el mismo aspecto de la vida de una persona. Como construcción ideal, éste es el único punto de partida válido: los derechos nunca chocan entre sí.

Aun así, en la realidad se producen en ocasiones auténticos conflictos normativos. Son situaciones en las que resulta completamente imposible reconocer y proteger simultáneamente dos derechos porque su ejercicio enfrentado obliga a optar por uno u otro. No hay que deducir inmediatamente que se trate de supuestos de antinomia constitucional (normas opuestas entre sí) sino que constituyen ejemplos en los que la interpretación de la Constitución no puede hacerse de manera apriorística para determinar la norma aplicable. Es decir, en esos casos hay que esperar a ver las circunstancias concurrentes para poder determina qué ordena la Constitución. Cuando dos derechos se ejercen dentro de lo establecido por las leyes y la Constitución y sin embargo resulta imposible garantizar ambos jurídicamente de modo que hay que elegir entre sacrificar uno u otro, estamos ante un verdadero conflicto de derechos. Los conflictos más habituales se producen entre la libertad de información y los derechos al honor, la intimidad, la propia imagen y el libre desarrollo de la infancia.

Hay que señalar que no es lo mismo un conflicto meramente aparente que uno real. En la práctica, la mayoría de conflictos no son tales. Los primero que se hace ante un conflicto en potencia es comprobar que se dan todos los requisitos para el ejercicio legítimo de todos los derechos fundamentales citados. Normalmente con esta comprobación bastará para resolver la inmensa mayoría de los aparentes conflictos.

Si resulta que de los derechos enfrentados uno no cumple con sus requisitos constitucionales y el otro sí, pues está claro cuál es el que prima: ese único protegido en la Constitución de entre los que aparentemente chocaban. Este modo de resolución de problemas es el más deseable constitucionalmente; el establecimiento de requisitos para el ejercicio de cada uno de los derechos se hace con el objetivo de facilitar esta delimitación. Por ello, si se dice que la libertad de información ha de versar sobre hechos relevantes públicamente es para evitar lesiones del derecho a la intimidad, puesto que lo íntimo es lo que no resulta relevante públicamente. En definitiva, la arquitectura constitucional de los derechos se hace intentando que los posibles conflictos sean siempre aparentes, intentado que sea imposible que una misma información esté a la vez protegida por la libertad de información y prohibida por el derecho al honor o la intimidad.

Pero también puede resultar que al realizar la operación de comprobación de requisitos se descubra que no se dan los de ninguno de los derechos.

La solución entonces es la aplicación del principio de libertad, es decir, del mandato constitucional de permitir todo lo que no esté expresamente prohibido. En este caso ese mandato se plasma en el derecho a la libertad de expresión que funciona a modo de "coche escoba" amparando las publicaciones que sin cumplir los requisitos de la libertad de información tampoco lesionan a otros derechos o intereses. La Constitución permite difundir libremente opiniones falsas o inventadas, con apariencia de hechos, siempre que no perjudiquen a nadie.

La tercera posibilidad es la más complicada, pero no la más frecuentes: que resulte que el conflicto no es aparente, sino real, y que hay ciertamente dos derechos, ejercidos con todos sus requisitos, enfrentados. Es una situación complicada porque entonces la protección de cualquiera de los derechos fundamentales implica el sacrificio de otro. La delimitación entre el contenido de uno y otro derecho que se realiza estableciendo requisitos de ejercicio no es perfecta, sino meramente aproximativa. Por ejemplo, la veracidad no es igual que la verdad y ello hace que a veces de publiquen noticias falsas pero veraces que afectan a la reputación de una persona.

Respecto a cómo se solucionan este tipo de conflictos, desde el principio el Tribunal Constitucional recurre a un modo de razonar conocido como ponderación, cuyo contenido, no obstante, se ha ido elaborando y variando jurisprudencialmente a lo largo de bastante tiempo.

2.- La ponderación de derechos

La palabra ponderación es un genérico que frecuentemente se utiliza para cualquier modo de resolver los conflictos de derechos, sea el que sea. Es decir, que el Tribunal Constitucional habla de ponderación tanto cuando cree que los conflictos se arreglan imponiendo un derecho fuerte frente a otro débil, como cuando cree que es necesario hallar un equilibrio entre ambos porque todos tienen la misma importancia constitucional. Ponderar implicaba evaluar, tener en cuenta factores extrajurídicos, valorar la realidad. Se trataba de armonizar el ejercicio práctico de los derechos. Puesto que no hay acuerdo en el modo de efectuar estas operaciones, la palabra perdió cualquier contenido sustancial. Entonces pasó a utilizarse para el proceso por el que se comprobaban una serie de requisitos que debe tener cualquier restricción de derechos, en el convencimiento de que no eran posibles dos restricciones legítimas enfrentadas. Hoy día, se habla de ponderación para denominar a, cualquier proceso por el que decida qué derecho se sacrifica, y cómo, cuando en un caso determinado chocan varios contrapuestos.

A lo largo del tiempo la existencia del Tribunal Constitucional se ha producido una evolución clarísima en cuanto a la manera de resolver los conflictos entre los derechos del artículo 18 y los del 20, de la Constitución.

A) El caso "Soria semanal"

Hasta 1986, la doctrina imperante en nuestro país era que la Constitución imponía que en caso de conflicto la libertad de información tenía siempre que ceder ante los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen. Sin embargo, el Tribunal Constitucional nunca tuvo ocasión de resolver un conflicto entre estos derechos basándose exclusivamente en el criterio de la preferencia del derecho al honor.

En la primera ocasión en la que parecía presentarse el problema fue cuando el Tribunal Constitucional afirmó que la libertad de información no queda siempre sometida al derecho al honor. Se trata de un caso bastante sencillo:

El periódico Soria Semanal publica un artículo sin firma que versaba sobre un árbol plantado por la autoridad municipal y algunas supuestas irregularidades como expresión humorística de unos hechos, para criticar la gestión urbanística del alcalde de Soria. A raíz de la denuncia presentada posteriormente por éste, el periodista defiende que el tono crítico y humorístico del artículo periodístico no contenía propósito deliberado de perjudicar la reputación o buena fama del alcalde, y que el periodista sólo hizo uso de su libertad de expresión con ánimo de crítica a una gestión pública.

A la hora de resolver el asunto, el Tribunal Constitucional destaca que no basta con apreciar la posible lesión del derecho al honor para considerar ilegítima una información. El honor aparece en el artículo 20.4 como un límite de la información y no al revés; pero la información cumple un trascendente papel para la realización del sistema democrático. Así que el honor no está a priori por encima de la información. Hay que tener en cuenta los dos derechos que entran en juego. Sólo se puede decidir sacrificar uno o el contrario a partir de un examen detenido de todas las circunstancias del caso y evaluando los perjuicios que acarrearía cada una de las dos opciones posibles; a esa valoración la llama ponderación, y es el único razonamiento constitucionalmente válido para resolver el conflicto. Si el juez, en cualquier asunto de este tipo, da la razón al periodista o al aludido si no realizar este ejercicio de sopesar los dos derechos que pueden ser sacrificados, está actuando inconstitucionalmente y lesionando el derecho que no se protege. En caso de conflicto, la protección de los derechos fundamentales consiste en que se tome expresamente en cuenta su importancia antes de dar preferencia a otro derecho contrario.

B) El supuesto valor preferente del derecho a la información

Si antes del caso "Soria Semanal" la idea era que el derecho al honor siempre tiene más valor que la libertad de información, poco después de esta Sentencia se pasa a la afirmación casi absolutamente inversa: durante años las Sentencias del Alto Tribunal van a insistir en que la libertad de información tiene un valor superior al de los derechos del artículo 18 CE.

Se introduce, así, el concepto de valor preferente de las libertades de expresión e información. Originariamente, este valor implica, automáticamente, que siempre se prefiera proteger la información, por considerar que tiene más importancia constitucional que el honor, la intimidad o la propia imagen. La libertad de información valdría más porque es garantía del sistema democrático, y ello sólo sucede cuando los hechos que se transmiten son veraces y tienen relevancia pública. Con ello, se vuelve a introducir una jerarquización entre derechos fundamentales, que parece ajena a la teoría de la interpretación unitaria de la Constitución y la necesidad de armonizar los bienes en ella protegidos.

Por eso, al pasar el tiempo y hacerse más estricta la tarea del Tribunal Constitucional, el valor preferente ha dejado de ser un método autónomo para resolver conflictos entre los derechos del artículo 20 CE y cualesquiera otros de la Constitución, y se ha convertido simplemente en un recordatorio de cara a la ponderación. Los jueces, ante un conflicto, han de sopesar las consecuencias para la sociedad constitucional de sacrificar uno u otro derecho; y en ese proceso no pueden olvidarse de la trascendencia democrática de la transmisión de informaciones, que no impide que en alguna ocasión pueda preferirse la protección de otro derecho enfrentado.

C) La práctica de la ponderación.

No hay que confundir las circunstancias de cada caso a efectos de ponderación con el control de cumplimiento de los requisitos de cada derecho. La ponderación es un proceso posterior a éste. La jurisprudencia se hace más rigurosa, distinguiendo la fase de comprobación de derechos de la de ponderación en sentido estricto aunque a veces el TC utiliza la expresión.

Es entonces cuando el conflicto no puede resolverse aplicando directamente las normas de la Constitución, sino sólo atendiendo a otras consideraciones. La Constitución además de normas incluye mandatos. Mientras que unos suponen prescripciones determinadas con estrictos requisitos para su aplicación, los otros son objetivos a alcanzar que conforman deseos de la comunidad. Los mandatos no se aplican de manera concreta, sino articulando las posibilidades y la necesidad de cada uno de ellos. La ponderación es decidir qué mandatos de la Constitución merecen más ser aplicados en un caso concreto. ¿En razón a qué?. Teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso.

En la práctica del Tribunal constitucional se descubren diversos tipos de "circunstancias" que se pueden traer a cuento para resolver un caso; entre ellas, hay dos grandes categorías: la de índole jurídica y las - aparentemente- extrajurídica. Las circunstancias con una base jurídica las constituyen todos aquellos elementos que de algún modo aparecen implícitos en el texto constitucional y que sin embargo se han despreciado en cuanto requisitos para el correcto ejercicio de los derechos fundamentales en conflicto porque no concurrían con la intensidad exigida. Con cierta impropiedad podemos llamarlos requisitos incompletos.

Por ejemplo, suele tomarse como elemento de peso en la ponderación, el hecho de que la información transmitida incluya también juicios de valor, propios de la libertad de expresión. El incluir opiniones personales pesa desfavorablemente en caso de conflicto, porque la información protegida no es constitucionalmente "pura". También se puede incluir entre los requisitos incompletos el que la persona aludida sea o no famosa. En caso de conflicto el hecho de ser muy famosa la persona aludida puede hacer más relevante la información. En los casos en que opera la circunstancia de que la información incluya expresiones que no son difamantes pero sí socialmente molestas, puede tenerse en cuenta este hecho como circunstancia a favor de sacrificar la libertad de información. Igualmente ocurre con la constatación de que el autor de la publicación sea o no periodista. A pesar de que la libertad de información no sólo la

pueden ejercer periodistas, el hecho de que el autor no lo sea propicia que ante un conflicto se sacrifique la libertad de información. Igualmente sucede cuando la información incluye datos que constituyen afirmaciones accesorias o "gratuitas" para la transmisión de la información. En la balanza de la ponderación este hecho pesará a favor de los derechos al honor, la intimidad y similares.

Por otro lado están los elementos usados para ponderar que tienen carácter extrajurídico. Podríamos denominarlos circunstancias del entorno social. Se trata de datos accesorios al conflicto de derechos que no pueden integrarse en ninguna norma constitucional pero que lejanamente tienen valor para la aplicación de la Constitución en cuanto influyen en la plasmación de los objetivos que ella marca. Así, podemos citar la alarma social que engloba la serie de reacciones que en la sociedad se crean a partir de un conflicto entre derechos. De manera similar, el morbo expresamente buscado. También el hecho de que la imputación realizada sea grave o no. O que existiera una previa controversia pública.

El tribunal encargado de resolver el conflicto puede apreciar libremente tanto los requisitos incompletos como las circunstancias relativas al entorno social que concurren en el caso. El modo de razonar idóneo sería intentar individualizar el máximo de estos elementos para finalmente sopesar sosegadamente la importancia de los que aconsejan sacrificar la libertad de información y la de los que aconsejan sacrificar el derecho contrario. Sólo después de este procedimiento se puede llegar a una conclusión satisfactoria del conflicto, partiendo además de que el sacrificio de un derecho fundamental legítimamente ejercido siempre deberá entenderse como un mal; tal vez un mal menor, pero siempre algo indeseado por la Constitución.

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

Idealmente los requisitos de la libertad de información tienen su origen en el interés por delimitarla de los derechos del artículo 18 CE, haciendo imposibles los conflictos entre ambos. Por eso suele decirse que la veracidad excluye lesión del honor y la relevancia pública de la información excluye lesión de la intimidad. Esto sólo es cierto en la mayoría de los casos, pero no en todos. Por eso mismo existen los conflictos. Puede suceder que una información veraz resulte luego ser distinta de la verdad judicial.

