

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL, PROCESAL E  
HISTORIA DEL DERECHO



**Imparcialidad, Libertad de  
Expresión  
y Derecho Penal  
Tomo I**



Tesis doctoral elaborada por  
M<sup>a</sup> Isabel Valdecabres Ortiz

Director: Dr. D. Tomás Salvador Vives Antón  
Catedrático de Derecho Penal

MADRID, 2002



---

 IMPARCIALIDAD, LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO PENAL

## SUMARIO

<b>ABREVIATURAS.....</b>	<b>9</b>
<b>INTRODUCCIÓN GENERAL.....</b>	<b>13</b>
I. Delimitación del objeto de estudio.....	13
II. Estructura y método.....	29
<b>CAPÍTULO PRIMERO:</b>	
<b>JURISDICCIÓN, IMPARCIALIDAD Y JUICIO JUSTO EN EL ÁMBITO</b>	
<b>PENAL .....</b>	<b>37</b>
I. Consideraciones previas.....	37
II. Las fuentes que conforman la concepción del juicio justo respecto al proceso penal.....	45
III. La doctrina constitucional norteamericana sobre el juicio justo: la cláusula del “due process of law” y el derecho al “fair trial”; su influencia sobre los principios constitucionales de nuestro proceso penal.....	48
IV. La conformación del proceso penal en nuestro país: los precedentes inmediatos.....	64
V. El juicio justo respecto al proceso penal desde la perspectiva de los principios constitucionales vigentes.....	78
1. Punto de partida previo.....	78
2. Las garantías constitucionales del juicio justo.....	88
VI. La imparcialidad como nota esencial del juicio justo.....	95
1. Las bases del sistema penal constitucional: la Ley, el juez y el proceso.....	95
2. Estructura del proceso y teorías de la verdad.....	97
3. El proceso como cauce de ejercicio y control del <i>ius puniendi</i> estatal. El juez como titular de la jurisdicción.....	101
4. Algunas cuestiones preliminares sobre la idea de imparcialidad judicial.....	106
A. Un concepto difícil de analizar.....	106
B. Marco legal y jurisprudencial.....	107
C. Un concepto polémico.....	115
D. Los valores en juego: la preeminencia del Derecho, la tutela del ordenamiento jurídico, la auctoritas del poder judicial y la necesidad de contar con la confianza de los ciudadanos.....	122
5. Garantías “institucionales” de imparcialidad: independencia judicial y predeterminación legal del juez.....	128
A. La independencia judicial.....	128
a) Concepto y alcance.....	128
b) Independencia e imparcialidad.....	136

B. Predeterminación legal de la jurisdicción y la competencia de jueces y tribunales.....	140
6. Garantías relativas al titular de la potestad jurisdiccional. El juez imparcial.....	145
A. La ajenación del juez como exigencia de la actuación imparcial.....	145
B. La configuración del litigio en el proceso penal.....	147
C. Las denominadas perspectivas “objetiva y subjetiva” de la imparcialidad del juez.....	150
a) Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	150
b) Tribunal Constitucional.....	153
D. Imparcialidad y prejuicios.....	157
E. Exigencias personales y procesales de la imparcialidad del juez.....	163
a) Exigencias personales de la imparcialidad del juez.....	163
b) Exigencias procesales de la imparcialidad del juez.....	164
a’) Sin acusación no hay juicio.....	165
b’) El juez no puede acusar ni auxiliar a quien acusa.....	165
c’) El juez no puede aportar prueba al proceso.....	168
d’) El juez no puede haber investigado el hecho enjuiciado.....	170
i) La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	171
ii) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	173
iii) Conclusiones.....	175
e’) El juez no puede haber tomado partido públicamente por una de las partes antes del juicio, ni tan siquiera cuando lo hace en ejercicio de la jurisdicción.....	176
VI. Conclusiones.....	179

## **CAPÍTULO SEGUNDO:**

### **LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ COMO BIEN JURÍDICO. ANÁLISIS DE LOS RIESGOS GENERADOS POR LA ACTIVIDAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.....**

