

DE LA LIBERTAD DE EXPRESION AL DERECHO A LA INFORMACION

José María Desantes-Guanter

La historia de las ideas nos muestra que nunca desaparecen tajantemente cuanto otras las han modificado, renovado o superado. Toda idea nueva encuentra dificultades para arraigar, precisamente porque la idea antigua se resiste a marchitarse y desaparecer. La ya secular idea de la libertad de expresión constituye un ejemplo. El resucitado concepto del derecho a la información —el *ius communicationis* de los clásicos— no ha logrado desterrarla completamente del lenguaje y del pensamiento de las gentes. Es más fácil dejarse llevar por una intuición presentida de libertad, que implica aparentemente una ausencia de ataduras, que comprender la dialéctica del derecho cuyas complicaciones técnicas solamente dominan los iniciados y, por tanto, escapa al arbitrio individual.

Una reflexión detenida acerca de la dualidad libertad-derecho en la información, nos demostraría, en cierto modo, lo contrario. El derecho a la información es un *ius nativum* que se deduce de la naturaleza a la vez personal y comunitaria del hombre. También es un derecho natural la libertad. Pero referida a la información, dado su alcance comunitario, es el derecho y no la libertad la idea sustantiva sin que, como derecho también que es, pueda prescindirse de la libertad. El que solamente se entienda así en los círculos científicos no positivistas es causa de conflictos en el desarrollo de

la información, que repercuten en su desprestigio, en el de los informadores y en el de las empresas informativas.

La confusión alcanza a la jurisprudencia y a los textos legales. En España incluso a la Constitución en su artículo 20., cuya exégesis puede contribuir a clarificar el problema. Siempre teniendo en cuenta que derecho humano o derecho fundamental referidos a la información, equivalen a derecho natural.

Análisis del párrafo 1. del artículo 20.

Según el comienzo de su párrafo 1., el artículo 20. de la Constitución Española de 1978 "reconoce y protege" varios derechos, en plural. Se ha dicho que el derecho a la libertad de cátedra de su apartado c), estaría mejor situado en el artículo 27. que proclama la libertad de enseñanza. Pero no hay que olvidar que el apartado se refiere a una manera de comunicación, sea ésta tan concreta y especial como la comunicación científica, que no otra cosa debe ser lo que desde la cátedra se imparte.

El apartado b), siempre del párrafo 1., reconoce el derecho de autor, que es un derecho de doble batiente: la facultad de difusión del autor y las facultades de investigación y recepción del público o sujeto universal sobre la creación del autor, como bien describe el artículo 27. de la Declaración de Derechos Humanos de la O.N.U.

En los cuatro apartados del párrafo introductorio, el artículo 20. viene a reconocer, en definitiva, un solo derecho que es el que describió, por primera vez en un texto normativo, el artículo 19. de la citada Declaración de la O.N.U. y que, a partir del Decreto *Inter Mirífica* del Concilio Vaticano II, se conoce como derecho a la información.

Los apartados a) y d) separan los tres tipos de mensajes arquetípicos. Las dudas que algún autor planteó a este respecto, a través de una interpretación no exenta de originalidad, han quedado aclaradas, además de por la mayor parte de los comentaristas, por

la Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de Enero de 1988. El apartado a) se refiere al mensaje de ideas y al de opiniones. El apartado d) al mensaje de hechos que, puesto en forma, llamamos noticia: aunque el texto emplea el término genérico "información" se refiere, en concreto, a la de hechos porque la verdad —o veracidad— en la información, como exige el apartado, solamente en la noticia puede postularse.

Como saben muy bien los informadores, es muy raro encontrar en la realidad un mensaje puramente simple, como el de ideas o el de hechos o, por una especial relación entre éstos dos, el mensaje más simple de los compuestos, que es el de juicios u opiniones. La mayor parte de los mensajes, puestos en forma para ser comunicados a través de los diversos medios, son mensajes complejos que participan de la naturaleza de los mensajes simples que los componen, en proporción a la dosis en que entran a formar parte de los mismos. Por eso lo fundamental, científicamente hablando, es el estudio de la naturaleza y caracteres de estos mensajes simples y del mensaje de opiniones, porque en tal estudio está comprendido *in nuce*, el estudio de cualquier mensaje: basta analizarlo en su complejidad y advertir los mensajes arquetípicos que lo componen y en qué proporción.

Cada uno de los mensajes de ideas, de hechos o de opiniones tiene, sin embargo, su propia manera de ser, su peculiar naturaleza que lo legitima y que el Derecho —realidad hecha norma, en acertada idea de Pieper— regula singularmente. El principio ordenador del estudio jurídico global de los mensajes es el principio de generalidad —no todo lo comunicable es ética y jurídicamente comunicando—. El principio de generalidad tiene como secuelas el principio de excepcionalidad —al que me referiré más tarde—; y el principio de especialidad o especificidad conforme al cual, como ha quedado apuntado, cada tipo de mensaje es distinto a los demás y merece un estudio y una regulación diferentes.

Ya hemos visto, por ejemplo, que en el escueto enunciado constitucional, al mensaje de hechos se le exige la verdad, que es

su propio constitutivo, y que no se requiere, en cambio, en el mensaje de ideas y en el de opiniones que tienen, cada uno de ellos, sus elementos constitutivos concretos.

Pues bien, a pesar de este principio secuencial y discriminatorio de especificidad, los apartados a) y d) del párrafo 1. del artículo 20., reconocen y protegen un modo preciso y único de ejercitar el derecho a la información. Para los tres arquetipos de mensajes —es decir para todo mensaje— se reconoce que su ejercicio ha de llevarse a cabo "libremente".

