

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA CONSTITUCIÓN

Ramón COTARELO

I

La libertad de expresión es un derecho fundamental. Esta verdad que, a fuer de sabida, resulta una perogrullada, está, sin embargo, cargada de ambigüedades y dificultades en los Estados democráticos de derecho, que son los únicos en los que el concepto “derecho fundamental” tiene sentido a la par que vigencia.

Que la libertad de expresión sea un derecho fundamental implica que ha tenido una evolución similar en todo al resto de los derechos fundamentales,¹ esto es: lenta configuración programática a lo largo de las luchas de la burguesía emergente contra el *ancien régime*, solemne proclamación declarativa, constitucionalización progresiva y posterior positivación.² Así se ha construido el Estado de derecho en Occidente desde fines del siglo XVIII hasta nuestros días. Un proceso que aparece pautado por la evolución del derecho constitucional y las distintas Constituciones que en este ámbito geopolítico se han promulgado.

Ello bastaría para justificar la afirmación de que hay un nexo de dependencia y protección entre la libertad de expresión y la Constitución, de forma que, cual sucede con los otros derechos fundamentales, aquélla aparece huera, vacía de contenido, si no está expresamente recogida en un texto constitucional y/o ese texto constitucional, a su vez, no es de eficacia jurídica inmediata en el Estado de que se trate. La historia es suficientemente conocida: en un primer momento, las Constituciones no recogen las declaraciones de derechos;³ posteriormente, a lo largo del siglo XIX

1 Respecto al concepto, clasificación y evolución de los derechos fundamentales, véase Peces-Barba, Gregorio, *Derechos fundamentales*, Madrid, Guadiana, 1976.

2 V. Peces-Barba, Gregorio, “Derechos fundamentales”, en José Juan González Encinar, *Diccionario del sistema político español*, Madrid, Akal, 1984.

3 Ni siquiera la primera, la de los Estados Unidos, que sólo incorpora una tal declaración cuatro años más tarde de su promulgación bajo la forma de las diez primeras enmiendas, aprobadas en

(y hasta del XX), se da una situación oscilante, en que unas Constituciones contienen declaración de derechos y otras, no, en un mismo país,⁴ hasta que prácticamente todos los textos constitucionales del siglo XX vienen provistos de sus correspondientes declaraciones.

La conciencia colectiva reputa hoy condición necesaria para la existencia de un Estado de derecho la constitucionalización y eficacia positiva de los derechos fundamentales, de forma que, de faltar uno de estos elementos, se suscita de inmediato la objeción de que no se está hablando de un Estado de derecho y quizá ni siquiera de un Estado. El primer ejemplo se encuentra en el fracasado proyecto de Constitución de la Unión Europea de 1984, el que se originó a partir del proyecto de Alterio Spinelli. Al margen de las dificultades que presentaba la elaboración de un texto de esta naturaleza dado el estado de la propia Unión Europea, una de las razones que se adujeron en su día para objetar a la eficacia de aquel texto era, precisamente, el de cómo podía considerarse Constitución una norma que carecía de declaración de derechos.⁵ Por supuesto, el problema al que pretende designarse con el nombre de “déficit democrático” en la UE, es de mayor alcance y hace referencia en gran medida a las funciones del Parlamento, pero no puede minusvalorarse asimismo la generalizada insatisfacción que ha producido la escasa enjundia del concepto de “ciudadanía europea” en el Tratado de Maastricht;⁶ escasa enjundia particularmente patente en el hecho de que el concepto mismo de ciudadanía no contenga apenas derechos específicos.

bloque en 1791. Como si de reparar un yerro se tratase, la Constitución incorporó, además, un mecanismo por el que la declaración de derechos queda abierta: “Aunque la Constitución enumere ciertos derechos, no ha de entenderse que niega o menosprecia otros que conserva el pueblo” (artículo IX) Una disposición, sin embargo, que a pesar de los intentos de mantenerla viva, ha dado poco juego hasta la fecha, prácticamente oscurecida por la “teoría de la penumbra” del juez Douglas. V. Corvin, Edward S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, Buenos Aires, Editorial Fratema, 1987, p. 567.

4 Puede verse esta oscilación en el tratamiento de los derechos en la historia del constitucionalismo español en Clavero, Bartolomé, *Manual de historia constitucional de España*, Madrid, Alianza, 1989.

5 Chueca Sancho, V. A. G., *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Barcelona, Bosch, 1988; Díez Picazo, “Reflexiones sobre la idea de Constitución Europea”, *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, núm. 20, 2, mayo-agosto de 1993, pp. 533-559.