La naturaleza del derecho al honor es muy distinta de la del de la intimidad. Lo que caracteriza al derecho a la intimidad es la exclusión de un tema del debate público. Para decidir si una información vulnera o no la intimidad no hace falta discutir si es veraz o no, simplemente si es relevante. De hecho, incluso, al contrario, el debate judicial acerca de la veracidad de un hecho privado puede conllevar una lesión añadida del derecho a la intimidad.

Por eso es por lo que en los casos en los que se alega vulneración de la intimidad, sí es imprescindible controlar la veracidad de la información; ello ha de hacerse después del control de relevancia y del examen de la posible lesión a la intimidad. Si se decide que es un asunto propio de la vida privada del afectado, ahí debe terminar la sentencia. No debe entrarse siquiera a hacer ninguna consideración sobre el honor o la veracidad, porque ya se ha constatado la lesión de un derecho fundamental y con ello puede dársele ya la razón al perjudicado. Solamente si, por el contrario, resulta que se trata de un tema de indudable relevancia pública, por su importancia para el desarrollo constitucional de la sociedad, deberá examinarse si además es veraz o vulnera subsidiariamente el prestigio y honor de las personas. Este orden de análisis resulta vital para que la tutela de los derechos fundamentales no se vea frustrada por ser los propios jueces los que permiten su lesión.

TEMA 10: LOS PROCEDIMIENTOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS (I)

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

Una de las características esenciales que debe reunir cualquier derechos para ser considerado como fundamental es la tutela judicial: su titular puede acudir a los tribunales de justicia para que cese o se repare cualquier lesión del derecho. La tutela, por tanto, es la protección de los tribunales. Sin embargo, técnicamente hay que distinguir los diversos procedimientos a través de los que se puede solicitar esta protección de los jueces, según lo que se quiera pedir, y según la lesión que se haya sufrido.

Esencialmente, el individuo que sufre un daño en sus derechos ha de optar entre la vía penal o la vía civil para defenderlo ante los tribunales. Tratándose de derechos fundamentales, la vía civil es la adecuada para conseguir reparar el daño, mientras que la penal es la adecuada para castigar al autor del daño.

El derecho civil es el que regula las relaciones entre los ciudadanos. El papel del poder judicial en los asuntos civiles es arbitrar en las discrepancias entre ciudadanos.

¿Por qué hablamos de protección civil de los derechos fundamentales? Pues, sobre todo, porque existe lo que se conoce como responsabilidad civil. Son las reglas de derecho civil que dan solución a los casos en los que un ciudadano le cause un perjuicio ilegítimo a otro. Especifican quién es el que debe responder por los daños, o sea, a quién se considera responsable de ellos, y sobre todo, cómo se arregla un daño que hay ha sido producido. La idea principal es que el que origina sin razón un perjuicio a otra persona debe repararlo. Los daños producidos pueden ser de muchos tipos pero todos pueden reconducirse a dos grandes grupos: perjuicios económicos y perjuicios morales.

La parte económica es la que atañe al valor de las cosas, ya sea por la destrucción ya por afectación de un bien. Hay perjuicios económicos que se producen por la frustración de una expectativa de lucro. El daño sufrido puede evaluarse monetariamente.

Hay otros daños que no pueden tener expresión monetaria o que la expresión monetaria no refleja en su totalidad. Se puede producir un perjuicio mental, sin coste económico evidente. En otras ocasiones el valor sentimental de un objeto supera al económico. Para referirse a ese perjuicio que no es valorable económicamente, se habla de daño moral. Mientras que los daños económicos pueden repararse fácilmente, los daños morales son de más difícil recuperación: aunque haya medidas que puedan mitigar el perjuicio sufrido, en última instancia la única solución para un daño moral es intentar darle una equivalencia monetaria. Lo importante del derecho civil es que no establece un listado terminado de daños reparables, sino que se limita a fijar cómo se reparan, así que bastará demostrar que se ha sufrido un perjuicio, del tipo que sea, para tener derecho a que el autor lo arregle.

En lo que afecta a los derechos fundamentales, lo que interesa señalar es que el derecho civil es el que determina la responsabilidad por daños. Cuando una persona sufre una lesión en un derecho fundamental sufre un perjuicio jurídico que se concreta en un daño moral y, eventualmente, también económico. Así, a través de los procedimientos judiciales civiles, el ciudadano puede intentar que le reparen el derecho vulnerado.

Frente a todo esto, el derecho penal es el que establece las conductas que socialmente se considera que deben estar prohibidas, porque atentan contra los valores mínimos de convivencia, y determina el castigo correspondiente a quienes se salten esa prohibición. Cuando socialmente se acuerda cómo es el modelo en el que inspirarse, se prohíben las acciones de los individuos que resulten contrarias con el mismo y se imponen sanciones personales para quienes no respeten tales límites. Esta perspectiva ideal e histórica se aprecia muy bien, por ejemplo, con las normas relativas al aborto. La idea es que el derecho penal es el que establece qué conductas están prohibidas, y la intensidad de tal prohibición.

Penalmente no se regulan las relaciones entre ciudadanos, sino que se delimita la facultad de castigo y represión del apartado del Estado. El derecho penal viene a decir que el poder público puede castigar. Cuando un tribunal penal tiene que decidir sobre la conducta de una persona no está resolviendo ningún conflicto de intereses, sino que se limita a decidir si es cierto que la persona acusada cometió dicha conducta y, en caso positivo, qué castigo ha de imponerle el Estado.

Los mandatos de derecho penal contienen dos tipos de estipulaciones: la descripción de las conductas prohibidas y el castigo de cada una de ellas. Aquellas conductas que se consideran socialmente más reprobables implican un castigo superior. A las conductas prohibidas se las denomina delitos o faltas y a los castigos se les conoce como penas. Una persona sólo puede ser castigada por aquellas conductas que se consideren delitos. A la descripción de la conducta castigada se la denomina tipificación del delito. Normalmente la tipificación del delito tiene junto a un elemento objetivo, otro subjetivo. El elemento objetivo es la conducta en sí misma, la acción objetivamente demostrable. El elemento subjetivo es el ánimo que debe guiar mentalmente dicha acción. En un Estado en el que el respeto a los derechos fundamentales constituye un principio esencial de la comunidad resulta lógico que se castigue su lesión. Existen tipos legales que penalizan el ataque contra la mayoría de los derechos fundamentales. En estos casos el castigo no permite que quien ha sufrido un menoscabo en su derecho lo recupere en su integridad pero la sanción personal al autor de esas conductas tiene un efecto disuasorio que, indudablemente, facilita la vida en sociedad.

Cuando se sufre una intromisión ilegítima en el derecho al honor o la propia intimidad y uno decide "defenderse" acudiendo a los tribunales de justicia, ha de optar entre iniciar un proceso penal o uno civil. De hecho, son posibles ambas vías, pero nunca al mismo tiempo: si se opta por la vía penal, podrá exigirse además una reparación civil, que sólo se conseguirá junto a la condena penal. En cambio, dentro de una demanda civil no se puede pedir la condena de los autores de las informaciones dañinas.

A) Diferencias esquemáticas entre ambas vías

La vía civil persigue la reparación del daño, mientras que la penas aspira al castigo del autor.

La vía civil puede iniciarse por cualquier tipo de daño sufrido, mientras que la penal tan sólo procede cuando se haya cometido una de las conductas tipificadas como delito.

Con la vía civil el derecho vuelve a disfrutarse como si nunca hubiera sido dañado, se soluciona la lesión antijurídica. Con la penal se consigue castigar al culpable, pero el daño no se altera, el derecho no se recupera.

La responsabilidad civil casi siempre puede valorarse monetariamente, de modo que se convierte en responsabilidad patrimonial; económica. En cambio, la responsabilidad penal es de la persona, no se responde del daño con dinero, sino con la propia situación personal, pasando a la cárcel o sufriendo un castigo.

De acuerdo con lo anterior la persona a quien se le imputa la lesión puede ser diferente según se opte por una u otra vía. Penalmente tan sólo se puede perseguir al verdadero autor de la vulneración del derecho. Como civilmente cabe ampliar las personas que deben ser consideradas responsables, incluyendo a otras que hubieran facilitado o dado cobertura.

2.- El derecho de rectificación

El primer procedimiento previsto en nuestra legislación para la defensa civil de los derechos propios frente a ataques por parte de los medios de comunicación es el llamado derecho de rectificación. No es el procedimiento civil estándar y normal en el que se busca cualquier reparación posible del daño sufrido, sino uno específico ceñido a un único modo de repararlo: la rectificación.

La rectificación tiende a la matización de una información por parte de su protagonista para hacerla convenientemente veraz. ¿Quién lo disfruta? El aludido en una información como protagonista de unos hechos o declaraciones.

¿Quién realiza la rectificación? No es el periodista autor de la noticia el que tiene la obligación de rectificar, sino que es la persona de la que se habla en ella la que tienen el derecho a hacerlo. No es, por tanto, que el informador corrija su versión ya expuestas, sino que se procura añadir también la versión del afectado. Supone una ruptura con el régimen de la información en épocas pasadas y porque es una aplicación directa de la libertad de información: en la ley de prensa de 1966 se diferenciaba entre la réplica y la rectificación. Eso hoy día supondría una flagrante violación del artículo 20 CE, puesto que el derecho a la creación intelectual excluye cualquier interferencia en el proceso de elaboración, e impide por tanto obligar a un periodista a escribir sobre un determinado asunto o con cierto enfoque. Así pues, lo máximo que se puede exigir es que el medio de comunicación introduzca y difunda la rectificación elaborada por otra persona.

Lo más importante de esta perspectiva de la rectificación como un derecho y una acción personal del aludido es que de ahí se deduce también su finalidad constitucional. Porque la finalidad no puede ser la de que el medio de comunicación corrija sus errores. Si se entiende que lo único que debe autorizar el director es la publicación de una rectificación elaborada por un ciudadano ajeno al medio, la finalidad no puede ser otra que la de dar cabida a diferentes versiones de los hechos. Es decir, el bien constitucionalmente protegido a través del derecho de rectificación no es la veracidad sino el pluralismo.

Constitucionalmente es importante que los ciudadanos tengan acceso al máximo posible de versiones para formar su opinión sobre asuntos de interés para la sociedad; así que el derecho de rectificación sirve, desde luego, para minimizar los posibles efectos de una lesión en el honor de las personas, pero por encima de ello es un instrumento al servicio del pluralismo informativo.

¿Debe publicarse esa rectificación a pesar de ser aparentemente falsa? El Tribunal Constitucional considera que sí. Quitando los casos en los que en la rectificación se expongan hechos descaradamente inverosímiles, nunca hay que entrar siquiera a discutir su veracidad o no. La obligación del medio de comunicación es difundirla. El proceso de rectificación por tanto, no implica un prejuicio sobre la veracidad, sino que únicamente se discute si se permitió al aludido expresar o no su versión de unos hechos. Ello no obsta para que el medio pueda mantener, junto a la versión del afectado, la suya propia. El derecho de rectificación no obliga a cambiar de versión, sino a ampliarla.

Por último, hay que señalar que la consecuencia más importante de que la finalidad del derecho de rectificación no sea establecer la verdad es que su ejercicio no impide que además se presente una demanda por vulneración del honor. La discusión acerca de la veracidad ha de hacerse en un proceso penal o en un proceso civil típico. Cuando a una persona se le vulnera su derecho al honor por la publicación de un dato falso, se le causa un daño en su reputación pública y ese daño puede verse disminuido porque se haya dado cabida en el medio a la rectificación elaborada por el afectado. Por eso el hecho de que se haya publicado la rectificación puede llevar a que - si la noticia era inveraz- en la demanda civil o penal posterior se considere que la lesión al derecho al honor ha sido menos grave. De hecho, incluso puede entenderse que la rectificación es uno de los pocos modos de auténtica reparación del daño causado en materia de honor. Aun así, esto es algo que deberá examinarse en cada caso, dentro de esa demanda posterior a la de rectificación.

A) Procedimiento de rectificación

La ley que lo regula fija un procedimiento muy fácil y claro para que el medio incluya la versión del afectado por una información. Se intenta que el medio de comunicación y el aludido se pongan de acuerdo para divulgar la rectificación.

Desde que se publica la noticia, el afectado tiene siete días para enviar su versión de la noticia. El envío ha de hacerse de alguna manera que permita al ciudadano demostrar que su escrito efectivamente ha llegado dentro del plazo a manos del medio de comunicación.

Una vez que el escrito de rectificación ha sido recibido, el medio dispone de tres días para publicarlo. Este plazo ha de ser entendido de una manera muy flexible, en razón de cada medio de comunicación y del formato en el que se difundió la noticia. Se prevé que si se trata de una publicación periódica pero no diaria el plazo para difundir la rectificación se alarga hasta el día en que se publique el próximo número.