I. La imparcialidad del juez como bien jurídico.....	185
1. Introducción.....	185
2. Concepto y función del bien jurídico.....	188
A. Conceptos teleológico-formal y material de bien jurídico.....	188
B. De la protección de bienes jurídicos a la prevención de daños sociales. El cambio de perspectiva respecto de los fines de la intervención penal.....	191
C. La concepción constitucional del bien jurídico.....	202
D. Conclusiones y toma de posición: la teoría procedimental del bien jurídico.....	206
3. Derechos fundamentales y bienes jurídicos penales.....	217
II. Incidencia de la actividad informativa sobre la imparcialidad del juez penal.....	225
1. Lesiones generadas a la imparcialidad del juez penal por la actividad informativa.....	225
A. Introducción sobre las fuentes empleadas en este análisis.....	225
B. Tipos de conductas que inciden sobre los procesos.....	228

2. Valoración de la gravedad de la lesión para la imparcialidad del juez según la clase de conducta realizada.....	239
A. Problemas derivados del acceso de los medios de comunicación a las fuentes de información de los asuntos judiciales .....	239
a) Durante la instrucción del sumario.....	242
b) Durante la fase de juicio oral o con posterioridad a la sentencia .....	246
B. Publicidad perjudicial acerca de los hechos investigados o de las personas acusadas de los mismos durante la vigencia del proceso.....	255
C. Críticas y presiones a las partes, testigos, peritos, abogados, fiscales, jurados o jueces.....	271
III.El derecho fundamental a la imparcialidad del juez como bien digno de protección.....	294
IV.Conclusiones .....	306

### **CAPÍTULO TERCERO:**

#### **LA INCIDENCIA GENÉRICA DE LA LEY SOBRE LOS DERECHOS**

<b>FUNDAMENTALES .....</b>	<b>309</b>
I. Presupuestos y exigencias constitucionales de la incidencia legal sobre un derecho fundamental .....	309
1. Introducción.....	309
2. Presupuestos constitucionales de la intervención legislativa: la Constitución y el legislador de los derechos fundamentales.....	314
A. Legislar sobre derechos fundamentales .....	314
B. El cambio de función de la ley en el sistema constitucional de los derechos fundamentales .....	315
C. La resistencia material de los derechos fundamentales .....	319
D. El espacio de libertad del legislador de los derechos fundamentales .....	322
E. Diversos modos de afectación de la ley a los derechos fundamentales .....	327
3. La reserva de ley como habilitación de intervención. Su contenido: desarrollar y regular el ejercicio de los derechos fundamentales (arts. 53.1 y 81.1 CE).....	329
A. La tesis de Ignacio de Otto.....	329
B. El desarrollo negativo de los derechos fundamentales: la posición de Tomás S. Vives Antón .....	335
4. El contenido de los derechos fundamentales. Diversas concepciones doctrinales. Su incidencia en la determinación del método de análisis .....	340
A. Las distintas dogmáticas de los derechos fundamentales .....	340
B. El doble carácter de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional .....	348
C. Reglas para la interpretación de los derechos fundamentales.....	355
D. Limitación y delimitación. Colisión y articulación.....	360
E. El contenido esencial de los derechos fundamentales como límite de la actuación legislativa sobre los mismos .....	366

II. Las libertades de expresión y de información como derechos fundamentales resistentes a la pretensión de tutela de la imparcialidad .....	368
1. Introducción.....	368
2. Fundamento de las libertades de expresión y de información: la dignidad de la persona.....	371
3. Inserción de estas libertades en el sistema constitucional. De la perspectiva del fundamento al de las funciones .....	379
A. Concepción liberal norteamericana de la libertad de expresión como derecho individual y libertad política.....	379
B. La función ilustradora de la libertad de expresión: el mercado libre de las ideas .....	394
C. La progresiva autonomía de la libertad de información por medios de difusión para la función democrática de la libertad de expresión. La garantía institucional de la opinión pública.....	402
4. Toma de posición sobre el fundamento de estas libertades.....	407
5. Las libertades de expresión y de información como derechos fundamentales en la Constitución Española.....	413
A. Enunciado normativo de las libertades de expresión y de información: CE, DUDH, CEDH, PIDCP.....	413
B. Su reconocimiento como derechos fundamentales: la doble naturaleza o dimensión de las libertades de expresión e información .....	422
C. Contenido y límites de los derechos a las libertades de expresión y de información.....	430
a) Interpretación del contenido de estos derechos y de sus límites. La falacia de la posición preferente frente a los demás derechos.....	430
b) Titularidad.....	440
c) Objeto: pensamientos, ideas, opiniones y hechos. Libertad de expresión y libertad de información, criterios diferenciales.....	443
d) Límites y fronteras. El contenido constitucionalmente posible y el contenido esencial.....	449
6. Contenido constitucional del derecho y ejercicio legítimo: valoración de las conductas que ponen en riesgo la imparcialidad .....	462