6 Sobre la ciudadanía europea, v. Bru, Carlos María, *La ciudadanía europea*, Madrid, Sistema, 1994; Meehan, Elizabeth, *Citizenship and the European Community*, Londres, Sage, 1993; Pérez Vera, Elisa, “El Tratado de la Unión Europea y los derechos humanos”, *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, núm. 20, 2, mayo-agosto de 1993, pp. 459-484.

El segundo ejemplo se encuentra en el constitucionalismo socialista, hoy prácticamente extinto, en el que se daban prolijas declaraciones de derechos que, sin embargo, carecían de eficacia jurídica real, lo que dio lugar a uno de los términos de la famosa tipología constitucional de Karl Loewenstein, cuando hablaba de Constituciones “semánticas”⁷ que, en verdad, eran textos destinados a disimular la inexistencia de un Estado de derecho.

En efecto, la historia es conocida. Pero este conocimiento no es obstáculo para que, dentro de ella, singularicemos el derecho a la libertad de expresión por cuanto que éste tiene unas peculiaridades que así lo justifican y de las que trataremos a continuación. Dichas peculiaridades son: a) es, valga la expresión, el derecho fundamental de los derechos fundamentales o, si se quiere, el derecho fundamental más importante; b) tiene una naturaleza doble, como el dios Jano, pues actúa y se ejerce tanto frente a los poderes públicos como frente a los ciudadanos, individualmente considerados, en cuanto sujetos del derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen; c) y, para terminar de complicarlo, además de una naturaleza doble, produce conflictos tripartitos, pues, sobre ejercerse frente al poder y frente a los individuos aislados como titulares de derechos, también actúa frente a la colectividad como titular de un derecho público subjetivo que es el derecho a la información. Vayamos por partes.

II

La libertad de expresión es el derecho fundamental más importante porque, sin ella, todos los demás, son papel mojado. La Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 la singularizaba, aunque sin otorgarle expresamente esta primacía: “*La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l’homme; tout citoyen peut donc parler, écrire et imprimer librement; sauf à repondre de l’abus de cette liberté, dans les cas déterminés par la loi*”. Anotemos aquí la configuración del derecho “como uno de los más preciosos” y la determinación (todavía imprecisa) de un límite en el “abuso de esta libertad”, que queda a lo que disponga el legislador posteriormente; con lo que ya apuntan en tan temprano texto los problemas específicos de los que aquí vamos a ocuparnos.

7 Loewenstein, Karl, *Verfassungslehre*, Tubinga, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1959.

El constituyente norteamericano, más moderno o más audaz, otorga la primacía de forma indubitable a la libertad de expresión y omite el enojoso asunto de los límites. Dice el aer. I de enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de 1787: “*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceable to assemble...*”. El Congreso no puede aprobar ley alguna que restrinja la libertad de expresión o de prensa.⁸

Sin duda hay derechos más importantes desde un punto de vista sustantivo o, si se quiere, finalista. Por ejemplo, ¿qué duda cabe que el “derecho a la vida” es más importante que la libertad de expresión, puesto que es un fin en sí mismo? Sin embargo, la libertad de expresión, al ser un fin y un medio al mismo tiempo, resulta ser instrumental y, por lo tanto, lógicamente anterior al “derecho a la vida”. Si se conculca el “derecho a la vida” es porque no hay libertad de expresión. Si hay libertad de expresión, será imposible que el poder pueda conculcar aquél y, en consecuencia, se hará realidad el tenor de la Declaración de Virginia de 1776: “*We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal; that they are endowed by their Creator with certain and inalienable rights; that among these are life, liberty and the pursuit of happiness*”. Verdades evidentes en sí mismas, cierto. Pero, para que lo sean del todo es preciso que se puedan proclamar tales, que se puedan expresar. La propia Declaración de Virginia es una manifestación de un derecho que ni siquiera se considera a sí mismo: se toma.

En la lucha por la libertad, la democracia y el Estado de derecho, la libertad de expresión ha sido el gran instrumento frente a los abusos del poder. No hace falta llevar la crítica del poder a los extremos de Foucault para darse cuenta de que la lucha contra el poder implica la capacidad de elaborar discursos que puedan oponerse a los discursos del poder, a la “economía” del poder, a los productos del poder.⁹ Sin duda, el pensa-

8 ¿Ninguna ley? Se ha debatido mucho acerca del significado de esta prohibición. Estoy más cercano a la posición de los llamados “absolutistas” o “literalistas”, como el juez Black o, más recientemente, de los partidarios del *original understandin*, como el malogrado juez Bork (v. *The Tempting of America*, Nueva York, The Free Press, 1990), pero sin desmerecimiento de las inteligentes observaciones en favor de una relativización y acompasamiento a los tiempos que propone Geoffrey Marshall, *Teoría constitucional*, Madrid, Espasa-Calpe, 1982, pp. 217 y ss.