Esta forma adverbial de caracterizar el ejercicio del derecho a la información es uno de los temas que, en el fondo, aquí se plantean. Tema que, desde el punto de vista jurídico, tiene que centrarse en la crítica de este término modal o, en otras palabras, en la legitimidad legal, en este caso constitucional, del empleo de la forma adverbial para caracterizar la que se conoce como libertad informativa, libertad de expresión, libertad de prensa, libertad de comunicación, etc. que, aunque admiten matices diferenciadores por razón de los medios, podemos aquí considerar como sinónimas.

El planteamiento y estudio de ésta primera posición del artículo 20. no puede olvidar, por supuesto, que el lugar de estas expresiones adverbiales se encuadra en una sección —la del Capítulo segundo del Título primero— que tiene como rúbrica "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas", especificando la rúbrica del Capítulo que se reduce a "Derechos y libertades". ¿Es la libertad de información una libertad publica constitucional?. Y, en este caso, ¿no merece un enunciado sustantivo y no adverbial cuando de ella se trata? ¿Qué papel jugaría entonces el derecho a la información que el artículo vigésimo reconoce y protege? ¿Cómo se compaginan, en su caso, libertad y derecho? El contraste con la segunda posición del artículo en cuanto a la libertad se refiere, nos ayudará a responder a éstas cuestiones.

La complitud del artículo 20.

El artículo 20. que se encuadra tal como he dicho, no agota la regulación constitucional con respecto al derecho a la información. Primero, porque en la propia Constitución existen otros artículos que, aunque situados en distintos lugares, regulan derechos que son propiamente informativos. Como ejemplos, el 105,b) que establece el principio de transparencia administrativa; o el 46 que asegura el derecho a la documentación, documentación que nadie pone en duda hoy que es un modo de información. En segundo lugar, no por menos importante, porque, constitucionalmente, hay que tener en cuenta varias consideraciones con respecto al precepto que estudiamos, que encauzan la idea de libertad informativa.

A) La *primera* es que la Constitución Española de 1978 no se sitúa como la cúspide de la pirámide kelseniana del ordenamiento jurídico, sino como el conducto que permite la penetración y la interpenetración, en nuestro Derecho interno, de los ordenamientos supranacionales. Recordemos, como ejemplo elocuente y próximo, que España es el único País comunitario que no ha tenido que celebrar un *referéndum* que aprobase nuestra integración en la Comunidad Europea, merced a la previsión que, ya entabladas negociaciones previas, hizo el artículo 93. En esa misma línea de modernidad en que la Constitución se sitúa, el artículo 96. establece que "Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte de su ordenamiento interno". La apelación constitucional a éste Derecho convencional que trasciende las fronteras, coloca a esta fuente del Derecho por encima de las de la legislación interna como lo prueba el que, según el mismo artículo, "Sus disposiciones (de los tratados vigentes como leyes internas) sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional". No conforme al Derecho interno. En el principio de primacía del Derecho comunitario tenemos otro ejemplo evidente.

Y pensemos que el Derecho de la Información es, cada vez más, por imposición de la realidad técnica y jurídica, Derecho supranacional de la Información. Hay, por tanto, mucha materia normativa que excede, o puede exceder, de los supuestos legales acotados por la obligada brevedad textual del artículo 20.

Pero esta adición de fuentes asumidas constitucionalmente por España y que agregan, por tanto, externamente normas a nuestro artículo, se ve reforzada por otra regla de la Constitución que le afecta en su misma entraña.

En efecto, el párrafo 2. del artículo 10, exige un modo de interpretación que permite superar las deficiencias del artículo 20. y le ofrece unos cauces de desarrollo muy fecundos: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

Ni siquiera estos elementos normativo-interpretativos necesitan estar publicados en el "Boletín Oficial del Estado".

El artículo 20. que reconoce un derecho fundamental y garantiza su ejercicio en libertad, o protege la libertad en su ejercicio, necesariamente ha de ser interpretado conforme a tales normas supranacionales.

B) Este mandato constitucional interpretativo nos sitúa ante la *segunda* de las consideraciones que es necesario hacer notar. El artículo 20. comienza su primer párrafo con las palabras "Se reconocen y protegen", referidas a unos derechos que, en conjunto, constituyen, como hemos visto, el derecho a la información. El primero de los verbos empleados significa paladinamente el reconocimiento de un derecho. No concesión o atribución gratuita, sino un reconocimiento de un derecho debido, ya veremos a quien. Este reconocimiento constitucional implica no sólo el de un derecho fundamental, sino el de su existencia anterior y, por tanto, superior a lo que la Constitución diga acerca de él. Si se reconoce

legalmente un derecho preexistente a un sujeto, o a un grupo de sujetos, no puede luego la ley regularlo de manera incongruente con el propio derecho reconocido. Menos todavía para reducir su contenido. El artículo 53., siempre de la Constitución, lo dice bien claro al ordenar que la ley "en todo caso deberá respetar su contenido esencial" y el Tribunal constitucional ha matizado acertadamente, en varias sentencias, qué se entiende por "contenido esencial" y cuando se falta a tal respeto.

La postura de nuestra Constitución, rigurosamente jurídica, hinca sus raíces en la mejor tradición doctrinal de los primeros juristas españoles a los que, con razón, llamamos clásicos. Tradición que no ha estado alejada del pensamiento jurídico moderno, entre nosotros.

Por citar un ejemplo elocuente, la Exposición de Motivos de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, Ley de 27 de Diciembre de 1956, contiene éste párrafo plausible: se "refiere la conformidad o disconformidad del acto genéricamente al Derecho, al Ordenamiento jurídico, por entender que reconducirla simplemente a las leyes, equivale a incurrir en un positivismo superado y olvidar que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad imperante en la naturaleza de las instituciones". Se consideren o no instituciones, según la terminología de las Escuelas, la fecundidad de las normas inmanentes en la naturaleza de los derechos fundamentales es la más elevada que jurídicamente puede concebirse.