#### **CAPÍTULO CUARTO:**

<b>REQUISITOS DE LA TUTELA PENAL DE LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ .....</b>	<b>475</b>
I. Introducción .....	475
II. Legalidad y Proporcionalidad: consideraciones generales .....	478
III.El principio de legalidad: necesidad de ley orgánica.....	488
IV.El principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso: Adecuación a fin, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.....	500
1. Adecuación al fin de tutela de un bien jurídico digno, necesitado y susceptible de protección .....	500
2. Necesidad de la tutela penal de la imparcialidad. El principio de mínima intervención .....	522

A. Exigencias derivadas del carácter fragmentario del Derecho penal: la tutela se proyecta contra los ataques más graves a la imparcialidad.....	524
B. Exigencias derivadas del principio de subsidiariedad: No hay medidas alternativas de tutela menos gravosas:.....	527
a) La tutela jurídica de la imparcialidad en España: características generales del sistema.....	527
b) Análisis de las medidas legales de tutela de la imparcialidad vigentes en nuestro sistema.....	530
a') El secreto sumarial.....	530
b') Las actuaciones correctoras del juez como policía de estrados.....	537
c') El secreto de las deliberaciones.....	539
d') Los delitos contra la Administración de Justicia del Código Penal y otras infracciones penales vinculadas con la imparcialidad del juez.....	542
i) Prevaricación.....	549
ii) Obstrucción a la justicia.....	558
iii) Revelación de secreto del sumario.....	567
iv) Calumnias, injurias y amenazas a determinados Organismos. Especial referencia al desacato.....	575
v) Atentado a la independencia de Jueces y Magistrados.....	584
vi) Atentados.....	590
e') La tutela procesal ordinaria de la imparcialidad: la abstención y la recusación de jueces y magistrados.....	594
f') El amparo constitucional por vulneración del derecho a un juez imparcial.....	603
g') Especial referencia a la imparcialidad del Jurado.....	608
h') El amparo ante el Consejo General del Poder Judicial.....	616
i') La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.....	622
j') Excurso: La presunción de inocencia y su relación con la libertad de expresión. El honor como cauce de tutela de la presunción de inocencia impropia.....	633
i) El derecho fundamental a la presunción de inocencia.....	633
ii) La tutela de la presunción de inocencia impropia a través del honor: Delimitación de supuestos relevantes.....	636
iii) La problemática tutela penal del honor.....	644
3. Proporcionalidad en sentido estricto.....	663
V. Conclusiones.....	674

## **CAPÍTULO QUINTO:**

### **SISTEMAS DE TUTELA PENAL DE LA IMPARCIALIDAD..... 679**

I. Consideraciones sobre algunos modelos de tutela penal de la imparcialidad frente a los medios de comunicación en otros ordenamientos.....	679
1. Europa.....	680
A. Gran Bretaña.....	680