En caso de que transcurran los tiempos indicados y el medio de comunicación no haya publicado el escrito, el procedimiento deja de ser voluntario y se pasa a la fase judicial. Es decir, que va a ser un juez el que obligue al medio a difundir la rectificación. Para ello, el ciudadano tiene que presentar una solicitud ante el juez. Dispone de siete días desde aquel en el que debió haberse publicado como tope máximo, o desde que hubiera recibido una respuesta del responsable del medio de comunicación negándose a publicarla. A la vista de esta documentación y siempre que esté en regla, el juez citará a la persona que insta la rectificación y al responsable del medio de comunicación para que comparezcan dentro de la semana siguiente. Entonces escuchará los argumentos de ambos, examinará la documentación que aporten y en el mismo día dictará una sentencia por la que o bien deniegue la rectificación o bien ordene su publicación.

En el juicio sobre rectificación sólo se examina si se han cumplido o no los plazos y requisitos para que fuera obligatorio difundir la aclaración elaborada por el aludido.

En el caso de que el juez ordene la publicación, el medio de comunicación no podrá negarse. Ahora ya no es un procedimiento amistoso, sino que se trata del cumplimiento de una decisión judicial. La negativa a publicar la rectificación en los términos que indique el juez podrá suponer un delito de desobediencia o desacato. Solamente si la decisión no fuera firme y se hubiera presentado un recurso contra la misma ante un tribunal superior, que implicara efectos suspensivos, podría dejar provisionalmente de procederse a la publicación.

Lo único importante durante el ejercicio del derecho de rectificación es el cumplimiento de los requisitos formales.

B) Requisitos del escrito de rectificación

La rectificación ha de hacerse siempre por escrito. Incluso cuando se quieran rectificar informaciones televisivas o radiofónicas o imágenes publicadas en un medio escrito, sólo puede hacerse mediante la redacción de un texto. La locución del texto, o su formateo y composición tipográfica, corresponderá al periódico o a la emisora, en el ejercicio de su libertad de creación informativa.

En cuanto al remitente del escrito, hay que señalar que tan sólo puede hacerlo personalmente el aludido en la información, o su representante legal debidamente acreditado. Sí serían en principio admisibles las rectificaciones que presente un padre en nombre de su hijo menor de edad o un abogado en representación legal de su cliente. Excepcionalmente, en caso de fallecimiento del aludido, tanto previo como posterior a la publicación, sí que podrán presentar la rectificación sus herederos.

La extensión del escrito de rectificación no podrá ser sensiblemente superior a la de la información que se discute. No cabe exigir la publicación de un escrito extenso y detallado para corregir una alusión puntual o una breve información. La norma en ese punto es la de la proporcionalidad entre uno y otro: la rectificación debe ser la adecuada para la finalidad que se persigue, que es facilitar una versión alternativa, sin exceder de ella; por debajo, en cambio, no hay límites en cuanto a la brevedad de la rectificación.

Más complicadas son las normas relativas al contenido del escrito de rectificación. Por un lado tiene que estar en consonancia con la información publicada. El escrito no debe incluir opiniones ni juicios de valor, sino meramente hechos. Al fin y al cabo la finalidad del derecho de rectificación es asegurar el pluralismo

informativo, más que el ideológico. Eventualmente puede imaginarse algún supuesto en el que las opiniones se equiparen a hechos, pero son casos excepcionales: el típico ejemplo sería cuando en una información se atribuye a una persona una determinada ideología u opinión y ello es notablemente falso; pero ha de tratarse de una atribución clara de una ideología, no de un juicio de valor del periodista sobre el modo de pensar del aludido. Está absolutamente prohibida la inclusión en el escrito de rectificación de injurias, insultos o descalificaciones personales. Esto se aplica en especial a las dirigidas a minusvalorar al periodista o al medio de comunicación, pero también a cualquier descalificación genérica. Puesto que la publicación es obligatoria el autor del escrito de rectificación debe ser el único responsable de los daños y efectos en general sobre otras personas y derechos que se deriven de su contenido. Si el escrito contuviera insultos contra un tercero el periódico o la emisora nunca serían responsables -ni siquiera subsidiariamente- de ellos.

El hecho de que un escrito de rectificación no respete íntegramente todos estos requisitos no implica automáticamente que no tenga ningún valor. La jurisprudencia de los tribunales ordinarios ha avanzado de un modo favorable a lo que se denomina "conservación de la pretensión", que implica que puede aprovecharse judicialmente parte del escrito de rectificación, desechando el resto. La idea es que la intervención judicial puede enmendar la rectificación para hacerla válida, eso sí, sin alterar las palabras de su autor, sustituyéndolo.

3.- La tutela civil ordinaria

La vía civil de tutela es la destinada a recuperar el daño sufrido. La idea que provoca cualquier proceso civil es una discrepancia entre ciudadanos por la aplicación de las normas jurídicas. Se trata, pues, de un juicio de un ciudadano contra otro, en el que ambos esgrimen un interés legítimo en juego. En el caso de procesos civiles contra la prensa, de lo que se trata es de que una persona cree haber sufrido un perjuicio a través de algún medio de comunicación y le exige que lo arregle. El interés de la persona afectada es no sufrir un daño. El del medio de comunicación es el mismo: no sufrir el perjuicio en el patrimonio propio derivado de tener que reparar el perjuicio causado. En definitiva, la esencia de la tutela civil es la discusión acerca del daño sufrido.

Quien considere que ha sufrido un daño presenta una demanda contra la persona o entidad a la que considera causante. La demanda es simplemente un escrito en el que se exponen sucintamente los hechos sucedidos y cuáles son las consecuencias que las leyes vigentes disponen para tales hechos. Ese escrito se dirige al juez que si decide admitirla, abre un proceso en el que la parte demandada ha de hacer valer los argumentos que considere oportunos a su favor. Finalmente, el juez dictará sentencia dando la razón a una u otra parte en la que declara si se ha producido de veras un perjuicio, lo describe y eventualmente fija la reparación que ha de hacer del mismo el causante. Lo importante cuando se elabora una demanda civil es demostrar un daño personal demostrar quién es el causante. Hecho esto, se puede solicitar la reparación que uno considere más oportuna, sabiendo que en cuanto a la determinación de la reparación lo que prima al final es, exclusivamente, el criterio del juez. La atribución a una persona de un daño, con la consiguiente obligación de repararlo, es lo que se conoce como responsabilidad.

Un juicio civil puede iniciarse sin alusión a derechos fundamentales. Si se sufre la pérdida de un derecho fundamental, el proceso civil se convierte en proceso sobre derechos fundamentales. Así, la vulneración de un derechos fundamental es siempre un daño en sí misma. Si se consigue demostrar que uno ha sufrido un menoscabo de su derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen o similar, con eso ya se ha demostrado un daño. A partir de ahí, de acuerdo con la intensidad, la reparación exigida será mayor o menor. Un proceso civil es el ámbito idóneo para aplicar todo lo que hemos venido viendo a lo largo de este curso: el ciudadano intentará hacer valer uno de sus derechos personales demostrando que está protegido constitucionalmente para ello y que el periodista actuó sin cobertura constitucional; el informador intentará demostrar que su actuación estaba protegida por la libertad de información. En esta materia, el proceso civil es un proceso sobre derechos fundamentales.

El juez encargado de resolver el proceso deberá razonar utilizando todas las consideraciones que hemos visto en las lecciones anteriores. Deberá examinar la veracidad y la relevancia pública. Deberá controlar si el derecho al honor o a la intimidad se han ejercido con todos sus requisitos constitucionales; si llegara el caso deberá ponderar para decidir cuál de los dos derechos merece constitucionalmente ser el más protegido en el caso concreto. Hecho esto, podrá decidir si efectivamente el demandante ha sufrido o no un daño.

En caso afirmativo, ha de pasar a decidir acerca de la reparación. Para eso hay que tomar en consideración, ante todo, la naturaleza y la intensidad de daño. La naturaleza, porque no es igual de reparar, ni de valorar, un daño emocional, por ejemplo, que uno patrimonial. Pero en la mayoría de los casos el daño es tanto patrimonial como emocional de manera que es aún más importante su intensidad. La difamación pública es un daño emocional pero puede conllevar además un perjuicio económico.

Así, a efectos económicos es especialmente importante demostrar la dimensión del daño. Es decir, la gravedad de la lesión del derecho. En definitiva, el afectado en sus derechos legítimos por una información periodística debe razonar la reparación que solicita basándose en la intensidad del daño sufrido. Mientras más graves sean los daños demostrados, más relevantes y cuantiosa será la reparación que disponga el juez en su sentencia.

A) El valor del consentimiento

En los procesos civiles, el hecho de que la persona afectada haya consentido en que se le menoscabe su derecho excluye el que exista perjuicio. Cuando uno está de acuerdo en perder un derecho, no puede luego reclamar ningún tipo de reparación por esta pérdida. Civilmente, pues, el consentimiento en la invasión de los derechos propios equivale a la renuncia a los mismos. No siempre sucede en materia penal pero sí en la vía civil.

Normalmente, la posibilidad de consentir en la pérdida de un derecho conlleva en sí un aspecto positivo: la facultad de disposición sobre el derecho. Una persona puede "vender" libremente la mayor parte de su intimidad. En todos esos casos no puede hablarse de ningún derecho fundamental a obtener beneficios de la renuncia a los derechos propios sino tan sólo de una consecuencia de las vías civiles de protección. Civilmente lo que se dilucida es un conflicto entre dos personas, una de las cuales causa a otra un daño que ha de reparar. Si el daño ha sido aceptado previamente, es evidente que no puede existir reclamación alguna. Si una persona vende sus fotografías y se publican, pero nunca recibe a cambio la suma pactada, no se le estará lesionando su derecho a la imagen o a la intimidad. Podrá reclamar su dinero por la vía civil, pero no podrá argumentar que se le ha lesionado ningún derechos fundamental. Al renunciar a un derecho, éste desaparece, no se convierte en otro. El derecho te protege frente a intromisiones ilegítimas: una vez que se aceptan dejan de ser ilegítimas.

Los supuestos más difíciles de resolver en la vida real son los de consentimiento implícito o encubierto. A veces la actitud general del titular del derecho demuestra de manera clara un consentimiento pero en otras ocasiones hace falta un proceso de "reconstrucción" de su voluntad. La decisión acerca de si hay o no consentimiento, forma parte del contenido del litigio civil. Merece la pena, eso sí, recordar que en el sistema español de derechos fundamentales no cabe el consentimiento general e irrevocable. No es posible renunciar de una vez y para siempre a un derecho fundamental. En todo caso siempre es posible "recuperar" la integridad de los derechos fundamentales propios, si no se vulnera con ello intereses de buena fe de terceras personas.

B) Los procedimientos judiciales

Por último hay que hacer una referencia a los mecanismos procesales que pueden utilizarse para pedir la protección civil de los derechos fundamentales propios. Hay que señalar la existencia y el dudoso valor de la Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la

Propia Imagen. Esta norma se dictó en un intento -fallido- de regular de manera apriorística qué se había de considerar lesión civil de estos derechos. Estaba destinada al fracaso: no puede definirse de antemano qué conductas suponen la lesión civil de un derecho, porque habrá que atender a las circunstancias de cada caso.

La Ley no regula todas las posibilidades de lesión de estos derechos. Por otro lado, las conductas que allí se recogen no siempre suponen lesión de un derecho. En definitiva, la ley puede servir de indicador, pero no es un listado cerrado ni indiscutible de lesiones civiles a estos derechos. Sí que resulta útil en cuanto norma reguladora del procedimiento de reclamación, pues regula aspectos prácticos sobre ello.

Por lo demás, son de aplicación las normas generales del juicio civil declarativo.

TEMA 11. LOS PROCEDIMIENTOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS (II)

1.- La tutela penal

La vía penal es la que busca el castigo del culpable de un daño en vez de la reparación de éste. Podría parecer que el derecho penal entronca con un deseo primario y vengativo de contestar al daño con otro daño. Efectivamente, algo de eso hay aunque muy matizado. Es necesario disuadir a los ciudadanos de causarse voluntariamente daños unos a otros. Gran parte de esa disuasión se consigue mediante la concienciación y la educación para el respeto a los demás. Gran parte mediante un sistema jurídico legítimo en el que los ciudadanos acepten voluntariamente las normas de convivencia porque las consideren justas y adecuadas. Como último recurso queda siempre la amenaza del castigo.

En un Estado de Derecho el único que puede ejercer legítimamente la fuerza física es el Estado. Quien castiga al culpable de un daño no es la persona que lo sufrió, sino el poder público, el Estado. La víctima, a lo sumo, puede poner en marcha el mecanismo estatal de represión.