El artículo 20., al reconocer el derecho a la información, lo sitúa por encima de su propio texto, lo convierte en norma del ordenamiento y en principio ordenador de las situaciones, relaciones y actos que afecten, directa o indirectamente, a la información como derecho.

Consecuentemente con este reconocimiento, y con lo que llevo dicho acerca de su profunda significación, el artículo 20. "protege" el derecho a la información, una razón sobreabundante para que no

se desvirtúe con su regulación o con la establecida por las leyes que pretendan regularlo. Mucho más cuanto que esta protección está impuesta a los poderes públicos por el párrafo 2 del artículo 9 de la Constitución, según el cual les corresponde: "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". La protección exigida es, pues, consecuentemente debida. Ningún derecho es más necesario para una participación efectiva que el derecho a la información.

C) Decimos —dice la Constitución en el artículo últimamente citado— "todos los ciudadanos", lo que nos pone en la vía de la *tercera* observación. La forma impersonal con que comienza el párrafo 1. del artículo 20.: "Se reconoce", nos advierte la universalidad subjetiva, sin excepción alguna, de ése reconocimiento. El derecho a la información no es patrimonio de una casta privilegiada, ni de unos ciudadanos determinados. Ni siquiera de todos y solos los ciudadanos de un País, en este caso los españoles, porque, conforme a lo dispuesto en los artículos 13. y 14. de la propia Constitución, del derecho a la información son titulares también las personas físicas y jurídicas extranjeras.

Más en concreto, el derecho a la información y, por tanto, su ejercicio libre, no corresponde en exclusiva a los informadores, profesionales o no, ni a las empresas informativas, sino a "toda persona", como reza el artículo 19. de la Declaración de Derechos Humanos de la O.N.U. en sus dos palabras iniciales, por no referirme a otros textos supranacionales del mismo tenor.

El sujeto potencial y actual del derecho a la información es toda persona física y, por extensión, toda persona jurídica, en los que se incluyen, naturalmente, los informadores y las empresas informativas, pero no se reduce a ellas; sino que, con razón, puede estudiarse en el sistema iusinformativo el llamado "sujeto universal de la información".

Estas tres consideraciones tienen trascendencia, como veremos, para la comprensión del concepto de libertad que supone el artículo 20. y, a mayor abundamiento, consolidan el artículo, en su conjunto como un texto que, completado, resulta sistemático y adecuado para regular y proteger el derecho a la información. Y, por tanto, para autodepurar sus antinomias. Lo que la ley y las actuaciones de las personas hagan en contra de su espíritu y de su letra es un problema diferente. El artículo 20. define de manera satisfactoria el deber ser del derecho a la información porque completa sus deficiencias textuales —que las tiene— con la apelación constitucional a las normas supranacionales como directamente aplicables y como principio de interpretación; porque contiene su propia legitimación reconociendo un derecho fundamental al que se subordina y sirve; y, como derecho fundamental, extiende su titularidad a toda persona física o jurídica, sin discriminación de ningún tipo. Toda interpretación, toda aplicación o todo desarrollo legislativo del artículo 20., ha de encuadrarlo en estas premisas; de otra manera, no solo será formalmente anticonstitucional, sino también ilegítimo porque en ellas encuentra nuestro artículo las fuentes de su legitimidad. Conviene tenerlo en cuenta para el razonamiento que sigue.

El truncamiento del artículo 20.

Hemos hablado de un derecho que, ejercitado "libremente", es lo que reconoce y protege el párrafo 1. En el párrafo 4. el legislador constitucional da un giro a los principios que le llevan a reconocer un derecho y plantea un nuevo concepto y una nueva regulación en términos de libertad, no utilizada de modo adverbial, sino sustantivo. Es decir, suplantando al derecho. Este segundo planteamiento obedece claramente a una distinta concepción de la libertad y, en concreto, de la libertad informativa que tiene sus

antecedentes históricos, doctrinales y legales, a los que es necesario referirse.

El conocido libro de Siebert, Peterson y Schramm divide en tres grupos a los países del Mundo en relación con las libertades públicas informativas.

1º) Los países de un modo u otro totalitarios en los que la libertad proclamada en los textos constitucionales no llega a ser siquiera una libertad semántica, ya que el mismo texto la subordina a los intereses del Estado, del partido, de la raza, de la clase, etc. Es decir, en los que no existe libertad.

2º) Los países de tipo anglosajón o liberal extremo que, mostrando una confianza optimista en los informadores y empresas informativas, conceden, al menos semánticamente, una libertad sin límites previos, asumiendo el riesgo de su desviación de la ley; que se repara, en la medida de lo posible, por las sanciones posteriores al acto informativo.

3º) Los países del sistema francés que, más o menos consciente e intencionalmente, han seguido la pauta del artículo 11. de la Declaración francesa de 1789, que, como se sabe, integra todavía la parte dogmática de la Constitución gala. En este tercer grupo se ha incluido a España, dada nuestra historia constitucional. Y se nos podría seguir incluyendo, no solo por la inadecuación con los anteriores grupos, sino por la tendencia consciente o inconscientemente afrancesada de nuestros legisladores que aflora en el párrafo 4. de nuestro artículo.

Un artículo, como el 11. francés, que tanta trascendencia ha tenido y sigue teniendo en la historia y la actualidad constitucional no surge, como casi ninguna norma, y ninguna con trasfondo ideológico, por generación espontánea, sino que tiene unos antecedentes doctrinales y políticos, remotos o inmediatos, que es necesario tener en cuenta.