a) La libertad de expresión y la libertad de prensa y su relación con la tutela de la administración de justicia.....	680
b) La tutela de la administración de justicia (“due administration of justice”) .....	684
c) La STEDH en el caso Sunday Times c. Reino Unido de 26 abril 1979.....	687
d) El “Contempt of Court” .....	690
B. Austria.....	698
a) La tutela civil de los derechos individuales del acusado durante el proceso.....	699
b) La tutela penal del derecho del acusado a un juicio justo .....	701
c) La jurisprudencia del TEDH con relación a estas medidas de tutela y su incidencia sobre la libertad de expresión: caso Worm c. Austria y caso News Verlags GmbH & CoKG c. Austria .....	703
a’) La sentencia del caso Worm c. Austria de 29 agosto 1997 .....	703
b’) La sentencia del caso News Verlags GmbH & CoKG c. Austria de 11 enero 2000.....	707
C. Francia .....	710
a) La tutela de los intereses de la justicia, en general, frente a los medios de comunicación. ....	710
b) Los delitos del Código Penal que tutelan la administración de justicia .....	713
c) La Ley sobre la libertad de Prensa de 29 de julio de 1881 .....	720
a’) Tutela del honor y la dignidad de los funcionarios al servicio de la administración de justicia .....	721
b’) La presunción de inocencia en garantía del juicio justo.....	723
c’) Publicaciones prohibidas por interferencia u obstrucción a la justicia.....	725
2. Estados Unidos .....	726
A. La libertad de prensa y la vulneración del derecho a un juicio justo.....	726
a) Introducción.....	726
b) Los supuestos en que se estima vulneración del derecho a un juicio justo .....	730
B. La tutela de la del juicio justo e imparcial .....	733
a) Los mecanismos ordinarios de tutela.....	733
b) Los mecanismos extraordinarios de tutela del juicio justo: restricciones a la información y “contempt of court” .....	735
a’) Restricciones a la información .....	736
b’) El “contempt of court” .....	740
II. La intervención del legislador como solución racional al problema de la falta de tutela necesaria de la imparcialidad .....	743
III. Propuesta de lege ferenda: la tutela penal de la imparcialidad del juez como garantía del procesado a un juicio justo .....	753
<b>CONCLUSIONES GENERALES.....</b>	<b>761</b>
<b>PRINCIPALES RESOLUCIONES CITADAS.....</b>	<b>793</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>805</b>

### CAPÍTULO TERCERO

## LA INCIDENCIA GENÉRICA DE LA LEY SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

### I. Presupuestos y exigencias constitucionales de la incidencia legal sobre un derecho fundamental

#### 1. Introducción

En el capítulo anterior he tratado de mostrar cuáles son las conductas que comportan los riesgos de lesión más relevantes para la imparcialidad del juicio como bien jurídico que goza de la doble condición de garantía esencial del debido proceso penal y derecho fundamental del acusado. Sin embargo, para legitimar una intervención legislativa<sup>609</sup> no basta con alegar la finalidad de tutela de un bien jurídico frente a ciertos riesgos cuando con ello se está incidiendo en algún otro derecho o valor fundamental. Todo legislador y el penal, en particular, tiene estrictamente limitado su margen de arbitrio por la Constitución cuando se enfrenta con la posibilidad de limitar el ejercicio de algún derecho fundamental.

Las libertades de expresión y de información sirven, en principio, de cobertura para las actividades de los medios de comunicación cuando informan y opinan sobre los conflictos que se ventilan ante los tribunales, un ámbito de característica relevancia pública. Digo, en principio, porque es de la máxima importancia distinguir aquellos supuestos en los que dichas informaciones y opiniones se realizan al amparo del

---

<sup>609</sup> Damos por sentado que la opción por una solución legislativa (frente a la mera tutela constitucional en amparo) viene amparada por la propia exigencia de efectividad inherente a los derechos fundamentales constitucionalizados. Un derecho no es sino una pretensión sobre la que se articulan mecanismos de tutela jurídica. En ausencia de los mismos, se abre un espacio para la inseguridad acerca de la vigencia material, real del derecho a un juez imparcial: inseguridad para el procesado, que carece de mecanismos suficientes para hacer valer su derecho frente a determinados riesgos; pero, también, para los medios de comunicación, que desconocen si su pretensión de informar u opinar resulta o no legítima.

correspondiente derecho fundamental, de aquellas otras pretensiones de expresarse que quedan fuera del ámbito constitucionalmente protegido de dichas libertades. Con todo, resulta posible plantear, desde luego, como supuesto más comprometido, el de la concurrencia de pretensiones legítimas contrapuestas.

En el análisis de la demanda de tutela penal del derecho al juez imparcial frente a la actuación de los medios de comunicación nos encontramos, por tanto, ante la previsible confrontación de valores contrapuestos, ambos con rango de derechos fundamentales y con un elenco de normas constitucionales que marcan los límites de discrecionalidad del legislador para restringir el ejercicio de alguno de ellos.