9 Y digo que no hay que llevarla tan lejos porque, en último término, en Foucault, hasta la verdad misma es un instrumento del poder, con lo que se llega a la formulación del siguiente (inverso-símil) programa: “El problema no es cambiar la ‘conciencia’ de la gente o lo que tienen en la cabeza, sino el régimen político, económico e institucional de producción de la verdad.” V. Foucault, Michel,

miento político ilustrado buscaba la libertad en la restricción del poder y ésta en la división y el equilibrio de los poderes. Es el conocidísimo punto de vista de Montesquieu: la libertad depende de que los tres poderes estén separados y puedan, por lo tanto *s'empecher* unos a otros,¹⁰ y el núcleo mismo de la doctrina constitucional estadounidense de los *checks and balances*. Pero esta concepción, con su evidente carga mecanicista, producto de la época en que se configuró no habría sido suficiente para garantizar plenamente la libertad. No basta con que unos poderes frenen a otros. Es preciso que sean transparentes, que los ciudadanos puedan expresarse libremente, incluso contra el poder. De ahí que ya Burke llamara a la prensa, en favor de cuya libertad irrestricta se pronuncia la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, el “cuarto poder”. Un poder que vigila y controla a los otros tres clásicos. Pues, de otro modo, acabaría haciéndose realidad el deseo de aquel presidente de los Estados Unidos, quien “estaba totalmente de acuerdo con la libertad de prensa y también firmemente opuesto a su ejercicio”.¹¹ La libertad de expresión es la consecuencia de la libertad de pensamiento, de conciencia, de confesión. Hay dos fórmulas que configuran a la monarquía absoluta como el antónimo puro del Estado de derecho, ambas muy conocidas. Una es que el monarca absoluto es *legibus solutus*, la otra, la que más tiene que ver con nuestra ocupación aquí, proclama que *cuius regio, eius religio*. Es decir, el monarca está por encima de la ley y la confesión religiosa de los súbditos es la del rey. El libre examen, el principio de tolerancia, el liberalismo, acabaron imponiendo al poder el respeto a la libertad de conciencia de los súbditos. Pero ¿qué significa libertad de conciencia si no hay libertad de expresión para manifestar dicha conciencia? Por ello, cuando se quiere restringir la libertad de conciencia (dado que es humanamente imposible) lo que se hace es restringir la libertad de expresión.¹²

Un diálogo sobre el poder, Madrid, Alianza, 1985, p. 145. Nada menos. En todo caso, sea esto posible (o, incluso, recomendable) o no, lo evidente es que la crítica al poder, el enfrentamiento con el poder, se hace a través del discurso, que presupone libertad para elaborarlo; libertad de expresión.

10 Montesquieu, *De l'esprit des lois*, París, Garnier, 1961, tomo I, pp. 164-172.

11 V. Moragas Spà, Miquel de, *Teorías de la comunicación*, Barcelona, Gustavo Gili, 1985, p. 126.

12 Decía el artículo 12 del “Fuero de los españoles”, de 17 de julio de 1945, una de las leyes fundamentales del movimiento nacional, que formaban el entramado “constitucional” de la dictadura de Franco en España y que, en teoría, equivalía a la declaración de derechos: “Todo español podrá expresar libremente sus ideas mientras no atenten a los principios fundamentales del Estado.” Ocioso

Además de la eficacia de la libertad de expresión en la lucha en pro de la tolerancia, aquélla fue igualmente instrumental en la evolución del poder hacia formas más democráticas en razón de más transparentes. Ese secreto de que antes se hablaba, ha tenido manifestación teórica en la historia de las ideas políticas a través de la doctrina de la “razón de Estado”, cuya manifestación más contundente han sido los *arcana imperii*. Una de las formas de entender la historia política occidental es como una lucha entre el poder y los ciudadanos por desvelar los secretos de Estado. El arma para conseguir un poder transparente, en el entendimiento de que, cuanto más transparente, más democrático, ha sido la libertad de expresión, actualizada a través de la libertad de prensa y el libre acceso de los medios a los centros de debate y decisión políticos.¹³

Todavía hoy se mantiene esa lucha.¹⁴ Prácticamente todos los países democráticos tienen legislación en materia de “secretos oficiales”, por considerar que hay asuntos de vital importancia, cuyo conocimiento debe estar vedado a la opinión pública por razones de seguridad o de simple eficacia. Sin duda, esta práctica es problemática y debe estar rodeada de todo tipo de garantías y cautelas, pero conviene guardarse de pronunciamientos radicales y simplistas al respecto, del tipo de que ningún poder debiera tener zonas de secreto porque ello implica zonas de impunidad. Las actuales negociaciones de paz en Oriente próximo, con todas sus dificultades, no hubieran sido posibles si la diplomacia israelí y la palestina no hubieran llegado a un acuerdo en secreto en Oslo.

recordar que los tales “principios” implicaban una serie de convicciones absolutamente subjetivas como la oficialidad de la religión católica, el principio del “caudillaje” y otras arbitrariedades conceptuales de este jaez.