La lección de la Historia

Una breve referencia a los orígenes de nuestra civilización nos confirmará que la Historia se repite porque las mismas causas generan los mismos efectos.

Se toma tradicionalmente como modelo de libertad de expresión la que existió en la Ciudad-Estado griega de Atenas. Los atenienses deificaron la libertad de expresión y, con su facilidad para inventar nuevos dioses, crearon un conjunto de ellos a los que llamaron dioses *agoraios*, que simbolizaban la libre exposición de ideas y opiniones en el Agora, y encabezaron el colectivo nada menos que con el propio Zeus. Una de las últimas diosas creadas en incorporadas al grupo fue Pethós, diosa de la persuasión. Persuasión que, en éste momento, ya no se justificaba tan solo por la atracción inteligente de la voluntad hacia el bien que el orador exponía, sino también hacia la apariencia de bien que el orador lograba simular al exponerlo. El deificar la falsa seducción nos indica que algo empieza a corromperse en la prístina idea de libertad ática. En efecto, el auténtico culto originario ateniense a la libertad de expresión no mantuvo a lo largo de los siglos la eficacia de tal libertad.

Entre nosotros, las palabras se mantienen incólumes y se va modificando su significado a medida que varía el concepto que expresan. El *logos* griego, que unificaba idea y verbo, impedía esta flexibilidad: el cambio o la evolución de un concepto comportaba automáticamente un término nuevo. Desde la época en la que, en otro lugar, he llamado libertad ingénua del Mundo clásico, hasta comienzos del siglo IV antes de Cristo, los atenienses utilizan sucesivamente cuatro palabras o frases diferentes para designar la cambiante libertad de palabra: *isegoría*, *parrhesía*, *eleutherosstomoi glosai* y *exousía tou legein*. La última de ellas significa literalmente "permiso para la libertad de expresión" y se emplea a partir del momento en que los órganos de gobierno de Atenas *politizan*

artificialmente una libertad que, en su origen, habría parecido tan natural como el hablar.

En cuanto aparece la libertad como algo concedido, se limita arbitrariamente y es entonces cuando se prohíbe a Sócrates enseñar a la juventud los principios básicos de su filosofía fundada, contra los sofistas, en el razonamiento lógico. Espíritu libre el de Sócrates, siguió exponiendo libremente sus ideas incluso durante el proceso que terminó con su condena a beber la cicuta. Como afirma Stone, por citar un autor poco partidario del maestro de Platón, "Procesando a Sócrates, Atenas no fue fiel a sí misma. La paradoja y la vergüenza del juicio de Sócrates es que una ciudad famosa por la libertad de palabra procesara a un filósofo culpándole de ejercitarla".

Otros contemporáneos de esta equivocada versión de la libertad, como Anaxágoras, Diágoras y Protágoras salvaron sus vidas de diversas maneras, pero vieron sus escritos destruidos o quemados. Dodds afirma que, en tal momento histórico, se produce en Atenas una auténtica "caza de brujas" de los pensadores progresistas de la época.

El inconsistente concepto de la libertad de expresión, no como algo natural, sino como algo concedido, desaparece en Atenas, afortunadamente para la *Polis*, cuando las circunstancias políticas cambian, unas docenas de años después. Casi un siglo más tarde de la muerte de Sócrates, Aristóteles razona la libertad de expresión fundada en la misma naturaleza locuente y comunicativa del hombre. El volver a ésta idea virgen de la libertad de expresión valió a la ciudad del Atica su brillo como capital cultural no solo de Grecia, sino de todo el Imperio Romano hasta el siglo VI de nuestra Era.

Cuando Milton escribió su *Aeropagitica*, la primera defensa de la libertad de expresión públicamente expresada en plena Ilustración, en el Prefacio de su discurso al Parlamento inglés, avala su valiente posición con dos versos griegos de una comedia de Eurípides titulada "Los suplicantes": "Esta es la verdadera libertad,

cuando los hombres que han nacido libres, queriendo dirigirse al pueblo, pueden hablar *libremente*".

Como se sabe, la argumentación miltoniana produce un efecto sorprendente: los ingleses no renuevan el Estatuto de censura cuya vigencia terminaba –y terminó– en 1695. La fuerza desencadenante de éste acontecimiento fue decisiva en el siglo siguiente.

La Revolución bicentenaria.

El racionalismo de los siglos XVII y XVIII, enfrentado al Despotismo Ilustrado, encuentra como solución una idea de la libertad. El hombre es la medida de todas las cosas, la razón humana tiende a ser operativa y ha de romper para ello las estructuras cerradas del Antiguo Régimen y vencer el cerco de hierro con que el poder despótico impide la actuación del individuo. Esta idea de libertad alumbrará el camino hacia la Revolución. La carencia política de libertades se ha de resolver limitando los poderes del Estado y dejando a los individuos, en la misma medida, un campo de actuación al que se le llama libertad. La libertad se convierte así en la idea-fuerza que, olvidándose de planteamientos jurídicos, se inscribe en un ámbito político.

El impulso político revolucionario que favoreció a largo plazo indudablemente los derechos humanos, inconscientemente para sus protagonistas, borró en aquel momento de las mentes de sus autores, los perfiles jurídicos de la realidad para considerarlos bajo la perspectiva política y denominarlos libertades. Pero estamos en la Revolución y las libertades las otorga, o se las otorga, el pueblo. Es decir, el titular del poder. Cuando la Revolución se desvirtúa y se convierte en terror, es el tirano que tiene el poder el que sigue concediendo la libertad. Pero el que concede algo puede restringir o limitar lo concedido, e incluso, anularlo.