En este capítulo se seguirá estrictamente el “método” ofrecido por el art. 53.1 de la CE cuando define las dos fuentes de condicionamientos que garantizan la legitimidad de una actuación de los poderes públicos sobre las libertades y los derechos fundamentales, que no son sino expresión de su vinculación a los mismos: por un lado, la reserva de ley en cualquier regulación del ejercicio de dichos derechos y libertades y, por otra, la absoluta prohibición de injerencia sobre su contenido esencial. Ello condiciona la tarea del legislador en un sentido muy claro: cualquiera que sea el pretexto aducido (incluido la tutela de la imparcialidad), éste debe abstenerse de intervenir sobre las libertades de expresión e información de forma que las haga irreconocibles al prohibir o limitar de cierta forma su ejercicio o sus pretensiones. Por eso es necesario recordar que no toda afectación a pretensiones vinculadas a los derechos del artículo 20.1 son afectaciones a su contenido, y menos aun a su contenido esencial. Si alguna duda puede surgir al legislador, al Parlamento, en el trance de garantizar el debido respeto a los derechos del acusado frente a la actuación de los medios de comunicación, su origen está, indudablemente, en la consagración constitucional de las libertades de expresión e información en el art. 20.1 CE.

Por lo tanto, corresponde determinar qué exigencias constitucionales pesan sobre el legislador, tratando así de hacer visible el mandato del constituyente de articular los

“En definitiva, el legislador, ejerciendo su libertad de configuración normativa, puede elegir libremente proteger o no penalmente a los hijos en las crisis familiares frente al incumplimiento por sus progenitores de las obligaciones asistenciales que les incumben y judicialmente declaradas, pero una vez hecha esta elección no puede dejar al margen de la protección a los hijos no matrimoniales sin incidir en una discriminación por razón de nacimiento que proscribe el art. 14 CE.”

Pero, a continuación, el Tribunal advierte que pese a que el art. 487 bis del hoy derogado Código penal de 1973 colisionara frontalmente con el art. 14 CE, ello no llevaba necesariamente a otorgar el amparo:

“la absolución pronunciada por la Audiencia Provincial en modo alguno puede haber vulnerado el derecho fundamental que a cualquier hijo en relación con los de su misma condición, reconoce el art. 14 CE, puesto que ese derecho fundamental no comprende el derecho a la condena de su progenitor.” (F.Jº 5).

La interpretación de los contenidos del artículo 9.1 y 2 de la CE ha llevado a algunos autores a hablar de un principio de efectividad<sup>685</sup> de los derechos fundamentales vigente en nuestro sistema, e incluso algunas sentencias del Tribunal Constitucional han hecho uso de esa expresión para poner de relieve la vinculación positiva del legislador al

---

el matrimonio. El Tribunal declaró que la absolución pronunciada por la Audiencia no pudo vulnerar el derecho fundamental que a cualquier hijo en relación con los de su misma condición reconoce el art. 14 CE, puesto que dicho derecho no comprende el de la condena de su progenitor.

<sup>685</sup> JIMÉNEZ CAMPO, J., “Interpretación de la Constitución”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Cívitas, Madrid, 1995, pág. 3685 y ss.

fundamento jurídico 10; 177/1996, fundamento jurídico 11 y, por último, 199/1996, fundamento jurídico 5). Como tajantemente afirman estas últimas resoluciones: 'la Constitución no otorga ningún derecho a obtener condenas penales'.

Este ha de ser, pues, el criterio a aplicar en la resolución del presente caso.

Y no podría ser de otro modo. Pues la tutela penal no se anuda inmediatamente a la realización de cualquier conducta vulneradora de derechos fundamentales; sino que, para que pueda desplegar sus efectos, precisa la mediación de la ley, que es la que define los casos y circunstancias que dan lugar a la estimación del delito y a la aplicación de su consecuencia jurídica, la pena. La potestad punitiva, en cuanto poder concreto de castigar hechos concretos, nace, pues, de la ley, no de la Constitución. Y, si bien la Constitución consagra en su art. 25.1 el principio de legalidad, como derecho a no ser condenado ni sancionado sino por acciones u omisiones legalmente previstas, no existe un 'principio de legalidad invertido', esto es, un derecho fundamental de la víctima a obtener la condena penal de otro, haya o no vulnerado sus derechos fundamentales, pues éstos son derechos de libertad, e introducir entre ellos la pretensión punitiva supondría alterar radicalmente su sentido".