13 Es interesante al respecto el debate que se dio en Gran Bretaña en 1989 acerca de si dejar entrar o no a los medios en la Cámara de los Comunes durante los debates parlamentarios. Muñoz-Alonso, Alejandro, “Opinión pública y parlamento. Las transformaciones del régimen parlamentario”, en Alejandro Muñoz Alonso y Juan Ignacio Rospir (drs.), *Comunicación política*, Madrid, Universitas, 1995, 71-117, pp. 107-109.

14 Asuntos recientes, como el “Contragate” en los Estados Unidos en tiempos de Ronald Reagan, la voladura del *Rainbow Warrior* en los de François Mitterrand en Francia, por no citar más que dos muy conocidos, muestran que se mantiene la tensión entre un poder interesado en borrar toda huella de su acción y una prensa empeñada en sacar a relucir los entresijos de la acción pública.

III

La libertad de expresión, por tanto, es un derecho fundamental que se ejerce frente al poder. Ahora bien, todos los gobiernos pretenden, en mayor o menor medida, circunscribirla y, para ello, tratan de controlar los cauces por los que esa libertad se ejerce, que son los medios de comunicación, poniéndolos a su servicio;¹⁵ razón por la cual es preciso que la libertad de expresión goce de un régimen especialmente reforzado de garantías constitucionales. No todos los que trabajan o se expresan en los medios tienen por qué tener el coraje de Richard Francis, capaz de contestar a los reproches de Margaret Thatcher, que criticaba el escaso entusiasmo patriótico de la BBC en la guerra de Las Malvinas con la siguiente contundencia: “La función de la BBC no es levantar la moral de las tropas británicas ni agrupar al pueblo en torno a la bandera.”¹⁶

De este modo, aparte de alguna garantía especial, como es el caso de la protección jurisdiccional reforzada en España, la libertad de expresión cuenta con otras, cada vez más extendidas en Occidente; en concreto, el secreto profesional y la cláusula de conciencia.¹⁷ Esto no quiere decir, por supuesto, que ambas figuras gocen de universal respeto y acatamiento. Al contrario, se mueven en un terreno de cuasi permanente forcejeo entre los profesionales de la información y los jueces en el caso del secreto profesional y de aquéllos y las empresas periodísticas en el de la cláusula de conciencia.

Para ser realistas, debe reconocerse que, en las sociedades democráticas occidentales, que son, al propio tiempo, sociedades de libre mercado,

15 Esta tendencia de los gobiernos a coartar la libertad de expresión y, en general la publicidad, es casi consustancial al poder político. Pero no compartimos, por extrema, la posición de Santiago Sánchez, para quien esta eliminación de la publicidad se da “desde que los partidos políticos se convirtieron en los protagonistas del sistema político y ocuparon los órganos del Estado”. V. Sánchez González, Santiago, *Los medios de comunicación y los sistemas democráticos*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 94. Es una posición demasiado simplificadora por dos razones: en primer lugar, el poder ha tratado de ocultarse desde siempre, desde mucho antes de que hubiera partidos. Basta recordar la gran falsificación de la *Donación de Constantino*, con la que la Iglesia católica mantuvo durante siglos sus pretensiones al poder temporal; en segundo lugar, los partidos tienen un carácter ambiguo y contradictorio. Es cierto que se benefician del secreto; pero también lo es que, en la lucha por conseguir el poder en las democracias, contribuyen a denunciar los escándalos de los adversarios. Que lo hagan por motivos interesados no empece el que objetivamente contribuyan a la publicidad del poder tanto, por lo menos, como los medios de comunicación. Por lo demás, no es ocioso señalar que tampoco todos los partidos son iguales, como no lo son los gobiernos.

16 *Cit.* en Pélassy, Dominique, *Qui gouverne en Europe?*, Paris, Fayard, 1992, pp. 354-355.