La libertad revolucionaria que, por su eco demagógico, fue izada como enseña democrática, llevaba en su seno el germen de su

debilidad: fue frágil y se frustró rápidamente en virtud de una lógica inmanente. Si el poder no es capaz de restringir el libre albedrío y la libertad interna del hombre, sí lo es, como concedente, de cercenar las libertades públicas que trascienden al exterior. Y la que, por naturaleza, más trasciende es la libertad de comunicación. La Historia nos muestra que todo proceso revolucionario, que ha comenzado con la invocación de la libertad, ha terminado con la eliminación de las libertades. Sobre todo la de información que es la más molesta a cualquier totalitarismo que, en todo caso, se autojustifica pretendidamente en una llamada Revolución, sea del tipo que sea.

Hay dos pruebas irrefutables de la insuficiencia de la libertad así entendida. Una, en Francia, el País de la libertad, y en el siglo XIX, el siglo de las libertades, aparecen todas las restricciones conocidas a la libertad de información, excepto la censura que fue con lo que, en definitiva, quiso acabar el artículo 11. de 1789 aunque sin conseguirlo de modo eficaz y continuo. Otra, si se estudian atentamente los textos legales comparados, junto a la palabra "libertad" aparece siempre la palabra "limitación". Así ocurría con el justamente denostado artículo 2º de la Ley de Prensa de 1966. Y así ocurre con el párrafo 4. del artículo 20. de la Constitución que, si no en la letra, tanto se parece en espíritu a aquel texto que, a fin de cuentas, tenía la razón de su injusticia, no en el enunciado teórico del artículo mismo, sino en el artículo 67. de la propia Ley que lo convertía en norma sancionadora.

El artículo 11. francés

Con estos antecedentes, el artículo 11. de la declaración de 1789, de la que el año pasado se cumplieron dos siglos, describe más que ordena: "La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre; todo ciudadano puede, en consecuencia, hablar, escribir e imprimir

libremente, sin perjuicio de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley"

Dejando aparte críticas superficiales y episódicas de que el artículo ha sido objeto desde sus dos flancos, es conveniente ver sus claroscuros. La doctrina, incluso liberal, se ha mostrado escéptica en cuanto a la eficacia del texto desde el momento en que en él se concede una libertad simple o expectante, que se reduce a la prohibición de su negación. Sin embargo, es justo reconocer que el gran paso histórico que da el artículo es la prohibición de la censura, tuviera o no eficacia plena en el futuro. Otros autores han objetado que no hay diferencia entre libertad y licencia: el abuso de la libertad es el precio por la libertad misma. Lo que pone de relieve la arena movediza en que se asienta el concepto de libertad que late en el artículo.

La objeción más consistente es la de que la libertad enunciada en el artículo 11. se convierte en poder en manos del poderoso. Para el que no lo es, queda reducida a una simple libertad formal. En este argumento incidió la crítica marxista. Lenin decía que la libertad de prensa de la Revolución francesa la tienen solamente los capitalistas de las imprentas y del papel. El desarrollo histórico de los medios ha dado la razón a estas reservas.

El mayor defecto o peligro del artículo ha sido, empero, poco subrayado. En la discusión asamblearia del texto hubo acuerdo respecto de la primera proclamación: la libre expresión es un derecho. No así respecto de la segunda, con lo que el retoque introducido en ella la dislocó de la primera. La libertad de comunicar sin censura previa asustó a los mismos revolucionarios quienes añadieron la responsabilidad por el abuso de la libertad, pero "en los casos determinados por la Ley".

Con esta remisión, dejaron abierto el portillo de las limitaciones: en último término, el ámbito de la libertad se deja en manos del poder que puede llegar a negarla. No tardó en ocurrir. Chenier y Lavoisier fueron guillotinado en aras de esta libertad falseada; Condorcet prefirió suicidarse en la mazmorra.

En definitiva, el artículo 11. que influyó en todas las Constituciones decimonónicas españolas, concedía una libertad a nivel constitucional que, a nivel constitucional, se reservaba el limitarla. Ya hemos visto cómo se limitó en Francia. La historia legislativa del siglo XIX español, más o menos a remolque de las medidas vitandas que inventaban los franceses, lo confirma en España. A fuer de sincera, la Constitución de 1812 comenzó por sacar las consecuencias y, en su artículo 371, proclamó la libertad de prensa *"bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes"*.

La época de los Derechos Humanos

Habrà de pasar siglo y medio para que los sufrimientos de los hombres bajo el absolutismo, el totalitarismo y el autoritarismo hiciera madurar en las mentes de unas figuras señeras que los hombres —cada hombre y todos los hombres, sin excepción— son titulares de unos derechos por nadie concedidos que, partiendo de un derecho evidente —el derecho a la vida—, van deduciéndose lógicamente unos de otros a medida que el hombre los necesita existencialmente para su plena realización. Por eso su enumeración no es exhaustiva, sino abierta. Entre estos derechos deducidos hay uno que conecta la dimensión personal y la social del hombre: es el derecho a la información. El artículo 11. de 1789 no lo tiene en cuenta porque no lo puede tener. Fue la Declaración de Derechos Humanos de la O.N.U. de 10 de Diciembre de 1948 la que lo proclamó por primera vez en su artículo 19. y en otros, como el 27., concomitantes con él. Desde el campo informativo, ha habido que celebrar el año 1989 el bicentenario de una loable intención, la desaparición de la censura, más que el de una definitiva conquista de la civilización, que no se dará hasta 1948.

El perfil moderno de la libertad

La localización crítico-histórica del artículo 11. quedaría incompleta si no advirtiéramos que la palabra libertad ha tenido distintos significados a través de la historia y de las diversas tendencias ideológicas.