¿Por qué hablamos entonces de tutela penal? Por una absoluta falta de propiedad en el lenguaje. Cuando se inician acciones penales contra la persona que nos ha lesionado un derecho, no se está tutelando el derecho. Simplemente, se está solicitando al Estado que castigue al autor. No es un mecanismo de protección directa de los derechos, sino un procedimiento para poner en marcha un cierto modo de venganza social. El juez se limita a formarse un juicio sobre la culpabilidad y aplicar de manera estricta lo que dice la ley para ese supuesto. Las normas que regulan ese ejercicio deben ser normas con rango de ley y se agrupan en el Código penal

Estamos ante el ejercicio de un terrible poder del Estado sobre los ciudadanos, que se halla sometido a multitud de cautelas y limitaciones en cuanto a la manera de ejercerse. Las principales son las que se derivan del principio de seguridad jurídica: las personas deben saber de antemano qué está permitido y qué está prohibido. Eso constituye lo que se denomina irretroactividad: "nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse con constituyeran delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento". Consecuencia de ésta surge la idea de tipicidad: todas las conductas que puedan acarrear una sanción estatal tienen que aparecer descritas en su detalle y recogidas en la ley. La lógica del sistema hace, además, que solamente se castigue a quien actúa con intención de causar un daño o, cuando menos, con grave negligencia, aceptando implícitamente que sus actos puedan causarlo. Por otro lado según la gravedad de las conductas se distingue entre delitos y faltas, a unos y otras les corresponden penas de intensidad distinta y los requisitos relativos a los procedimientos judiciales por el que se juzgan son diferentes.

Cuando hay indicios de que una persona ha cometido un delito o una falta el Estado inicia un procedimiento penal para decidir si realmente ha sido él, con qué condicionantes lo ha realizado y qué castigo concreto se merece. Esto es un proceso penal que puede iniciarse por varias vías: o porque un órgano (normalmente el ministerio fiscal) tenga conocimiento de los hechos o porque otro ciudadano informe de un hecho aparentemente delictivo que ha sabido (denuncia) o porque el perjudicado por una acción lo considere así y solicite que se le castigue. Si es el propio Estado el que decide comenzar el proceso se habla de actuación de oficio. Si lo solicita la persona perjudicada se habla de actuación a instancia de parte.

A) Los delitos contra el honor

Tradicionalmente el Código Penal castiga más la vulneración del derecho al honor que el de la intimidad o la de la imagen. De hecho estas últimas prácticamente no han aparecido nunca tipificadas como delitos en nuestros códigos penales.

Históricamente viene estableciéndose una distinción entre distintas conductas que se reprimen en cuanto pueden llegar a afectar al derecho al honor. Desde mediados del siglo XIX en España se distingue

básicamente entre calumnias e injurias. Este sistema quedó muy modificado a partir de la reforma del Código Penal de 1995. Más que la denominación, lo que se cambió fue el alcance de las acciones que se prohíben: por influencia del Tribunal Constitucional dejó de exigirse el concepto de verdad objetiva como una posibilidad de excluir las lesiones del honor y se abrió la posibilidad de usar la veracidad como criterio para considerar o no dañado el honor.

a) La calumnia

Aparece recogida como delito en el artículo 205 del vigente Código Penal: *es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad*

No hay calumnia cuando se presentan al público documentos sin hacer con ellos ninguna acusación concreta. Tampoco cuando se denuncia la comisión de un hecho sin atribuírsela a ninguna persona. La calumnia exige que se establezca públicamente una conexión entre un sujeto y un hecho, que se acuse a alguien. Pero tampoco es bastante cualquier acusación. Lo que se ha de imputar es un delito, es decir, alguna acción que aparezca prevista en el Código penal con esa denominación. Ni siquiera cuando se le acusa de haber cometido lo que aparece en el Código penal como una falta.

Además de la descripción objetiva de la conducta que se considera calumnias, la ley recoge también una serie de requisitos subjetivos de la persona autora de las calumnias: debe hacerlo con conocimiento de que la imputación es falta o, cuanto menos, con temerario desprecio a la verdad. El conocimiento de la falsedad se refiere a los supuestos de mala voluntad expresa, en los que se sabe con cierta convicción que realmente no es verdad que la persona aludida hubiera cometido ese delito y sin embargo se afirma.

Una conducta es temeraria cuando antes de realizarla uno prevé que eventualmente puede producir un daño pero aún así decide acometerla, pese a riesgo. El periodista ha de estar en situación de saber que, a la vista del grado de contraste con el que ha examinado la información caben aún ciertas dudas razonables sobre su veracidad y es posible que la publicación cause un perjuicio. Ambos elementos han de concurrir conjuntamente. No se exige que no le que ningún género de dudas sobre la veracidad (en tal caso, nunca podría llegar a publicarse nada, porque siempre puede hallarse un resquicio de duda). El concepto de temerario desprecio a la verdad o siempre encaja absolutamente con el de diligencia profesional suficiente. Cuando una noticia se ha contrastado diligentemente está excluido siempre un desprecio temerario a la verdad. No sucede igual en el caso contrario: es posible que aunque no se haya contrastado suficientemente una información desde el punto de vista de la diligencia profesional, ese fallo no llegue a ser temerario. Esto sucede básicamente cuando el periodista no asumió realmente la posibilidad de un daño, o éste le pareció objetivamente improbable y leve. Si se publica un hecho que no se ha contrastado suficientemente pero que objetivamente no parecía que podía provocar un daño al honor de nadie no se incurrirá en delito de calumnia, porque no puede hablarse realmente de asunción de un riesgo, aunque incluso en ese supuesto el autor podrá ser responsable civil del daño. Lo más importante a la hora de la aplicación las calumnias es entender que su regulación actual se ha conciliar siempre con el derecho a la libertad de información ampra que la amenaza de sanciones penales no se convierta en un elemento del poder público para evitar la crítica informativa.

Si se denuncia la comisión de un delito con el suficiente contraste y basándose en pruebas bastantes no hay temerario desprecio a la verdad. Ni siquiera aunque la persona a la que se le impute el delito resulte absuelta judicialmente del mismo Por tanto, no hay calumnia cuando la información es veraz, digan lo que digan los tribunales.

La pena a imponerse por el delito de calumnias aparece en el artículo 206 del Código Penal: *las calumnias serán castigadas con las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses, si se propagaran con publicidad y, en otro caso, con multa de cuatro a diez meses.*

Las calumnias vertidas en medios de comunicación, lógicamente, son siempre con publicidad. En todo caso queda en manos del juez -vista la gravedad del daño y la malicia presente en la conducta del periodista- la decisión acerca de castigarlas con una multa o con la privación de libertad del autor.

b) La injuria

Este delito se reformó notablemente en 1995. Actualmente el artículo 208 CP lo enuncia así:

Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves.

Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se consideraran graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.

Si la esencia de la calumnia era la acusación falsa de un delito, la de la injuria se refiere más a los insultos. Se castigan tanto expresiones como actos que atentan contra la dignidad, entendida ésta como reducto último tanto de la fama como de la autoestima. La dignidad, sin embargo, como valor esencial del ordenamiento, alude al mínimo respeto que merece una persona tanto frente a los demás como frente a sí mismo. Lo primero que hay que destacar de este delito es que lo que se protege no es el honor, sino la dignidad. Cuando el Código Penal insiste en que sólo se castigan las injurias graves es por esta misma razón: no basta con dañar el prestigio social de una persona, sino que ha de hacerse de un modo lo suficientemente grave como para que esté en juego su dignidad personal.

La concreción de si se lesiona o no la dignidad se hace a partir del concepto público: no se trata tanto de que existan expresiones socialmente consideradas como insulto sino sobre todo de las circunstancias en que se producen las expresiones o los gestos y del efecto que causan. De ese modo, lo que interesa no es tanto la forma como la intención y posibilidad de humillar a la víctima. La humillación es el resultado de cualquier lesión a la dignidad. Cuando una expresión o gesto sean despreciativos de una persona, pero no lleguen al grado de resultar socialmente humillantes habrá que entender que no hay lesión de la dignidad y que, por tanto, no se ha incurrido en el delito de injurias.

Tradicionalmente, los tribunales también exigen para poder castigar la injuria una especial actitud subjetiva del autor: la intención de insultar. Ello implica que no es posible la injuria por negligencia o descuido. Este requisito no aparece ya expresamente recogido en el texto del Código Penal: de modo que puede ser discutible. Hay un importante sector de la doctrina que a partir de 1995 defiende la posibilidad de injurias culposas, en las que no hay intención de insultar, sino tan sólo conocimiento de la posibilidad de causar un perjuicio en la dignidad del aludido.

Se introdujo en 1995 un tipo nuevo de injurias que viene a confundir en cierta medida los conceptos y al que le es aplicable un régimen diferenciado. Se establece que hay injurias que consisten en imputar hechos y que en tales ocasiones la gravedad se concreta en el conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad. De ese modo, lo que se hace realmente es considerar injurias las imputaciones de hechos que no estén tipificados como delito pero resulten deshonrosos. A esta especie de calumnia leve se la ha denominado a veces difamación. Para este tipo de injurias es de aplicación todo lo que dijimos a propósito de la calumnia respecto al concepto de temerario desprecio hacia la verdad. Sin embargo, como se verá, plantea ciertos problemas en cuanto a la falsedad: actualmente son posibles injurias consistentes en la imputación de hechos, incluso cuando se trate de hechos veraces. Hay que entender que se trata de afirmaciones veraces que no tengan la mínima relevancia pública necesaria para autorizar su publicación. Por tanto, la injuria consistente en imputar hechos está prohibida, aunque los hechos sean veraces, si se trata de hechos irrelevantes socialmente. Con esta modificación este tipo de injurias puede orientarse también a la protección del derecho a la intimidad.

Las humillaciones nunca pueden considerarse ciertas. Así si alguien utiliza la expresión "subnormal" con intención manifiesta de humillar a un disminuido síquico no puede presentar certificados médicos que demuestre su afirmación: no se trataría de la imputación de un hecho, sino de una vejación.

La pena que se impone aparece en el artículo 209 CP: *las injurias graves hechos con publicidad se castigarán con la pena de multa de seis a catorce meses y, en otro caso, con la de tres a seis meses.*

c) Disposiciones comunes: instancia de parte y exceptio veritatis

El Código penal establece también algunas disposiciones comunes tanto para la calumnia como para la injuria. Hay dos que merecen la pena ser destacadas: la persecución exclusivamente a instancia de parte y la excepción de verdad: *Nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal. Bastará la denuncia cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes a ejercicio de sus cargos.*

La denuncia consiste en comunicar un dato al juzgado o la fiscalía para que éstos procedan a investigarlo y, si lo consideran oportuno abrir un procedimiento contra el culpable. La querrela, en cambio, implica la solicitud de abrir un procedimiento penal contra una persona en el que el querellante se constituye en parte. De modo que es directamente el ofendido el que participa en el juicio como acusación particular. La denuncia puede - y con frecuencia debe- hacerla cualquier persona que tenga conocimiento de que se ha cometido un delito o incluso de oficio el propio fiscal, mientras que la querrela la interpone exclusivamente el perjudicado por el delito.

En los delitos contra el honor sólo se puede poner en marcha el juicio si lo solicita expresamente el ofendido. Son lo que se denomina delitos perseguibles sólo a instancia de parte. Si uno considera que lo que se ha dicho contra él no lesiona su honor, no tiene sentido perseguir ni castigar a quien lo ha dicho. Tampoco si consiente en aceptar la lesión. De hecho incluso se establece en el Código penal que el perdón del ofendido provoca la extinción de la responsabilidad y termina con el proceso ya iniciado.

La única excepción a este principio la constituyen la ofensas contra los poderes públicos por hechos relacionados con el ejercicio de sus funciones. En estos casos bastará la mera denuncia, lo que se explica porque en ellos no está realmente en juego el derecho al honor de las personas sino el prestigio de las instituciones públicas.

Más complicada es la regulación de lo que se conoce como exceptio veritatis o excepción de verdad. Se trata originariamente de una construcción de los jueces, que pasó luego al Código penal. En esencia la idea es que en los delitos consistentes en la imputación de hechos desaparece la infracción si se demuestra que eran ciertos. Es decir, que aunque se hubiera realizado una acusación con temerario desprecio a la verdad, o incluso estando convencido de que era absolutamente falsa, si después se demuestra que era verdadera la persona no puede ser castigada. Esto es esencialmente aplicable al delito de calumnia tal como dice el artículo 207 CP: *el acusado por delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiera imputado.*

Es posible que la demostración llegue después de la condena por calumnias o injurias y entonces ésta perdería eficacia. Pero más interesante es la posibilidad de que la demostración se haga en el mismo juicio por el presunto delito contra el honor: en realidad esta norma excepcional permite que el juicio por calumnias se convierta en un juicio contra el ofendido. Como el acusado puede intentar demostrar que sus afirmaciones eran ciertas, en última instancia el juez tendrá que decidir si la persona que se dice calumniada ha cometido o no un delito.

Esta posibilidad también influye en la norma de que el delito sólo pueda perseguirse a instancia del perjudicado: es una manera de que no se use la calumnia con fines torticeros, para provocar una condena de otro tipo contra alguien. De ese modo, la persona a la que se acusa públicamente de haber cometido un delito que no desee verse expuesta a la necesidad de demostrar que no lo hizo puede sencillamente

renunciar a su derecho a presentar una querrela por calumnias. En ocasiones es mejor soportar la duda que suscita una acusación pública a través de los medios de comunicación que ser condenado judicialmente.

La razón de ser de la *exceptio veritatis* se ha buscado a veces en que lo que el legislador quiere proteger es el honor real de una persona, no lo que se conoce como honor aparente.