17 Véase al respecto, Carreras Serra, Lluís de, *Régimen jurídico de la información. Periodistas y medios de comunicación*, Barcelona, Ariel, 1996.

el derecho al secreto profesional goza de más aceptación que la cláusula de conciencia.¹⁸ En raras ocasiones se atreverán los jueces a exigir a los periodistas que revelen sus fuentes y, si así lo hicieren, es casi seguro que habrá una reacción social contraria, ante la que tendrán que plegarse. Distinta es la cláusula de conciencia, por cuanto ésta entra en el terreno de las relaciones contractuales privadas. Si bien es cierto que los periodistas han de estar amparados frente a eventuales cambios en la línea ideológica del medio para el que trabajan, no menos lo es que éstos deben también estar protegidos frente a los periodistas desaprensivos que planteen la cláusula de conciencia con el objetivo de conseguir una disolución del contrato y la correspondiente indemnización. En este caso, serán los jueces los que tengan la última palabra, poniendo así de manifiesto, una vez más, ese fenómeno tan propio y peculiar de nuestra época, que denuncia Alain Minc, de una alianza de hecho entre los medios de comunicación y los jueces, alianza que, en las democracias modernas, está abriendo el paso, incluso inconscientemente, al nuevo populismo.¹⁹

Como se decía más arriba, estos son los aspectos que vinculan a la libertad de expresión con los poderes públicos; pero, al mismo tiempo, aquella libertad tenía una doble naturaleza, puesto que también se esgrimía frente a particulares en el ámbito de las relaciones privadas. La libertad de expresión se ejerce en un mundo en el que hay terceros que ostentan un indiscutible derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen. Se plantea así el problema de los límites de la libertad de expresión que ya vimos estaba enunciado en la Declaración Universal de 1789.

Aparentemente, de acuerdo con nuestro criterio de que la libertad de expresión es el derecho fundamental de los derechos fundamentales, no tendría límites y así debe entenderse la primera enmienda de la Constitu-

18 Sobre ambos temas, v. Carrillo, Marc, *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, Madrid, Cívitas, 1993. Asimismo, Pérez Royo, Javier y Javier Pradera, *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

19 “Ni los magistrados convencidos de buscar la verdad y regenerar la democracia, ni los periodistas, embarcados en esta nueva búsqueda del Santo Grial que es la pureza política, ni la opinión pública que se autoengaña, son conscientes de que le están haciendo la cama al populismo. Pero, una vez más, la historia se burla de los que quieren hacerla.” V. Minc, Alain, *La borrachera democrática*, Madrid, Temas de Hoy, 1995, p. 204. Termina su parrafada Minc citando la “frase más genial de Marx”, según él: la historia tiene “más imaginación que los hombres”. Si de historia va, más genial me parece la de Hegel, “la historia es un matadero”, quien, a su vez, según Ralph Miliband en *Socialismo para una época de escepticismo*, Madrid, Sistema, 1997, estaba haciéndose eco de otra de José de Maistre, “el hedor de la sangre surge de las páginas de la historia”, p. 82. Aunque, en estos días, los mataderos y la sangre se dan fundamentalmente en las batallas mediáticas.

ción de los Estados Unidos: ninguna ley puede restringir el *free speech*. Ahora bien, algún límite tendría que tener este derecho, ya que, evidentemente, no hay derechos absolutos, digan lo que digan los más extremos partidarios del “absolutismo” de la Constitución. El límite son los derechos de terceros. Ese límite, según enseña la experiencia, no puede materializarse mediante la vía legal. *No law* quiere decir eso, *no law*. Hasta la fecha, todas las legislaciones antilibelo han sido fracasos o han derivado hacia lo que realmente eran, esto es, intentos disimulados de controlar a los medios de comunicación.

El hecho de que la intervención legislativa en el ámbito de la libertad de expresión suela ser contraproducente, ha propiciado la idea de que la profesión periodística se autorregule mediante un código deontológico. Ciertamente, es una loable iniciativa y habla mucho en favor de la nobleza de miras de la profesión, pero no es suficiente. Su carácter voluntario implicaría que la defensa del derecho de los ciudadanos a la intimidad, honor, buen nombre, etcétera, dependería de la buena voluntad de quienes están en situación de conculcarlos, es decir, no serían verdaderos derechos.²⁰

La única forma de hacer valer estos derechos frente al de la libertad de expresión, de forma que en todo momento se sepa cuál ha de prevalecer en beneficio de la colectividad es encomendar esta tarea a los jueces. Es la judicatura la que, a través de las decisiones en los casos concretos irá determinando cuándo la libertad de expresión debe ceder ante los derechos de personas afectadas a las que protegerán en su ejercicio y compensarán por los perjuicios sufridos.