Ya hemos visto que, según las épocas, la idea de libertad varió para los griegos; lo mismo podríamos advertir para los romanos, para los renacentistas, para los ilustrados y para los revolucionarios. Hoy mismo no es homologable la de un liberal y la de un marxista.

La consolidación de los derechos humanos en la firme roca de lo jurídico, como derechos innatos, permite ya dibujar un perfil moderno y nítido de libertad.

La libertad es, como la información, objeto de un derecho humano. El hombre tiene derecho a la libertad. No a una libertad formal, sin sustancia, ni eficacia, artificiosa o convencional, semántica o hueca, sino a una libertad radical que compete al hombre como dueño y responsable de sus actos privados o públicos. La posición central de esta libertad en la vida de la persona, que hemos visto subyacer en el párrafo 2 del artículo 9., hace que el derecho a la libertad se proyecte en todos los demás derechos. Si la vida es indispensable para el ejercicio de cada uno de los derechos, lo es también la libertad. Los derechos se ejercen vitalmente: su ejercicio es la suprema prueba de una vida plena. Los derechos se ejercitan *libremente*, y la falta de libertad en su ejercicio supone su negación o su limitación externa. La libertad es como la infraestructura de todos los derechos humanos. Como aquello que, igual que la vida, todos tienen de común. La libertad, porque es un derecho estructuralmente ligado a la personalidad, referida a los otros derechos fundamentales, no es otra cosa que el modo de ejercitar tales derechos para que este ejercicio sea eficaz. En nuestro caso, si no soy libre para ejercitar el derecho a la información, no lo estoy realizando. Estaré, como mucho, difun-

diendo una apariencia de información que, en el orden de las causas, está totalmente vacía.

Ahora bien, si es necesaria la libertad para la eficacia del derecho, es necesario el derecho para que pueda hablarse de libertad. La oposición libertad-libertinaje no es más que una manera intuitiva de confeccionar una frase antinómica; pero no señala los límites entre una y otro. El libertinaje solamente puede entenderse como el ejercicio antijurídico de la libertad. No estamos ante el abuso de una libertad cuyos límites señala artificiosamente la ley positiva, como preverá el artículo francés, sino ante un uso disconforme con el derecho mismo al que la libertad sirve de sustrato modal.

La libertad de información es el modo de ejercitar el derecho a la información. Su formulación gramatical en la ley positiva toma, en consecuencia, la forma de adverbio de modo.

Puede quedar la duda de que esta consideración adverbial reste fuerza e importancia a la idea de libertad. Por el contrario, la potencia. En primer lugar porque, como hemos visto, sitúa a la libertad en el lugar preeminente de derecho común que está en la base del ejercicio de todos los derechos.

En segundo término porque, unida modalmente a cada uno de ellos, adquiere, además de la fuerza genérica de todo derecho humano, la específica que le da la razón de ser del derecho a que contribuye a realizar. Así entendida, la libertad, desde el punto de vista jurídico, tiene una potencia humana de la que carece en el campo político, o en la idea revolucionaria francesa, o en la positivista. La libertad, derecho sustantivo, es el modo libre o la manera de ejercitar libremente todo derecho humano. La libertad informativa es el modo libre o la manera de ejercitar libremente el derecho a la información. Así en la declaración de la O.N.U. de 1948 y así en el párrafo 1 del artículo 20 de nuestra Constitución.

Desde esta noción, la libertad es tan ilimitable como el derecho al que sirve de base. Los derechos humanos se legitiman por sí mismos de tal manera que no pueden ser limitados. La limitación

es algo que procede de fuera: las diversas acepciones que da del vocablo el Diccionario de la Real Academia coinciden en esta nota común. Los derechos fundamentales tienen su propia estructura en función de su naturaleza o razón de ser. Lo que sea contrario a esta naturaleza es antijurídico. No se puede hablar, por ejemplo, de derecho a la noticia falsa porque la falsedad priva a la noticia de su naturaleza y, por tanto, de ser objeto del derecho a la información.

Otra cosa es que los derechos fundamentales han de coordinarse con los demás derechos también fundamentales, y sólo con ellos, lo que produce excepciones –no limitaciones– en su ejercicio. La distinción no es meramente terminológica. La excepción no viene de fuera, sino que es la consecuencia de la generalidad de difusión de los mensajes conforme a la naturaleza o realidad de los mismos. La información cede, por ejemplo, ante la intimidad porque el primero es un derecho relacional y, por tanto, periférico de la personalidad, en tanto que la intimidad forma parte de la personalidad misma. O cede, como otro ejemplo, ante el derecho a la paz, porque la falta de paz es, ni más ni menos, la incomunicación. Estas excepciones afectan en igual medida a la libertad. Pero esta afección se funda en la sustancia del mismo derecho; de ninguna manera en su poder externo que limite lo ilimitable.

Si recordamos que el párrafo 1 del artículo 20. reconoce un derecho supraconstitucional, anterior y superior a la propia Constitución, la libertad, en su sentido adverbial, no adquiere la naturaleza de tal derecho, pero sigue su suerte porque le es imprescindible para su eficacia.

Las sucesivas redacciones del artículo 20. fueron modulando el texto del párrafo 1 que, con imperfecciones de detalle, deja bien encauzados constitucionalmente el derecho y la libertad de información.

El párrafo 4 del artículo 20.

Pero los redactores de la Constitución, al llegar a su párrafo 4, se olvidaron de su propio acierto y elaboraron un texto incongruente con el 1. Dejaron de hablar de "derechos" y se refirieron a "libertades", haciendo retroceder en 190 años el progreso jurídico.