En la actualidad la *exceptio veritatis* cumple un objetivo distinto, de más trascendencia social: impedir que el derecho penal castigue denuncias amparadas por la libertad de información y necesarias en una sociedad democrática.

En el terreno de la injuria consistente en imputar hechos, o difamación, sólo se reconoce la *exceptio veritatis* cuando las imputaciones se dirijan contra funcionarios públicos pro hechos relativos al ejercicio de sus cargos. Esta norma, que aparece en el artículo 210 CP, responde a un interés por proteger la libertad de información, de tal modo que se pueda cumplir el objetivo constitucional del libre flujo de la crítica política como mecanismo para mejorar el funcionamiento de la administración. No ha de olvidarse que la libertad de información también protege la difusión de hechos veraces relativos a particulares. De hecho, normalmente, al poner en evidencia irregularidades cometidas por ciudadanos normales se está poniendo indirectamente en tela de juicio la eficacia y el funcionamiento de los servicios públicos. En cualquier caso, cuando un ciudadano realiza un acto deshonesto está asumiendo el eventual descenso en la consideración ajena que lleva implícito. En estos casos no hay ningún honor a proteger. A lo sumo hay una intimidad amparable. A pesar de que el artículo 207 CP al definir la *exceptio veritatis* nada más habla de delito de calumnia y tan sólo de la posibilidad de probar el hecho criminal, la lógica lleva a aplicar esta excepción también al delito de injurias cuando ésta consista en la imputación de un hecho deshonesto pero no delictivo, en un contexto relevante públicamente.

d) Otros delitos similares

El Código penal recoge toda otra serie de delitos de características muy similares a la injuria y la calumnia típicas. Son una serie de acciones que históricamente se denominaron desacato y que minan el prestigio de las instituciones del Estado. Se contienen especialmente en el Título veintiuno del libro segundo, entre los delitos contra la Constitución. Junto a delitos como la invasión armada de las Cortes se recogen las injurias a las Cortes Generales y sus equivalentes autonómicos. También las calumnias o injurias al gobierno, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Supremo y al Tribunal Constitucional. Se tipifican las injurias contra las fuerzas armadas y los cuerpos de seguridad. En todos estos casos está especialmente prevista la vigencia de la excepción de verdad, así que la única novedad derivada del hecho de que se recojan individualmente es que la pena prevista es superior a la de las injurias o calumnias simples, aunque sin conllevar tampoco la privación de libertad.

Diferente es el caso de las injurias y calumnias contra la corona. En el caso de injurias y calumnias graves contra los miembros de la familia real en el ejercicio de sus funciones la pena prevista oscila entre los seis meses y los dos años de prisión. En todos los casos de injurias o calumnias a la familia real se ha omitido voluntariamente cualquier alusión a la posibilidad de demostrar la veracidad del hecho imputado para librarse de la pena prevista. De este modo no está claro si legalmente se permite o no la *exceptio veritatis* en estos supuestos, aunque el mandato de interpretación de las leyes conforme a la Constitución lleva a entender que la protección del prestigio y el honor de los miembros de la Corona no puede realizarse en violación del derecho a la libertad de información.

También es posible que surjan ocasionalmente conflictos entre estos delitos y el derecho a la libertad de expresión. La libertad de expresión está especialmente garantizada cuando se trata de difundir opiniones políticas y dar a conocer a los ciudadanos opciones de gestión del Estado. Por ello, son posibles conflictos derivados de la defensa de opciones radicalmente distintas para la configuración del Estado. Así las ideas republicanas pueden verse en sí mismas como una injuria contra la Corona al negar su utilidad. En Estados Unidos el Tribunal Supremo considerara ocasionalmente que la quema de una bandera del país era un

ejercicio legítimo de la libertad de expresión. En nuestro país no sería descabellada alguna decisión similar, de modo que será el juez encargado de aplicar las normas penales el que tenga que tener en cuenta en cada caso si la conducta no merece ser castigada por constituir el ejercicio legítimo de un derecho fundamental.

D) Delitos contra la intimidad y la infancia

En el apartado de delitos contra la intimidad, el Código Penal se limita a recoger los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento de morada. Ambos están relacionados con la fase de elaboración de la información, más que con la transmisión efectiva de la misma.

Lo que se castiga es entrar en una vivienda ajena o mantenerse en ella contra la voluntad del morador, También en la sede de personas jurídicas. En cuanto a los establecimientos abiertos al público, durante sus horas de apertura, sólo se castiga el mantenerse en ellos con violencia o intimidación, en contra de la voluntad del titular.

De manera conexas el Código Penal castiga a quien exija dinero bajo la amenaza de difundir hechos referentes a la vida privada de los demás.

En cuanto a la vulneración del derecho a la propia imagen, no existe ningún delito que lo sancione. Tampoco hay normas penales específicas que castiguen la vulneración de los derechos de menores o de la infancia a través de los medios de comunicación.

2.- Tutela civil y penal ante el Tribunal Constitucional

De todo lo dicho hasta el momento puede deducirse que la opción entre la vía civil y la penal no es meramente una cuestión de elegir entre la venganza social o la recuperación del daño sufrido. Más allá de eso, la protección y la cobertura penales son distintas de las civiles: el ámbito de lo que se considera como lesión es mayor en el terreno civil que en el penal. Civilmente cualquier vulneración de un derecho fundamental se considera como un daño que le permite a uno conseguir una indemnización. En cambio, penalmente ya se ha visto que el daño perseguible es mucho más restringido: sólo se produce cuando se dan todas las condiciones previstas en el Código Penal a la hora de definir los delitos.

De este modo es posible, e incluso frecuente, que daños que uno sufre en sus derechos fundamentales (y que podían dar lugar a una reparación) sean irrelevantes por la vía penal. No solamente sucede porque las conductas perseguibles penalmente son pocas; también porque los conceptos penales suelen ser más restringidos que los civiles.

Esto hace que el Tribunal Constitucional entienda que los obstáculos que sufra un ciudadano para poder ejercer la tutela penal no suponen una lesión de su derecho al honor o la intimidad. Si la persona que se siente ofendida en su honor por una información opta por la vía civil, en caso de que no se condene al periodista a reparar el daño, puede acudir ante el Tribunal Constitucional alegando una lesión de su derecho al honor. En cambio, si opta por la vía penal lo que está es simplemente pidiendo el castigo de un individuo. Si no se le castiga, el ofendido no sufre ninguna lesión en sus derechos, ni puede por tanto acudir al Tribunal Constitucional.

Por la vía penal no se está juzgando si se vulnera o no el honor, sino si se ha cometido o no un delito determinado.

El recurso de amparo constitucional no es un cauce idóneo para pedir una condena penal, ya que la Constitución no otorga ningún derecho a obtener tal satisfacción.

A) La responsabilidad civil y penal

La tutela jurisdiccional de los derechos sirve para que el titular de un derecho se vea amparado frente a quienes se lo han lesionado. Implica la figura de un responsable. En última instancia, el responsable es el

que va a ingresar en prisión, o el que deberá pagar la multa, o el que ha de reparar económicamente el daño derivado de la invasión en un derecho ajeno.

El asunto podría parecer excesivamente evidente: el responsable es el que comete la acción contraria a los derechos fundamentales. Sin embargo basta una ligera reflexión para darse cuenta de que la solución no es tan fácil como aparenta: por un lado, resulta que con frecuencia al hallar una información que vulnera el honor o la intimidad de alguien, no se puede identificar al autor. En los medios hay informaciones que aparecen sin firmar; otras que firma un seudónimo, otras en cuya elaboración y difusión participan distintas personas. Por otro lado, resulta que normalmente el origen del daño no está tan sólo en la persona que ha escrito o elaborado la información, sino que el desprestigio o la publicación de hechos íntimos, o lo que sea, se debe tanto al que la crea como a quienes conociendo su contenido colaboran en extender sus efectos mediante la difusión. Desde este punto de vista, sería injusto que el encargado de remediar el daño fuera exclusivamente el periodista.

Las normas sobre responsabilidad aclaran estas dudas, y lo hacen diferenciando entre la responsabilidad civil y la penal. Comencemos por la segunda. Penalmente, la lógica en un Estado de derecho impone que nadie sea condenado más que cuando cometa una acción tipificada como delito, con negligencia o mala voluntad expresa. No puede condenarse a quien carezca de la voluntad de daño o no actúe de manera imprudente. Este principio ha llevado a que penalmente el responsable es tan sólo el propio autor. Así lo recoge el Código penal en el artículo 30:

1. En los delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieran favorecido personal o realmente.

Por otra parte, también incluye una norma que regula lo que se conoce como responsabilidad en cascada:

2. Los autores responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden:

1) Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo

2) Los directores de la publicación o programa en que se difunda

3) Los directores de la empresa editora, emisora o difusora

4) Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora

3. Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior.

Se trata, pues, de una especie de escala en la que cuando no se consigue que responda penalmente el que inicialmente debería se baja al siguiente escalón. Por otro lado, hay que destacar que el Código Penal no se ha actualizado de manera que las figuras del director, editor e impresor tengan su traducción contemporánea para los formatos audiovisuales. El papel que antes cumplía el impresor, ahora puede tener su equivalencia en el dueño de un cable a través del que emite una televisión. Con ello parecen también figuras intermedias que habrán de ser interpretadas en cada caso: ¿el titular de un portal de internet es asimilable al editor o al impresor? Seguramente, si se trata de contenidos propios elaborados, financiados o fomentados por el portal habrá de considerársele editor; si de contenidos absolutamente ajenos que usan el portal para llegar hasta el público, impresor.

Lo chocante de esta norma es la amplitud de las causas por las que se pasa al siguiente en la lista. En primer lugar, el que no exista o no se conozca a la figura que debería ser responsable. Del mismo modo, si alguna de estas personas es un menor de edad inimputable. Lo que parece más discutible es que si el

periodista que ha escrito una noticia injuriosa huye del país y con eso consigue sustraerse a la acción de la justicia, pues se castigue al director. En este punto lo dispuesto en el Código Penal puede llegar a resultar contrario a la Constitución al castigar a quien no comete una imprudencia ni ha actuado con mala intención. Para evitarlo hay que interpretar que la responsabilidad penal sólo baja al siguiente de la lista cuando pueda demostrarse que éste estaba efectivamente en condiciones de controlar el contenido de la información e incidir sobre él. Por ejemplo, el responsable de la imprenta de un periódico de ámbito nacional normalmente no puede ni controlar el contenido de cada una de las informaciones ni, mucho menos, variar su contenido, así que no podrá ser imputado por injurias o calumnias en el caso de que el autor, el director y el editor huyan y eludan la acción de la justicia.

La responsabilidad civil es muy diferente: en su contenido, y también en las personas obligadas. Civilmente la persona responsable se verá obligada a reparar el daño, directamente o a través de una indemnización económica sustitutoria. Eso lleva a que sea importante que tendencialmente se intente asegurar que quien responde tiene patrimonio suficiente para afrontar la indemnización, pues en caso contrario se frustraría la reparación del derecho una vez acordada por los tribunales. Civilmente no es necesaria una imprudencia o mala fe absolutamente demostrada, sino que caben casos de lo que se denomina responsabilidad objetiva, en los que una persona debe responder porque se entiende que siempre hay negligencia, sin necesidad de demostrarlo.

La suma de estas dos ideas ha llevado a que siga en vigor el sistema diseñado por la Ley de prensa de 1966, lo que se denomina responsabilidad solidaria, que se regula así: *la responsabilidad civil por actos u omisiones ilícitos, no punibles, será exigible a los autores, directores, editores impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, con carácter solidario.*

La solidaridad es la técnica según la cual varias personas son todas al mismo tiempo responsables de un obligación completa. De este modo, cada uno de ellos debe responder, si se le exige, de la totalidad de la indemnización que hayan determinado los jueces, que no se divide a partes iguales entre todos los obligados. Esta totalidad opera exclusivamente frente a quien exige la deuda, que podrá reclamar a cualquiera hasta recibir completamente lo que se le pide; pero no opera entre ellos mismos: cuando uno haya satisfecho lo que se le exige podrá exigir luego que se divida de manera que todos soporten a partes iguales la deuda. La idea de fondo es que siempre haya alguien responsable con recursos suficientes para afrontar el pago. Está claro que esta disposición resulta muy útil desde el punto de vista del perjudicado. Al periodista puede complicarle su vida laboral: la empresa se sentirá normalmente más legitimada para imponer trabas y cautelas de autocensura si sabe que se arriesga a perder dinero, incluso mucho dinero. De cualquier modo, se ha llegado a plantear que la responsabilidad solidaria en los medios de comunicación puede ser inconstitucional, puesto que resulta imaginable que se vea obligado a pagar una indemnización alguien que no ha participado directamente en la elaboración de la información.