Al respecto, es fundamental que los procedimientos judiciales se agilicen, sin merma de la seguridad jurídica de los justiciables, ya que, muchas veces, las informaciones calumniosas han causado daños irreparables mucho antes de que recaiga pronunciamiento judicial favorable al calumniado que, además, suelen conllevar penas irrisorias en comparación con el daño causado. No en balde pertenece al saber convencional mediático la siniestra expresión de “calumnia, que algo queda”.

20 Hasta la fecha, por ejemplo, en España, país en el que las tormentas políticas de los últimos años han desatado también verdaderas campañas de prensa en contra de personas concretas, sólo el colegio de periodistas de Cataluña ha decidido adoptar un código deontológico. Carecería de sentido que el respeto al derecho al honor de los ciudadanos españoles dependiera de en qué lado del río Ebro vivan, cosa que sucedería si el único baluarte de dicho derecho fuera el código deontológico. De ahí que sea precisa la garantía jurisdiccional.

Ahora bien, tampoco esta vía de solución y este límite a la libertad de expresión agota el problema porque dicha libertad resulta tener una naturaleza más compleja de lo hasta aquí considerado y, además de entrar en conflicto con los poderes públicos y con el derecho a la intimidad, su ejercicio también involucra a otro tipo de derecho que plantea un nuevo problema de carácter constitucional.

IV

El derecho a la reparación frente al insulto, la injuria o la calumnia, basada en la acción penal o civil, tiene otro límite de nuevo de rango superior, constitucional, que es el derecho a la información, concebido como un derecho público subjetivo.²¹ Como se ve, por lo tanto, el conflicto de derechos no es únicamente bilateral, la libertad de expresión y prensa y el derecho a la intimidad, sino un conflicto a tres bandas en el que también interviene otro derecho que es el del público a la información veraz.

En la medida en que haya una colisión entre el derecho a la libertad de expresión y el del público a recibir información veraz, serán los tribunales los que decidan cuándo y por qué prevalece el uno o el otro. Y no es de extrañar que los jueces declaren que prevalece el derecho a la información veraz, dado que ésta es un elemento constitutivo esencial de la opinión pública que, a su vez, constituye un fundamento del orden político democrático, que presupone una ciudadanía bien informada y crítica.²²

21 Este derecho ya era reconocido como fundamental hace algún tiempo. Así, por ejemplo, José Antonio Novais decía: “La información es la condición indispensable de la democracia y la libertad. Lo que no significa que la prensa tenga por objeto criticar sistemáticamente al poder. La verdadera información consiste en suministrar al ciudadano todos los hechos, sean o no favorables al Gobierno...” y añadía: “Pero para que la información pueda desempeñar su papel de defensa y contribuir a la defensa de la libertad, hace falta que entre los derechos del hombre situemos el derecho a la información, como el derecho a la educación o el de la salud. El derecho a la información aún no está reconocido ni codificado. Pero lo será inevitablemente un día no lejano, como consecuencia del proceso que transforma la democracia liberal en democracia social, en el seno de la cual los derechos individuales son, de más en más, completados por los derechos sociales” Novais, José Antonio, “Contribución a la prensa de la democracia”, en Miguel Ángel Aguilar (comp.), *Los medios de comunicación en la frontera democrática*, Madrid, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, 1982, (pp. 131-134).

En el momento en que se escribía lo anterior, la Constitución española de 1978 ya reconocía en su art. 20, 1, d) el derecho a “comunicar o recibir información veraz por cualquier medio de difusión” y, además, lo protegía mediante el sistema reforzado de garantía jurisdiccional previsto en el art. 53, 2.

22 Así lo entiende el Tribunal Constitucional español que en su sentencia 240/92 concede al derecho a la información “posición prevalente, que no jerárquica ... en razón de su doble carácter de

Habitualmente se dan dos casos de conflicto entre estos dos derechos: frente a los poderes públicos (cuando los medios de comunicación informan o pretenden informar sobre materias que están clasificadas como secretos oficiales), y frente a particulares (cuando la información versa sobre aspectos de la vida íntima de las personas) siendo, con mucho, este último tipo de conflicto el más frecuente y el de más difícil solución.

En efecto, las informaciones que violan secretos oficiales, por muy necesarias y reveladoras que puedan ser para la opinión pública, serán punibles en la medida en que conculquen una ley y el margen de interpretación judicial aquí es muy escaso. Otra cosa es que pueda considerarse que la eventual normativa de secretos oficiales de que se trate es demasiado amplia o deja excesiva latitud al Ejecutivo en la clasificación de asuntos. Pero, de ser ello así, la solución no dependerá del Poder Judicial, sino de una revisión de la norma en sede legislativa y, por lo tanto, de la correspondiente iniciativa política.