Por último cabe mencionar la no menos importante STC 74/1997 en la que el Tribunal admitió la inexistencia de un derecho a la sanción penal pese a que el vacío normativo era contrario al principio de igualdad<sup>684</sup>. Según se afirma en el F.Jº 4:

---

<sup>683</sup> Ya hemos analizado en el Capítulo Segundo, el llamado principio de prohibición de infraprotección que ha acuñado la doctrina penal alemana sin base constitucional alguna y que, desde luego, nuestro Tribunal Constitucional ha rechazado sin contemplaciones

<sup>684</sup> La cuestión a dilucidar era si la sentencia de la Audiencia recurrida en amparo, por aplicar el art. 487 bis CP 1973, hoy derogado —que excluía a los hijos extramatrimoniales de las medidas protectoras que contiene—, discriminó al hijo menor de edad de la recurrente por la relación con los hijos habidos en

desplegar su plena eficacia”<sup>682</sup>. Este autor llega a admitir, aunque con reservas, la posibilidad de que esta vinculación positiva alcance el punto de exigir tutela penal para algún derecho que, por su relevancia, así lo exija. En apoyo de esta opinión se recuerda el pasaje de la STC 53/1985 en la que se reconoció esta especial relevancia, no de un derecho, sino de un interés constitucional como es la vida del *nasciturus*, hasta el punto de otorgarle tutela penal. No obstante, MEDINA GUERRERO considera —con razón—<sup>683</sup> que ésta no es la regla, sino la excepción, y como argumento menciona el ATC 261/1993, F.J.º 3, en el que el propio TC declara que “la Constitución no garantiza como contenido de los derechos fundamentales, la represión penal de las vulneraciones de los mismos”.

En el mismo sentido y con mayor contundencia la STC 41/1997, FJº 4 señala que:

“(…) dilucidar si el contenido de los derechos fundamentales comprende la tutela que puede obtenerse a través de la concreta imposición de la pena en caso de vulneración de los mismos requiere un análisis de nuestra jurisprudencia al respecto.

Más allá de lo que pudiera inferirse de algunas resoluciones (SSTC 170/1994 y 78/1995) que al otorgar el amparo por vulneración del derecho al honor anulan la Sentencia absolutoria correspondiente, la doctrina expresa, constante y reiterada de este Tribunal, cada vez que se le ha planteado específicamente el problema, se ha inclinado por la solución negativa (ATC 228/1987, fundamento jurídico 2.; SSTC 147/1985, fundamento jurídico 2.; 83/1989, fundamento jurídico 2.; 157/1990, fundamento jurídico 4.; 31/1996,

---

<sup>682</sup> MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pág. 9.

Esta vinculación esta conectada con la dimensión objetiva de los derechos y se traduce para el legislador, en opinión de MEDINA GUERRERO, en una obligación de “implantar la organización y el procedimiento que algunos derechos precisan para

---

(*vid.* al respecto arts. 9.2; 17.4; 18.1 y 4; 20.3; 27 de la Constitución). Pero, además, los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 de la Constitución, el ‘fundamento del orden jurídico y de la paz social’. De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales ‘los impulsos y líneas directivas’, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa.”

En el mismo sentido, y para las relaciones laborales, STC 129/1989, FJº 3: “En su dimensión objetiva, los derechos fundamentales, que informan todo el ordenamiento jurídico, se erigen en componentes estructurales básicos del mismo en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política (STC 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 4.º). La significación que estos derechos adquieren dentro del orden constitucional impone a los poderes públicos el deber de garantizar su efectiva vigencia y, especialmente, obliga al legislador a proteger los valores positivados y formalizados en el ordenamiento a través de los derechos fundamentales, reconociendo, en su caso, las titularidades y obligaciones subjetivas que repute a tal fin necesarias.

Esta garantía por parte de los poderes públicos, y en particular por parte del legislador, de la vigencia de los derechos fundamentales puede resultar singularmente apremiante en el ámbito laboral, en el que la desigual distribución de poder social entre trabajador y empresario y la distinta posición que éstos ocupan en las relaciones laborales elevan en cierto modo el riesgo de eventuales menoscabos de los derechos fundamentales del trabajador. Por ello, este Tribunal se ha cuidado de advertir que nada legítima que quienes presten servicios en organizaciones empresariales por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares ‘deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional’, de suene que ‘la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano (...) y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación, que en el ámbito de las relaciones laborales se instrumenta, por el momento, a través del proceso laboral’ (STC 88/1985, de 19 de junio, fundamento jurídico 2.º).”

vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna”.