Sobre ello se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, que ha validado la norma, aunque con alguna salvedad. Así ha manifestado que "la responsabilidad civil solidaria, entre otros, del director del medio periodístico y de la propia empresa editora se justifica en la culpa in eligendo o in vigilando del editor o del director, dado que ninguno de ellos son ajenos al contenido de la información y opinión que el periódico difunda". En este sentido, argumenta que el director tiene derecho de veto sobre el contenido de todos los originales del periódico. No parece un argumento verdaderamente convincente, pero en última instancia la responsabilidad solidaria es legítima esencialmente porque asegura una protección efectiva de los derechos del honor, la intimidad y la propia imagen.

En cuanto a implicar también en la cadena de responsabilidad al impresor o incluso al importador parece que habrá que analizar de nuevo caso por caso, de modo que tan sólo cuando realmente las empresas de impresión o difusión, o la empresa importadora hayan tenido acceso al contenido de las informaciones y posibilidades reales de controlarlo o, al menos, de impedir el daño producido, estarán también obligadas al pago solidario de la indemnización.

TEMA 13. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INFORMACIÓN

1.- Derechos específicos de los periodistas

La Constitución no se limita a enunciar el derecho a transmitir información veraz apuntando sus límites sino que también prevé una serie de garantías específicas que le aseguren efectividad. Ya se sabe que históricamente hubo siempre garantías acompañando a la libertad de información, hasta el punto de llegar a integrarse en su contenido esencial. La más notable era la prohibición de censura previa. Junto a ella, los textos constitucionales que intentaron realmente que sus preceptos traspasan el terreno de la mera declaración de principios y se convirtieran en realidad añadieron otras. Casi siempre con carácter represivo y referidas a la interdicción de las conductas que en cada momento histórico el Estado ha ido utilizando más contra los informadores. En la vigente Norma Fundamental se han incrementado esas garantías y se ha aumentado su significación, diferenciado entre facultades que se conceden a los periodistas a modo de derecho fundamental autónomo y prohibiciones de conductas estatales contrarias a la libre información.

Así se trata de asegurar una extensión mínima del derecho a informar. Aunque parece obvio que al reconocer la libertad de informar se está protegiendo implícitamente al informador frente a ciertos ataques, no está de más indicar expresamente alguno de ellos... no sea que algún juez pueda interpretar que la protección a la que obliga la Constitución es más reducida. En cierta medida las garantías son siempre redundantes, pero sirven para determinar una interpretación extensa y favorable al ciudadano del derecho protegido.

En este caso, los derechos son dos: el secreto profesional y la cláusula de conciencia. Ambos son manifestaciones de la libertad de información a la vez que derechos fundamentales autónomos: gracias a su especificación en el texto constitucional no cabe duda de que su ejercicio tiene que ser regulado por Ley Orgánica y de que en caso de que se vulneren el perjudicado puede incluso acudir al Tribunal Constitucional mediante un recurso de amparo. Este carácter es el que hace que a primera vista puedan ser considerados como privilegios exorbitados que se concede a los periodistas pero no a otras profesiones igualmente trascendentes para el desarrollo democrático. En especial por lo vinculados que están ambos derechos a la vida profesional del periodista. Esta desigualdad es consecuencia de que los informadores en su trabajo cotidiano no sólo posibilitan el ejercicio de sus derechos fundamentales por la mayoría del resto de ciudadanos, sino que ejercen ellos mismos un derecho fundamental.

Por otra parte, la Constitución se remite a la ley para la regulación de estos derechos ¿Quiere esto decir que en tanto que no lo haga no pueden invocarse? Unánimemente se interpreta que no. En verdad lo que caracteriza a los derechos fundamentales es su resistencia al legislador, de manera que no puede hacerse depender su vigencia de la existencia de una ley. Así, pues, la cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas existen aunque no se dicte la ley para su regulación que prevé la Constitución.

A) El secreto profesional

Se trata de una garantía de la libertad de información que tiene honda raigambre en el derecho de los países de nuestro entorno, pero que nunca había existido en el español hasta la aprobación de la Constitución de 1978. En otros países se conoce como un derecho a callar. En nuestro país, en cambio, por ahora sólo aparece en la Constitución. Ello le otorga un rango mayor, puesto que así constituye a todos los efectos un auténtico derecho fundamental del que sólo gozan los periodistas. La parquedad de la declaración constitucional hace que el modo en que funciona tal derecho aquí deba deducirse por los tribunales aplicando la lógica jurídica y por inspiración de otros países. Aún así, no son pocos los que consideran que en general el panorama actual del funcionamiento del secreto profesional es más beneficioso para los periodistas de lo que sería si existiese una ley expresa, que podría ser más restrictiva.

a) Un derecho, no un deber

Hay quien equivocadamente entiende que no se trata de un derecho del informador, destinado a proteger su tarea constitucional, sino de una obligación jurídica en beneficio de la protección de las fuentes.

Se vuelve a imponer, pues, la necesidad de distinguir entre ética y derecho. Independientemente de consideraciones estrictamente deontológicas en nuestro ordenamiento jurídico la garantía del secreto profesional está destinada a asegurar el libre flujo de información dentro de la sociedad y queda a la libre disposición del informador que puede decidir en cualquier momento acogerse o no a la institución

En nuestras leyes sólo hay un caso en el que cabe hablar de un deber de secreto que se impone a ciertos profesionales; no es un caso de secreto en razón de la profesión sino en aras del respeto a la intimidad. Efectivamente, el artículo 1999 CP castiga al que "revelare secretos ajenos de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales". De esta manera no se refiere a secretos íntimos que uno pueda llegar a conocer por libre voluntad del afectado, sino de aquellos que llegan al conocimiento de uno en razón de obligaciones y prerrogativas propias de su profesión. Con esta sanción penal se están siempre protegiendo secretos de la intimidad o de la vida personal, mientras que el secreto profesional de los periodistas no exime a éstos de revelar el contenido de las informaciones que reciban sino la identidad de las fuentes que se las proporcionaron.

Así pues, el secreto profesional de los periodistas no es obligación, sino beneficio. La idea central es conseguir que el periodista pueda recabar el máximo de datos. La libertad de información incluye, como condición esencial de funcionamiento, la protección de la relación de confianza entre la prensa y los informadores privados. Este flujo de informaciones no funcionaría sin la garantía de la confidencialidad de las fuentes. Por ello, se le permite al informador no revelar la identidad de quien se los proporcionaron, de manera que pueda prometerles libremente confidencialidad a sus fuentes sin que mantener dicha promesa dependa más que su propia voluntad. Si el periodista quiere, se calla la identidad de sus fuentes. Y si no quiere, la revela. En ambos casos está igualmente protegido por la Constitución.

b) El objeto y el sujeto del secreto profesional

En cuanto a su contenido, el derecho al secreto profesional está estrechamente limitado para evitar que se convierta en una invocación genérica que ampare conductas evidentemente delictivas por parte del informador. Esta limitación se extiende tanto a su objeto como a las circunstancias en que puede alegarse. Ya se ha avanzado que el objeto son las fuentes, o más concretamente su identidad. Pero nada más. Es decir, que no cabe alegar secreto profesional para anegarse a revelar otras circunstancias relativas a los datos publicados. Esto ha de ser entendido de manera racional: hay ciertos indicios cuya revelación puede equivaler a identificar a las fuentes.

En aplicación de esta idea, suele afirmarse que el derecho al secreto profesional impide también la incautación de documentos, cintas y materiales diversos en posesión del periodista siempre que con ello se intente descubrir a alguien que está actuando como fuente periodística para alguna información. El secreto sólo cubre las declaraciones del periodista, pero no impone obstáculo alguno a las investigaciones que realizan las autoridades, encaminadas a esclarecer los delitos. Lo que cubre el secreto profesional es la obligación del propio informador de proporcionar documentos y materiales. Él sí que se puede negar a hacerlo invocando este derecho constitucional, pero nada impide que sean las propias investigaciones de las autoridades las que consigan los mismos materiales.

Resulta más discutible si el secreto profesional ampara también al periodista para, además de su identificación, impedir la detención de las fuentes. Es el supuesto del informador que entrevista a un delincuente huido pero suficientemente conocido, ¿Está obligado a facilitar su detención, revelando a la policía el escondite? En principio no parece que esos datos puedan incluirse en el secreto profesional pero en la práctica suele alegarse que la revelación detallada del paradero de una persona implica desvelar la identidad de otras que han servido de intermediarias y a las que se extiende la protección de secreto. En

estos casos, la mayoría de periodistas suelen optar por facilitar exclusivamente informaciones genéricas sobre el escondite conocido.

Por lo que hace a los sujetos titulares, la ausencia de legislación específica también conlleva que haya que optar por la interpretación más extensa de entre las posibles. No es infrecuente que algunos autores opinen que sólo pueden invocar el secreto quienes hacen del periodismo su profesión habitual. Incluso hay quien defiende la necesidad de poseer un título oficial. Nada de eso tiene respaldo constitucional. Si se atiende al sentido último de lo previsto en el artículo 20.5 CE y a su finalidad, se descubrirá que en verdad la alusión a los periodistas se refiere a cualquier persona que ejerza directamente la libertad de información. Lo que se quiere, en aras de la mayor pluralidad informativa, es proteger a las fuentes para proteger a la información; sin que importe la categoría profesional de quien se sirve de ellas.

Cabe, por último, plantearse si se puede utilizar el derecho al secreto para negarse a identificar las fuentes de otros periodistas. Es decir, cuando un periodista que no sea el que elaboró la información tenga conocimiento de las fuentes que éste ha utilizado. Aunque en principio es un derecho pensado exclusivamente para las fuentes propias, en estos casos conviene acudir al criterio de la necesidad: si el otro periodista ha tenido que conocer necesariamente la identidad de la fuente para que el reportaje haya podido elaborarse, entonces la lógica constitucional aconseja que se le extienda también a él el derecho. Es el caso del director o el redactor jefe que han tenido que saber quién era la fuente de una noticia para autorizar su difusión; o el fotógrafo que ha debido documentar la noticia; o el compañero que ha intervenido como garantía adicional.

c) Ámbito de funcionamiento

Con todo lo dicho puede uno ya hacerse una idea de en qué ocasiones cabe invocar el secreto profesional y con qué condiciones. En principio, la idea básica es que el periodista tan sólo puede acogerse eficazmente a este derecho cuando comparezca como testigo en un procedimiento judicial. La realidad no es exactamente así. Cuando un periodista que comparezca como testigo en un proceso, o en su fase previa de investigación e instrucción, se niegue a proporcionar datos que permitan conocer a sus fuentes no podrá ser condenado a causa de ello por delitos del tipo desacato, desobediencia o falta de colaboración con las autoridades. Es decir, que mientras que el común de los ciudadanos están obligados a proporcionar a las autoridades todos los datos relativos a la comisión de hechos delictivos de los que dispongan los periodistas pueden acogerse al secreto profesional para negarse a hacerlo.

¿Qué sucede cuando el profesional de la información actúa como acusado, por un ilícito cometido a través del medio de comunicación en un proceso? Pues entonces también puede acogerse al secreto profesional, pero en vez de quedar exento de responder jurídicamente, lo que hace es asumir él mismo cualquier responsabilidad que se derive del contenido de sus informaciones.

La cuestión que se plantea es ¿al acogerse al secreto profesional para no revelar las fuentes, se entiende cumplido el requisito de la diligencia en la investigación de la veracidad? Resulta obvio que de este modo se abriría una importante vía de fraude. Para evitarlo, hay que entender que si el profesional no hace pública la identidad de quien le proporcionó la información debe asumirla como propia y demostrar la veracidad por otras fuentes.

Finalmente, hay que señalar que la invocación del secreto profesional, aunque exime de responsabilidad por los delitos relacionados con la colaboración con la justicia, no impide que se puede incurrir en otros, especialmente si el periodista con tal de ocultar la identidad de sus informantes ha llegado a colaborar con ellos en la consecución de sus fines delictivos. No está obligado a revelar la identidad o a facilitar la detención de su fuente, pero sí a impedir -si está en su mano- los delitos futuros o en fase de realización de los que tenga conocimiento. Puede hacerlo del modo que quiera; y seguramente sea posible evitar el delito sin identificar a su fuente.

B) La cláusula de conciencia

Se trata de una cláusula y afecta a la conciencia. Esta última alusión tiene un especial interés si se tiene en cuenta que es una de las dos únicas ocasiones en que la Constitución alude a la conciencia personal. A la libertad ideológica recogida en el artículo 16 CE suele denominársele también "libertad de conciencia", sin embargo, el término tan sólo vuelve a utilizarse a propósito del reconocimiento que se realiza en el artículo 30 CE del derecho a la objeción de conciencia. Éstas, entendidas en sentido amplio, integran lo que se conoce como la conciencia de cada uno, a efectos inconstitucionales.

Así pues, una estipulación de los contratos de los periodistas en la que se protege de algún modo su libertad ideológica. Esta definición genérica es la que mejor explica qué es la cláusula de conciencia desde sus orígenes: desde la ley francesa de 1935 reguladora del Estatuto periodístico, en la que por primera vez se recogía. El contenido ha ido cambiando levemente a lo largo del tiempo. Hay algunas características que han permanecido inalteradas a lo largo del tiempo y en distintos lugares. Suele ser un derecho que se les reconoce a los informadores frente a sus empresarios, como garantía de independencia ideológica, de manera que queden protegidos laboralmente frente a las manipulaciones imprevistas de su conciencia por parte de los propietarios de los medios de comunicación. El origen de la cláusula parece estar en el intento de asegurar cierta independencia ideológica a los periodistas, una vez que han aceptado trabajar en un medio determinado, asumiendo su ideario.