Distinto es el conflicto entre el derecho a la información y el de la intimidad de las personas. Al respecto, es jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional español²³ que, a la hora de dar prevalencia al derecho a la información sobre el derecho a la intimidad, deben tenerse en cuenta tres factores: en primer lugar, la información ha de ser “veraz”, esto es, diligentemente contrastada; en segundo lugar, debe ser de interés público y no una trivialidad, asunto más espinoso, aunque, por supuesto, decisivo; en tercer lugar, la persona de que se trate debe ser un personaje público cuya condición sea, a su vez, voluntaria. Cuando se dan estos tres factores, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que sigue en esto la del Tribunal Supremo de los Estados Unidos²⁴ deja sentado que prevalece el derecho a la información sobre el derecho a la intimidad de las personas.

libertad individual y garantía institucional de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático”. *Cit.* en Carreras Serra, Lluís de, *op. cit.*, p. 93.

²³ V. Carreras Serra, Lluís de, *op. cit.*, *passim*.

²⁴ Ya desde los años sesenta, en concreto desde la sentencia en el caso *New York Times vs. Sullivan*, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha ido en el sentido de fomentar “a substantially broader freedom of public discussion where legitimate public interest in the subject-matter and reasonable objectivity in its publication could be shown.” *William F. Swindler, Court and Constitution in the 20th Century*, Nueva York, The Bobbs-Merrill Co., 1970, p. 296.

Esto quiere decir que, en nuestras sociedades democráticas, los personajes públicos deben resignarse a tener un ámbito de intimidad reservada más angosto que el de los ciudadanos privados y anónimos.

Al respecto, se han dado dos casos muy recientemente que ilustran sobre estos problemas de la libertad de expresión/derecho a la información vs. derecho a la intimidad.

El primero hace referencia a la muerte en accidente de automóvil de la princesa Diana de Gales. Una de las acusaciones que más se oyeron en los días posteriores fue que la prensa sensacionalista era directa o indirectamente culpable de la muerte de la princesa, al someterla a un acoso exasperante que no respetaba en absoluto su derecho a la intimidad. El cargo, no obstante, es difícil de mantener cuando se piensa que la citada princesa llevaba voluntariamente una vida que incorporaba una enorme dosis de publicidad y que, incluso, amadrinaba causas, por supuesto muy loables, en la esperanza de que fuera precisamente esa publicidad de su persona la que las hiciera adelantar. No tiene, por tanto, mucho sentido que una persona con estos planteamientos pretenda decidir de modo autónomo y omnímodo qué partes de su vida se exponen al escrutinio público y qué partes se hurtan a éste cuando prácticamente todo lo suyo interesa a la gente. Su muerte fue un desgraciado accidente, pero no tiene unos culpables de fácil identificación.

El segundo hace referencia a un director de un periódico español de gran tirada, El Mundo, caracterizado por haber llevado durante años una campaña de denuncia de la corrupción de los gobiernos socialistas y de proclamada regeneración democrática, si bien desde otros puntos de vista, estaría mejor caracterizado como un medio de prensa sensacionalista, capaz de recurrir a procedimientos rayanos, si no directamente incursos, en la difamación para el logro de sus objetivos.²⁵ Dicho director, Pedro J. Ramírez, se contó entre los principales adalides de la subida al poder del partido de la derecha, el Partido Popular, con cuyo presidente nacional se hizo fotografiar en un balcón manchego, poco después de que los conservadores ganaran las elecciones de 1996.

25 V. Entre ellos, el autor de este trabajo. V. algunos casos de prácticas difamatorias e incluso intimidatorias de este medio de prensa en Cotarelo, Ramón, *El ronco alarido del ganador*, Barcelona, Grijalbo, 1996, pp. 72-74, 83-89, 141-143, etcétera; o bien en *id.*, *El desgobierno de la derecha*, Barcelona, Ediciones B, 1997, pp. 188 y ss. Por descontado, en todas las actividades de difamación se hizo la menor concesión al derecho a la intimidad de las personalidades agredidas, con el argumento de que las personas públicas tienen restringido su derecho a la intimidad.

En 1997 comenzó a circular un vídeo dañino para la imagen del citado director y, poco después, otro diario publicaba algunas fotos de la cinta que, supuestamente mostraban al susodicho personaje realizando prácticas sexuales con una prostituta que la opinión general tiende a considerar peculiares y suele adscribir a sectores marginales de la sociedad, consumidores de mercancías fetichistas y del mundo sexual sadomasoquista.²⁶ No estaba claro, dado lo impreciso de las imágenes, que se tratara del mencionado director. No obstante, éste presentó una denuncia en el juzgado de guardia pidiendo que se incautara una partida de tales vídeos, a punto de ser distribuidos por el correo y que se encarcelara a una mujer africana, al parecer la prostituta que, según declaración escrita, reconocía haber facilitado la realización de los vídeos con el fin de garantizar su seguridad, que consideraba amenazada.