Al párrafo hay que oponerle, en primer lugar, la introducción fatal de la idea de "limitación" que, según hemos visto, se da indefectiblemente unida a la idea de libertad concedida. La cuestión no es banal: la limitación puede producirse, según el párrafo, por una ley reguladora, con lo que hemos caído en el gran defecto del artículo 11. de 1789 que ya ha sido puesto de relieve. Ha resurgido la idea de que el poder limita y el poder sustrae libertad porque es el poder el que ha positivado su atribución. En último extremo, un concepto político de libertad.

A la denuncia de este peligro de limitación se le pueden oponer dos objeciones, que hay que rebatir. La primera es relativa. Podría argumentarse que los derechos fundamentales y libertades públicas han de regularse por una Ley Orgánica, según preceptivamente ordena el artículo 89. de la Constitución. Y la Ley Orgánica ofrece, por sus *quorums*, mayores garantías frente al abuso del poder. Pero poder es el Poder Legislativo representado en las Cortes Generales, sea del Partido o la tendencia ideológica que sean sus componentes. Además, entre nosotros esa objeción carece de fuerza desde el momento en que, para el derecho a la información, no se ha legislado siempre por Ley Orgánica, comenzando cronológicamente por el Estatuto de la RTV, aprobado por la ley ordinaria 4/83 de 10 de Enero, tachado como anticonstitucional por la doctrina, pero aceptado por los Partidos. Desgraciadamente, casos idénticos se han producido hasta el momento de redactar estos párrafos.

La segunda es que la ley, como hemos dicho, "ha de respetar su contenido esencial", conforme al constitucional artículo 53. Pero esto es lo que dice la Constitución, no lo que, en la realidad, ha

ocurrido. Ejemplos hay bastantes, especialmente en el campo audiovisual; pero voy a referirme al más general y sangrante entre ellos. La gran conquista de la Revolución francesa fue la eliminación de la censura previa, siguiendo el ejemplo inglés y extendiéndose a otros ordenamientos, como el español. El artículo 20. se considera heredero de la tradición revolucionaria, a la vez que es consecuente con el derecho a la información, cuando en su párrafo 2. sienta tajantemente: "El ejercicio de *estos derechos* no puede restringirse mediante *ningún tipo* de censura previa". Estamos todavía en la idea jurídica del artículo y la prohibición es radical. En efecto, las primeras leyes posteriores a 1978 observaron rigurosamente la prohibición. Ni siquiera en la situación más extrema posible, la del estado de sitio, se permitió el establecimiento de censura, aunque sí otras medidas discutibles, conforme a la Ley Orgánica 4/81 de 1 de Junio que regula los estados de alarma, excepción y sitio.

Este fervor anticensura, respetuoso con la prohibición constitucional rotunda y que va, a la vez, en las líneas ortodoxas de la libertad y del derecho humano a la información, ha sufrido, al menos, dos quiebras legales en dos leyes recientes:

a) La Ley 16/88 de 29 de Julio, de disciplina e intervención de las Entidades de crédito que viene a consagrar legalmente un uso censorio que la autoridad monetaria no había dejado de ejercer de hecho después de la Constitución, basándose en meras disposiciones reglamentarias de bajo rango, promulgadas en el Régimen anterior, para cierto tipo de entidades. La Ley generaliza la censura hasta para aquellas que, por estatuto legal, estaban exentas de ella.

b) La Ley General de Publicidad, Ley ordinaria, 34/88 de 11 de Noviembre, que establece una novedad censoria en la información publicitaria que carece de antecedentes en España. Y no se diga que la medida se establece en pro de la protección de los consumidores porque, además de que no se extiende a toda la publicidad y que se deja al arbitrio de la Administración, la protección ha de conseguirse adelantándose a la de los receptores de información, en

general, y esto se consigue a través de las medidas *a posteriori* de la difusión. Como ocurría en el Estatuto de la Publicidad, cuya Ley aprobatoria lleva fecha de 1964.

Si, incluso, cuando una tajante prohibición constitucional que viene a preservar el contenido esencial del derecho, se escamotea legalmente de este modo, no puede haber seguridad alguna de que no se altere el contenido esencial del derecho en el supuesto de que éste tenga solamente como garantía su naturaleza, más o menos definida por la doctrina y por la jurisprudencia.

La solución jurídica

La incompatibilidad fundamental entre los párrafos 1 y 4 del artículo 20. ha de resolverse claramente en favor del párrafo 1. El desafortunado párrafo 4 solamente tendría de aprovechable su proclamación del respeto a los demás derechos fundamentales, especialmente a algunos de ellos. Pero esta proclamación es innecesaria pues, aparte de que el derecho a la información prevalece sobre algunos derechos fundamentales como el de propiedad, en la entraña de todo derecho fundamental late el principio de que ha de coordinarse con los demás derechos fundamentales y solo con ellos, conforme a otros principios, derivados de aquél, que establecen, en cada caso, las preeminencias de un derecho sobre otro y que en la doctrina están claros. Si no lo están tanto en la jurisprudencia se debe a un deficiente planteamiento de las controversias ante los Tribunales, incluso el Constitucional; o a la utilización de términos análogos como equivalentes: así, intimidad y vida privada; o fama y honor.

Además, según la concepción isquémica de la libertad del párrafo 4, solamente puede tener libertad de información aquel que informa. Es decir, solamente servirá a informadores y empresas informativas en los que está pensando exclusivamente el legislador; en modo alguno a los restantes sujetos del derecho a la información

que ya vimos que es universal, por naturaleza y en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1.