Lo que se protege es la propia libertad de información, no el puesto de trabajo del periodista. El fundamento está en los riesgos específicos que padecen los periodistas en su profesión. Así, el Tribunal Constitucional aclara que "es respecto a dichos profesionales donde encuentra sentido el reconocimiento del derecho a la cláusula de conciencia como garantía de un espacio propio en el ejercicio de aquella libertad frente a la imposición incondicional del de la empresa de comunicación, esto es, frente a lo que históricamente se designaba como censura interna de la empresa periodística. Pero también como forma de asegurar la transmisión de toda la información por el profesional del medio, contribuyendo así a preservar el pluralismo que justifica el reconocimiento del derecho, reforzando las oportunidades de formación de una opinión pública no manipulada y paliando el efecto silenciador que, por su propia estructura, puede producir el mercado de la comunicación.

a) El ámbito protegido por la cláusula de conciencia

La cláusula de conciencia no es una institución preexistente en España a la entrada en vigor de la Constitución. Cuando en 1978 se aprueba el texto vigente, no hay enderecho español ninguna previsión legal con tal nombre. En aquellos momentos no se sabía siquiera qué era la cláusula de conciencia, nunca había existido aquí nada parecido. Como hasta 1997 no se promulgó la ley reguladora de la cláusula de conciencia, los estudiosos y algún tribunal de justicia tuvieron ocasión, en los casi veinte años que median, de buscarle un contenido concreto.

Así, siempre con la inspiración francesa, aquí se entendió la cláusula de conciencia como una estipulación que se consideraba inserta en todo contrato laboral de un periodista y en virtud de la cual tenía derecho a anular su vínculo con el propietario del medio de comunicación, obteniendo la indemnización correspondiente al despido improcedente. Hasta 1997 se entendía que podía aplicarse al darse tres situaciones: cuando el medio cambiase súbitamente de tendencia ideológica, en caso de venta del medio a un nuevo titular y por cese de funcionamiento del medio.

b) El ejercicio del derecho según la Ley Orgánica 2/1997

La doctrina criticó frecuentemente esta ley en el momento de su aprobación, en especial por considerarla muy restrictiva respecto a lo que se aplicaba hasta entonces. Esta supuesta reducción del ámbito posible de aplicación se manifiesta en su artículo 2, que establece cuándo tiene el periodista derecho a solicitar la rescisión de su relación jurídica con la empresa.

a) Cuando en el medio de comunicación con el que estén vinculados laboralmente se produzca un cambio sustancial de orientación informativa o línea ideológica.

b) Cuando la empresa les traslade a otro medio del mismo grupo que por su género o línea suponga una ruptura patente con la orientación profesional del informador.

Evidentemente, es una solución bastante diferente de la que se predicaba hasta ese momento. No parece que la LO 2/1997 reduzca el derecho a la cláusula de conciencia más allá de lo que debe considerarse como su contenido esencial constitucional, de modo que no puede decirse que se trate de una ley contraria a nuestra carta magna. Y siendo legítima, es la regulación que ha de aplicarse con carácter general y sin perjuicio de que si se interpreta la Constitución de un modo más amplio, al ciudadano siempre le quedaría la posibilidad de conseguir a través del Tribunal Constitucional la protección de su cláusula de conciencia más allá del mínimo expresamente garantizado por el legislador.

Hay una serie de requisitos que han de cumplirse cuando un profesional de la información quiera acogerse al derecho: en primer lugar, una vinculación laboral entre el medio de comunicación y el periodista; en segundo lugar, que se dé o un cambio sustancial en la línea ideológica del medio o un traslado a otro medio que rompa la orientación profesional del periodista. ¿Quién se considera periodista a estos efectos?

La cláusula de conciencia sólo protege a aquellos profesionales que desde el medio de comunicación se dedican a la elaboración de informaciones para su transmisión, que son en última instancia quienes ejercen la libertad de información. No se está hablando de cuál sea la categoría profesional con el que el trabajador aparece en su contrato, sino de la función realizada.

Tampoco se podrá aplicar la cláusula de conciencia a las relaciones laborales de periodistas con empresas que no sean medios de comunicación: se trata de una garantía de la comunicación pública libre, no de un privilegio de quien sea considerado periodista.

En cuanto a los requisitos legales en sí mismos, el primero era tener una relación laboral en vigor con el medio de comunicación. ¿A qué tipo de relación se refiere, ¿cuándo se considera que está en vigor? Es necesario que entre trabajador y empresa haya cualquier tipo de contrato de trabajo de los permitidos por la legislación. No parece que pueda incluirse el supuesto de contrato de prestación de servicio en el que el periodista actúa como profesional independiente (profesional autónomo) que vende sus obras al medio de comunicación. Tampoco puede entenderse incluida en este artículo la relación funcional, que implica un régimen de derechos, deberes y mecanismos de control diferentes de la relación laboral. De acuerdo con las normas laborales españolas, además, cuando exista una relación laboral efectiva pero no se haya firmado ningún tipo de contrato de trabajo, se entenderá implícita esta firma, de manera que el trabajador puede reclamar judicialmente que se le reconozcan sus derechos en igualdad de condiciones con quienes sí tienen contrato firmado por escrito. En definitiva, habrá que atender a la regulación existente en cada momento para definir qué se considera contrato de trabajo.

Por lo que hace al hecho de que el contrato tenga que estar en vigor, se ha planteado si la mecánica de la cláusula de conciencia permite que el trabajador primero abandone por sí mismo su empleo y a continuación solicite la indemnización correspondiente.

El Tribunal Constitucional entiende que "excluir la posibilidad del cese anticipado en la prestación laboral, es decir, obligar al profesional, supuesto el cambio sustancial en la línea ideológica del medio de comunicación, a permanecer en éste hasta que se produzca la resolución judicial extintiva, implica ya aceptar la vulneración del derecho fundamental, siquiera sea con carácter transitorio, lo que resulta constitucionalmente inadmisibles". De Ese modo, establece que ha de permitirse "una decisión unilateral del profesional de la información que extinga la relación jurídica con posibilidad de reclamación posterior de la

indemnización". El periodista ha de elegir entre despedirse y luego reclamar su indemnización o hacerlo mientras continúa trabajando en el medio.

En cuanto a las circunstancias que pueden dar lugar a la solicitud de rescisión, la primera de la que habla la ley es el cambio sustancial en la orientación informativa o línea ideológica del medio. La orientación informativa alude al tipo de cobertura informativa que se le dé a unos hechos en virtud de la concepción que cada medio tenga acerca de su importancia. La línea ideológica, en cambio, parece estar más relacionada con la diversidad de opciones políticas o religiosas que se ofrecen al ciudadano en la sociedad y el pronunciamiento, implícito y explícito, del medio de comunicación en cuestión a favor de alguna de ellas.

Habría que decir que la ideología sólo afecta a determinados aspectos del pensamiento, de modo que no puede decirse que cualquier preferencia de una persona forme parte de ella: el tener un color favorito u otro no supone un planteamiento ideológico. Sin embargo, estas meras preferencias tal vez pueden considerarse incluidas en la amplia categoría de "orientación informativa", de modo que quepa entender que al variar el club de fútbol al que apoya especialmente un medio de comunicación varía la línea informativa de éste. Frente a este entendimiento sólo cabría alegar, a lo sumo, que la expresión "orientación informativa" debe ser entendida exclusivamente en cuanto a las decisiones del medio a propósito de opciones informativas técnicas, pero no en cuanto al contenido mismo de las informaciones.

En cuanto a que el cambio sea sustancial tiene que tratarse de una alteración de la esencia ideológica del medio de comunicación, es decir, a una variación totalmente impredecible respecto a la orientación que se tenía cuando el trabajador ingresó allí. En la mayoría de los casos, la variación ideológica sustancial implica un cambio brusco producido en algún momento del devenir histórico del medio, que lo ha alejado considerablemente de sus posturas de partida.

El segundo supuesto que puede fundamentar la solicitud de rescisión del contrato laboral en aplicación de la cláusula de conciencia es el del traslado del periodista a otro medio del mismo grupo que suponga una ruptura con su orientación profesional. Evidentemente, se trata de una causa mucho más ligada a las especialidades laborales de la tarea periodística que a la conciencia propiamente hablando. Aunque éste pueda ser un mecanismo útil para evitar posibles represalias contra el periodista por razones ligadas a su ideología, cuesta trabajo entender que sea un supuesto típico de cláusula de conciencia. En todo caso hay que resaltar que la orientación profesional del informador está vinculada con una especie de "derecho a la profesionalidad" que implica una expectativa de mantenerse en medios que tengan la misma "línea o género", en expresión de la ley. Línea debe aludir a la línea ideológica, pero la referencia al género periodístico tiene, sin duda, un trasfondo crítico con diversos géneros, que podrían ser contrarios a la conciencia de profesional.

Más allá, se plantea si es necesario o no acreditar fehacientemente que el cambio empresarial ha afectado a la conciencia del periodistas. Visto que la vigente ley no se pronuncia sobre ello, resulta necesario atender al sentido último de la institución en la Constitución. Y en cuanto a la finalidad última de la cláusula de conciencia, hay que destacar que la intención de la Constitución no es ni la protección de la conciencia personal en abstracto ni tampoco la imposición de un sistema de neutralidad ideológica de los medios de comunicación. La conciencia de un periodista puede ser variable.

Esta idea implica en sí misma la aceptación de que los medios de comunicación pueden tener una determinada orientación ideológica. En resumidas cuentas, el fin último de la cláusula de conciencia no es otro que proteger al periodista frente a los efectos de cambios ideológicos externos imprevisibles. Cuando uno entra a trabajar en un medio de comunicación admite con ello el ideario del medio y su orientación en ese momento. Para invocar la cláusula de conciencia no hace falta declarar sobre la conciencia propia ni demostrar que efectivamente la variación de la línea editorial viola propia conciencia. Así, resulta adecuado constitucionalmente que el informador se someta voluntariamente a la línea de un medio cuando solicita su ingreso en el mismo. Gracias a la cláusula de conciencia, el informador puede contar con la garantía de

que con el tiempo no va a verse obligado a aceptar un ideario diferente. Ahora bien, si es el propio periodista el que evoluciona en las concepciones que integran su conciencia, como es por su propia causa, pues no gozará de ningún tipo de privilegio o garantía.

Por último merece la pena una breve alusión al artículo 3 de la ley reguladora de la cláusula de conciencia. Este artículo parece incluir algún tipo de objeción de conciencia en el ámbito periodístico laboral: *los profesionales de la información podrán negarse, motivadamente, a participar en la elaboración de informaciones contrarias a los principios éticos de la comunicación, sin que ello pueda suponer sanción o perjuicio.*

No queda clara qué relación tiene este apartado con la cláusula de conciencia, puesto que no establece una causa de rescisión del contrato de trabajo sino una prohibición de sanciones con motivo ideológico. De hecho se trata de un principio redundante en tanto que la regulación laboral española ya recoge en otros lugares la posibilidad de negarse razonadamente a las órdenes dadas por el empresario que sean contrarias a los principios éticos generales de cada profesión. El antecedente de este artículo hay que encontrarlo sin duda en las propuestas a favor de incluir en la cláusula de conciencia la utilización del nombre del periodista para firmar artículos que él no hubiera elaborado o con los que no se sintiera conforme. En todo caso, por "ética periodística" sólo pueden entenderse ciertos valores consensuados en torno a lo que se podría denominar "mínimo de profesionalidad" y que no es en absoluto un supuesto de cláusula de conciencia.

2.- Interdicciones constitucionales

La estructura del artículo 20 CE es perfectamente lógica. A la hora de establecer garantías específicas para el desarrollo de la libertad de información las introduce de dos tipos: derechos específicos a favor de los periodistas y prohibiciones específicas a la administración. Es decir, no sólo asegura que los profesionales de la información tengan un ámbito de actuación profesional más resguardado que el corriente de los ciudadanos, sino que además limita las medidas restrictivas que puedan adoptar los poderes públicos. Tal limitación se plasma en la prohibición de la censura previa y del secuestro administrativo de publicaciones.

Incluso los órganos de justicia más cualificados tienden a confundir en una sola figura el secuestro y la censura. Sin embargo, partiendo de una interpretación sistemática y teleológica (finalista) de la Constitución, parece evidente que es necesario dar a cada uno un contenido diferente. De este modo, vamos a partir de una diferencia entre ambas basada tanto en el momento de la intervención administrativa sobre la información, como en su trascendencia para el sistema constitucional de libertades, como en la forma de limitación del derecho: en la censura se somete a control preventivo el contenido de la obra, en el secuestro se limita su transmisión a terceros.