Con tal reacción, que formulaba acusación a la encarcelada de revelación de secretos y atentado al honor y a la intimidad del denunciante, Ramírez venía a reconocer que el contenido del vídeo era cierto, puesto que, de no serlo, la denuncia debería ser por otros presuntos delitos, como los de injurias, calumnias o falsedad. Los vídeos fueron requisados y la prostituta fue a parar a la cárcel²⁷ con extraordinaria celeridad, sin duda en aplicación de los principios de “preferencia y sumariedad” con que la Constitución establece que han de actuar los jueces en la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, muy especialmente cuando son atentados como éste que buscan causar un daño inmediato por vía de una rápida difusión mediática.

El director del periódico hizo muy bien en solicitar la tutela judicial de sus derechos. Pero, al dar con su acción veracidad a la noticia, cabe preguntar si no debe prevalecer aquí el derecho a la información veraz como establece la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, puesto que, además de la veracidad de la información, ésta no es trivial y el personaje al que afecta tiene una gran proyección pública. Al fin y al cabo, si alguien se erige en develador de la corrupción oficial y se hace fotografiar con el que será presidente del gobierno, el público tiene derecho a saber en qué emplea sus ratos libres una persona tan influyente a la que quizá tengan que confiar algún día, según los cargos que pueda llegar a ocupar, la educación de sus hijos o la seguridad de sus familias.

26 V. el diario *Ya* de 2/11/97

27 V. *El País*, 10/11/97.

Quizá por razones de corporativismo, hubo, sin embargo, un cierre de filas de todos los medios y se trató de hacer el silencio sobre el asunto, aduciendo el derecho a la intimidad de la persona privada Pedro J. Ramírez. Por supuesto, la versión es sostenible, pero asimismo cabe recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en lo relativo a los procesos por difamación y el derecho a la intimidad ha afirmado que un individuo se convertía en una figura pública (y, por lo tanto, con el derecho a la intimidad mermado) si: 1) “alcanza una fama o notoriedad tan general que se convierte en una figura pública para todos los propósitos en todos los contextos”; o 2) “se incorpora voluntariamente o se ve atraído a cierta controversia pública, y por consiguiente se convierte en una figura pública en relación con una limitada gama de cuestiones”.²⁸ Ambos requisitos, sin duda, sobradamente cumplidos en este caso.

CONCLUSIÓN

La libertad de expresión es producto del ordenamiento constitucional y garantía del mismo. Es el bien máspreciado y la piedra angular sobre la que descansa la democracia. Su primacía sobre los demás derechos se fundamenta en razones lógicas, normativas y jurisprudenciales. Consecuentemente, la libertad de expresión y su correlato, el derecho a la información, gozan de un estatuto constitucional especial a causa de su función de servir de base a la formación de una opinión pública madura, razonante y crítica, que es el elemento mismo de la democracia en la medida en que se trata de un sistema en el que las decisiones se adoptan por mayoría. Para que estas decisiones tengan la eficacia máxima es muy conveniente que quienes las adoptan estén bien informados.

Los únicos límites admisibles a la libertad de expresión (siempre en conexión con el derecho a la información) están en el Código Penal y corresponden a la violación de secretos oficiales y al atentado al derecho a la intimidad. Y en ambos casos corresponde a los jueces determinar si han trasgredido los límites.

De ahí que sea tan importante evitar que pueda producirse ese maridaje entre los medios de comunicación y los jueces (dos instancias de enorme poder social y muy exigua base de legitimidad democrática) en nuestros países que denuncia Alain Minc y que nosotros hemos detectado

28 V. Corwin, Edward S., *op. cit.*, pp. 420-421.

también en España.²⁹ Porque, cuando tal situación se produce, los jueces pasan a ser parte, las partes, jueces, la prensa se convierte en una permanente voluntad de linchamiento y la justicia en un mero estrellato mediático. En medio de ese desbarajuste, desaparece la libertad de expresión y, en consecuencia, la libertad a secas.

29 V. Cotarelo, Ramón, *La conspiración. El golpe de Estado difuso*, Barcelona, Ediciones B, 1995. El complot estaba tramado por “un par de delincuentes, algunos periodistas sin muchos escrúpulos, varios jueces de cortas entendederas y determinados políticos de largas ambiciones”, p. 39.