A mayor abundamiento, la universalidad del derecho a la información no se refiere tan sólo a sus titulares, sino también a las facultades que integran su contenido y que, en su enumeración exhaustiva, la del artículo 19 de la Declaración de 1948, son tres: facultad de investigar, facultad de recibir y facultad de difundir la información. La facultad de recibir, los ciudadanos no profesionales la ejercitan continuamente

Quizá la ejercitan menos en la facultad de no recibir o seleccionar libremente lo que reciben sumergidos, sin criterio, en la que se ha llamado infopolución. En todo caso, es la facultad que menos cuestiones plantea aparentemente en su ejercicio.

Son más problemáticas las facultades de investigar y de difundir. El hombre de la calle, el ciudadano corriente, no investiga normalmente información, porque no sabe. Y menos todavía la difunde porque ni sabe, ni puede. Es cierto que, desde 1948, se han abierto posibilidades fácticas y jurídicas a los ciudadanos para que investiguen y difundan por sí mismos.

Posibilidades tales que, a veces, se han canalizado legalmente y cuyo estudio ocupa una parte, cada vez más densa, del sistema científico docente del Derecho de la Información. Pero esto no basta. Las tres facultades han de ejercitarse o poderse ejercitar plena y libremente en cualquier momento, en todo momento. No hay que pensar que las Declaraciones supranacionales y los Textos constitucionales reconocen un derecho cuyo contenido está integrado por unas facultades inexistentes o quiméricas. Menos todavía, que defraudan irónica y cruelmente a los hombres.

El problema no es tal si se piensa que, en la información, como en las demás profesiones y organizaciones, existe una delegación o mandato tácito del público, del pueblo, en aquellas personas a las que la sociedad ha formado para que desempeñen la profesión con competencia o en aquellas organizaciones a las que se ha dotado de medios para realizar los derechos de aquellos a los que faltan

elementos para llevarlos a cabo. La delegación tácita del público en los profesionales y empresas informativas no la discute hoy nadie científicamente.

De donde se deduce que el derecho a la información de profesionales y empresas es el medio jurídico necesario y suficiente para que puedan cumplir el deber de informar. Es en función del derecho del sujeto universal por el que se pone en forma y se difunde la comunicación social con el algo que es el mensaje.

El informador, por ejemplo, no debe mentir. Esta proposición que se encuentra en todos los Códigos de ética profesional informativa, no implica una limitación de la libertad de informar, sino la consecuencia de que el modo libre no puede utilizarse en contra del derecho a la información al que modula. La misma Constitución hemos visto que exige, en el derecho a la noticia, que el hecho sea verdadero. La violencia, la pornografía o el terrorismo no constituyen verdaderos mensajes porque van contra el constitutivo esencial de la comunicación ideológica y, por tanto, contra el derecho a la información.

El reciente proyecto de Directiva sobre la TV sin fronteras de la Comunidad europea lo ha puesto paladinamente de manifiesto. No se puede decir que existe libertad para comunicar pseudomensajes desinformadores. La libertad del que tiene el deber, la función o el poder de informar es la manera de ejercitar y satisfacer el derecho a la información. En idea feliz, Nieto Tamargo ha afirmado que el poder de informar es el poder de servir.

Conclusión

Conviven, en el momento actual, dos concepciones diferentes de la libertad informativa. Una positivista, de trasfondo político, conforme a la cual la libertad la concede el poder y, en consecuencia, el poder que la concede la puede limitar o aun negar. En algunas Declaraciones de derechos y en ciertas Constituciones

aparece la concesión de libertad en forma gramatical sustantiva y en el propio texto se confiere a los poderes públicos la potestad de restringirla. Lo que se traduce en la libertad del fuerte, del que sabe y puede utilizar los medios de comunicación, que no tiene en cuenta el sujeto universal de la información. Ofrece la paradoja de que el poder la puede limitar artificialmente; pero, en tanto esta limitación, más o menos arbitraria, no se produce, se invoca para justificar cualquier desmán o irregularidad informativa, también arbitraria.

Frente a ella se alza modernamente una concepción naturalista, fundamentada en la existencia de un derecho reconocido, anterior a la norma positiva y superior a ella. La libertad informativa es así la manera de ejercitar el derecho a la información o de hacer efectivo el derecho libremente. Unida modalmente al derecho, adquiere la consistencia natural de este: no es limitable por poderes externos, ni siquiera por el poder público que no ha podido más que reconocer, no conceder, el derecho a la información e incorporarlo al ordenamiento jurídico. Tal derecho tiene su propia estructura interna, que la libertad ha de respetar; y ha de coordinarse con los demás derechos humanos o naturales sobre los que en unos casos prevalecerá y en otros sufrirá una elisión o excepción, que afectará también a la libertad.

En conclusión, la idea trabajosa y definitivamente conquistada por el hombre para determinar el ámbito existencial de su actuación no es la de la libertad, sino la del derecho, incluido el derecho a la libertad. Así también en el campo de la información. No se olvide que, en concreto, el *ius communicationis* fue ya enunciado, definido y perfilado, en el siglo XVI por dos españoles: Francisco de Vitoria y Juan Luis Vives. Los derechos existenciales, derechos humanos o derechos fundamentales, como el derecho a la información, dejarían de serlo si no pudiesen ejercitarse libremente. De esa manera, la libertad sigue la suerte del derecho fundamental en toda su gravedad e ilimitabilidad. La libertad es el único modo de ejercitar el derecho. En otras palabras, tiene un significado adver-

bial con respecto al significado sustantivo de derecho. He aquí el acierto de nuestra Constitución al reconocer el derecho a la información y al reconocer que ha de ejercitarse "libremente".

El sentido de las libertades publicas informativas en España encuentra su servidumbre y su grandeza en esta forma adverbial.