A) La censura previa

Éste es uno de los pocos casos de prohibiciones absolutas que hay en la Constitución vigente. Tradicionalmente, las constituciones españolas incluyen junto al reconocimiento de la libertad de expresión la prohibición de la censura previa. Se trata de una institución eminentemente histórica: pese a las reiteradas declaraciones constitucionales la censura ha sido históricamente uno de los mecanismos favoritos por parte del poder para controlar el ejercicio de la libertad de información. Se ha utilizado tanto que en la actualidad no es infrecuente que se denomine "censura" a cualquier restricción de la libre transmisión de ideas e informaciones. De ahí que hoy día uno de los principales problemas a la hora de hablar del régimen jurídico de la censura previa en nuestro ordenamiento es, precisamente, su propia definición.

A lo largo del siglo XIX y , más claramente aún en el período franquista, la censura es un control estatal del contenido de las publicaciones del que se hace depender la autorización para su difusión.

Existió en tiempos también lo que se denominaba "censura eclesiástica", pero no era sino un supuesto en el que las autoridades del Estado consultaban con las eclesiásticas acerca del contenido de una obra para permitir o no su publicación. Nunca se ha hablado de censura cuando se trata de restricciones a la libre difusión de una obra que provienen de otros ciudadanos o instituciones; así, por ejemplo, no podría hablarse de censura cuando es la dirección de un medio de comunicación la que impide a un periodista que se divulgue un obra suya.

La tarea del censor se realiza de manera que la elaboración de datos por el profesional se convierte en propuesta, más que en definición final. De este modo, sólo puede hablarse de censura cuando la intervención estatal tiende a alterar la sustancia de la obra, ya sea introduciendo omisiones, ya imponiendo cambios. No podrá hablarse de ella si la restricción se impone sobre la difusión de la obra terminada, ni tampoco si de antemano se prohíben datos que no pueden ser incluidos en ningún caso en la información que se elabore. En ese sentido, puede afirmarse que toda censura es censura previa. El adjetivo ha de ponerse en referencia con el momento de la distribución de la obra. Previa a la publicación y al conocimiento público.

El efecto ha de ser autorizar o no la difusión del resultado elaborado. Es decir, que la censura implica que se niegue la posibilidad misma de dar a conocer a la sociedad una idea o una información. Eso ha sido lo que se conoce técnicamente como censura. En principio hay que entender que el constituyente español de 1978 tenía esta institución en su mente cuando la prohibió, si bien la alusión a "cualquier tipo" de censura podría hacer pensar que la prohibición era más amplia.

a) El concepto de censura previa en la jurisprudencia constitucional

A lo largo del tiempo que ha transcurrido desde la promulgación de la Constitución han sido numerosos los supuestos en los que se han impugnado ante el Tribunal Constitucional supuestas decisiones de censura. Hasta la fecha, éste nunca le ha dado la razón a los recurrentes. En un primer momento afirmó que por censura previa "puede entenderse cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerla depender del previo examen oficial de su contenido". Al considerar prohibidas constitucionalmente las medidas limitativas tanto en la fase de la elaboración como en la posterior de la difusión, dejaba sin terreno propio al secuestro judicial de publicaciones. De cualquier modo, la definición ha seguido usándose por el Tribunal Constitucional hasta la actualidad, a pesar de que hacía prever una extensión de la protección constitucional frente a injerencias externas que no se corresponde con lo que ha sido luego el desarrollo de la jurisprudencia constitucional, mucho más matizado.

La censura debe ser oficial, previa a la publicación y basada en valores abstractos restrictivos de la libertad. Con ello quedaba claro que resulta casi imposible apreciar casos de censura previo dentro del Estado de Derecho, puesto que no es imaginable que se pretenda expresamente volver a un control de contenidos en base a valores. Se excluye la posibilidad de hablar de censura previa cuando el aparato del Estado prohíba publicar informaciones amparándose en el ejercicio de una actividad jurisdiccional: así, los jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones nunca podrán disponer limitaciones a la libertad de informar calificables de censura previa.

Así pues, en la jurisprudencia constitucional encontramos dos tendencias contrapuestas: de un lado, la idea de la máxima extensión de la libertad de información, de otro lado, la preocupación por articular la libertad informativa con otros bienes y derechos de rango similar, que lleva a defender la intervención estatal. Desde esta perspectiva la censura previa es un residuo histórico y

su prohibición obedece más bien a una mera cláusula de estilo, a un recordatorio simbólico de carácter democrático de nuestro Estado. Con cualquiera de las dos perspectivas, tomadas de modo maximalista, la conclusión sería la inutilidad de la prohibición absolutas de censura.

En 1999, El Tribunal Constitucional vuelve prácticamente al concepto histórico cuando dice que ha de entenderse como censura a "la intervención preventiva de los poderes públicos para prohibir o modular la publicación o emisión de mensajes escritos o audiovisuales". A partir de esta afirmación cabe suponer que en España la prohibición de censura se refiere a esta institución tal y como se ha venido entendiendo tradicionalmente.

b) El ámbito de acción de la prohibición de censura

En principio, la prohibición de censura previa en nuestro ordenamiento es absoluta, no admite excepciones. No importa cuál sea el poder estatal que realiza el examen de contenidos antes de la conclusión de la obra, siempre será inconstitucional. A estos efectos el poder judicial es igual al ejecutivo, de modo que tampoco los jueces pueden acordar medidas de este tipo. En el Estado español, si es censura, está prohibida.

Es muy discutible que la Constitución permita la posibilidad de establecer mecanismos de censura cuando en caso de guerra, disturbios o catástrofes se declare la vigencia de uno de los estados de alarma, excepción o sitio. El artículo 55.1 CE permite en estos casos la suspensión de los derechos recogidos en los apartados a) y d) del artículo 20.1 CE. Sin embargo, puesto que la prohibición de censura aparece en el apartado 2 del mismo artículo, parece que en estos casos la supresión temporal de la libertad de informar no puede hacerse mediante la instauración de mecanismos de censura, sino que habrá que establecer otro tipo de procedimientos. Eso demuestra la extrema repugnancia que tienen para el sistema democrático el procedimiento de la censura.

No pueden considerarse como censura mecanismos que llevan, por ejemplo, a la autocensura de los periodistas. Es decir, que aunque algunas restricciones del derecho a transmitir información pueden llevar a que los propios informadores controlen sus informaciones para no incluir hechos, datos u opiniones contrarios al gusto de las autoridades públicas, no han de ser consideradas como censura sino como limitaciones de la libertad de información. La obligación de depositar ejemplares de cada publicación en oficinas públicas puede ser tal vez una limitación inconstitucional del derecho, pero no son censura previa. Y al no ser censura previa ya no quedan prohibidas de manera absoluta, sino que habrá que evaluar en cada caso si se imponen o no razonadamente para la protección de otros bienes constitucionales. Ni que decir tiene que la autocensura interna, es decir, aquella que no viene motivada por intromisiones excesivas de los poderes públicos sobre los medios, sino por las propias decisiones editoriales acerca de su modelo de medio de comunicación, nunca pueden ser consideradas ni censura, ni siquiera limitación ilegítima de la libertad de informar.

B) El secuestro administrativo

La alusión que se hace en el artículo 20 CE al secuestro de publicaciones sólo puede entenderse dentro del contexto histórico en el que se elabora y aprueba la Constitución. En virtud de la legislación franquista la prohibición de difusión y la retirada de ejemplares eran algunos de los castigos más frecuentes por parte de la administración frente a la publicación de noticias o artículos contrarios a los intereses del régimen vigente. El secuestro de publicaciones consiste esencialmente en la prohibición de su difusión. Al contrario que la censura no interfiere en la actividad creadora, sino en el proceso de distribución, impidiendo que ésta, una vez terminada, llegue al público. El modo típico y tradicional de secuestro es la prohibición de que los ejemplares ya impresos de una publicación salgan del taller de impresión para su distribución por los puntos

de venta. No obstante, son imaginables otras muchas posibilidades que van desde la prohibición de que se emita por televisión un programa ya grabado, hasta la mera interferencia en la distribución del producto por cualquier medio técnico o material.

La diferencia entre la censura y el secuestro de publicaciones se advierte perfectamente en su régimen durante la vigencia de los estados de alarma, excepción o sitio: mientras que ninguna situación autoriza en España la implantación de la censura, durante la vigencia del estado de sitio la autoridad gubernativa puede legalmente ordenar el secuestro de publicaciones.

En cuanto a su naturaleza, lo que caracteriza al secuestro de publicaciones y emisiones es que es una medida preventiva pero que no interfiere en el proceso creativo violentando la voluntad creadora del autor. Simultáneamente, el secuestro supone la prohibición misma de ejercer el derecho a la libertad de información, es decir, que no se trata de una mera restricción sino de una anulación. El hecho de que se impida el ejercicio del derecho sólo puede quedar justificado ante la seguridad de que con ello se va a causar un daño seguro, grave, ilegítimo e irreparable a otro bien o derecho del mismo rango.

Esta naturaleza compleja, y los riesgos que conlleva para su utilización, hacen que la Constitución española prohíba el secuestro administrativo, y tan sólo permita el que se acuerde por las autoridades judiciales. En el trasfondo de ello se advierte una concepción del poder judicial como garante de los derechos, de modo que la intervención de un juez aseguraría que se ha tomado en cuenta el valor del derecho suprimido y la trascendencia del posible daño a otro derecho antes de acordar la medida. Pero no basta conformarse con la firma de un juez en el acuerdo de secuestro de una publicación o grabación; hay que exigir algunos requisitos en la propia resolución judicial. Cabe imaginar dos supuestos en los que un juez decida secuestrar una publicación o grabación: puede hacerlo como sanción por una violación de derechos, para impedir que siga realizándose, o puede hacerlo preventivamente, para evitar que la violación se produzca. El secuestro como sanción no constituye más que una de las medidas que se pueden acordar para reparar una situación lesiva de derechos.

La problemática del secuestro preventivo o secuestro en sentido propio es muy diferente. Para decidir si se trata de un secuestro judicial legítimo hay que comprobar que se acordó cumpliendo una serie de requisitos. Si resultara que en el programa no se vulneraba, ni siquiera aparentemente, el honor o la intimidad de los aludidos, el secuestro judicial habría supuesto una vulneración del derecho a la libertad de información. Aunque la medida sea provisional, la información es perecedera y el hecho de levantar el secuestro pasado un tiempo no remedia el daño causado al medio de comunicación. Por tanto, no basta con constatar que sólo el juez puede dictar el secuestro de una publicación, sino que habrá que analizar cuáles son los requisitos para que la decisión del juez sea constitucionalmente legítima.

a) Requisitos de legitimidad del secuestro judicial

¿Tiene el legislador algún papel a la hora de regular en qué casos puede un juez dictar una orden de secuestro? Se trata de una cuestión bastante discutida entre la doctrina científica, sin embargo, el Tribunal Constitucional la ha resuelto fácilmente indicando que sí, que los jueces sólo pueden actuar cuando hay una ley que se lo permite, y siempre de acuerdo a los trámites y procedimientos en ellas previstos, de modo que el primer requisito es que exista una ley que permita el secuestro de publicaciones para proteger otros derechos. El juez, evidentemente, deberá moverse en el marco de esta ley. Además, no basta cualquier ley, sino que el Tribunal Constitucional exige que sea una Ley Orgánica y que se justifique en la protección de bienes o derechos constitucionales.

Pero tampoco puede actuar por iniciativa propia. Es lo que se conoce como "iniciativa de parte", es decir, para que se pueda hacer, alguna de las partes en un proceso tienen que haber pedido que se secuestre la publicación. A partir de ahí el juez debe valorar si es o no necesario y el Tribunal Constitucional ha indicado al detalle cómo ha de hacerlo: en primer lugar ha de indicar expresamente cuáles son los derechos enfrentados, además tiene que definir claramente cuál es el daño que se quiere evitar y por qué es irreversible y por último tienen que aclarar que la prohibición de informar resulta proporcional al daño evitado. El control de proporcionalidad no es sino un modo de ponderación, seleccionando qué bien constitucional se va a sacrificar para proteger otro.

Ésta es la principal crítica que puede hacerse a la construcción constitucional en torno a los requisitos de la retirada judicial de publicaciones: implica casi siempre un prejuicio sobre el resultado del conflicto entre información y otro derecho. Por eso no puede utilizarse alegremente el mecanismo de ponderación a la hora de decidir un secuestro. La ponderación de sacrificios que se realiza de manera preventiva ha de ser mucho más estricta que la que se realiza a posteriori puesto que no tiene remedio. La conclusión de todo lo dicho es, esencialmente, que donde los jueces han de incidir es en la constatación de la irreversibilidad del daño que produciría la difusión de la información; sólo cuando se vaya a causar con total seguridad un daño absolutamente irremediable podrá decidirse el secuestro.

Para ello resulta imprescindible que el juez pueda examinar el contenido de la información ya elaborada pero aún sin difundir. Si no fuera así, y se prohibiera publicar una noticia o un programa sin conocer su contenido, ni poder constatar que en verdad es lesivo de algún derecho, estaríamos ante un caso de auténtica censura: se estaría induciendo al periodista a no tratar determinadas materias, independientemente de cómo las elabore.