Según se desprende de la lectura de estos párrafos, el TC acoge una concepción dual o mixta de los derechos fundamentales, lo que quiere decir que, a la perspectiva subjetiva, o individual, se añade la objetiva o institucional, pero sin sustituirla<sup>678</sup>. Ello implica la asunción de importantes consecuencias en el terreno de la vinculación del legislador a los derechos fundamentales<sup>679</sup>: en primer lugar, y en conexión con la dimensión subjetiva de los derechos se produce la llamada vinculación negativa, es decir, la prohibición de que ninguna norma lleve a cabo una injerencia no autorizada en el contenido de los derechos, entendiendo como tal no sólo aquella que implique el riesgo de su destrucción, sino también el de su desnaturalización, es decir, de la desfiguración de los rasgos que permiten reconocer al derecho como tal<sup>680</sup>. Pero, además, en segundo lugar, existe una vinculación del Estado a los derechos fundamentales de carácter positivo (artículo 53.1 CE), que le comprometen a garantizar su vigencia y promover las condiciones necesarias para su disfrute y supervivencia<sup>681</sup>.

---

fundamentales”, *op. cit.*, pág. 46.

<sup>678</sup> En el mismo sentido *vid.* BASTIDA FREJEDO, F.J., *La libertad de antena*, Ariel, Barcelona, 1990, págs. 149 y ss.

<sup>679</sup> Como bien destaca JIMÉNEZ CAMPO, la expresión empleada por el constituyente en el artículo 53.1 CE es la de “vinculación” de todos los poderes públicos —incluido, por supuesto, el legislador— a los derechos fundamentales; ésa es una exigencia de mayor contenido que la del simple respeto, de la no injerencia, ya que comporta compromisos en positivo para favorecer su máxima vigencia. *Cfr.* JIMÉNEZ CAMPO, J., “Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, pág. 451.

<sup>680</sup> Esta exigencia se encuentra, además, expresamente proclamada en el artículo 53.1 de la CE al establecerse que solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales.

<sup>681</sup> Dicha concepción puede verse también reflejada en la STC 53/1985 (Recurso previo contra Ley de despenalización parcial del aborto) cuando señala en su F.J. 4º: “Es también pertinente hacer, con carácter previo, algunas referencias al ámbito, significación y función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo de nuestro tiempo inspirado en el Estado social de Derecho. En este sentido, la doctrina ha puesto de manifiesto —en coherencia con los contenidos y estructuras de los ordenamientos positivos— que los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste

Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)”.

La sentencia parcialmente transcrita señala, además, que esta doble naturaleza de los derechos fundamentales ha sido desarrollada por la doctrina al interpretar el contenido del art. 10.1 de la Constitución, a tenor del cual “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social”. Por otra parte, se recuerda que la misma idea se expresa en la Declaración Universal de Derechos Humanos (Preámbulo, párrafo primero) y en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa (preámbulo, párrafo cuarto). Pero, además, el Tribunal continúa afirmando:

“En el segundo aspecto, en cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del Estado social y democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal. En esta función, los derechos fundamentales no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado. Puede decirse que los derechos fundamentales, por cuanto fundan un status jurídico-constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático en el Estado central y en las Comunidades Autónomas, son elemento unificador, tanto más cuanto el cometido de asegurar esta unificación, según el art. 155 de la Constitución, compete al Estado. Los derechos fundamentales son así un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual. Establecen por así decirlo una

su ejercicio son constitucionalmente legítimos no hay necesidad ni posibilidad de interpretarlos restrictivamente. Como se ha dicho repetidamente por el Tribunal Constitucional, son los límites los que dan al derecho fundamental su perfil jurídicamente operativo<sup>676</sup> y su regulación asegura la libre e igual participación y disfrute de los ciudadanos en sus derechos.

*B. El doble carácter de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*

El Tribunal Constitucional desde sus primeras sentencias (STC 25/1981, FJº 5) ha atribuido, con carácter general para todos los derechos fundamentales, un doble signo<sup>677</sup>:

“En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia justa y pacífica, plasmada históricamente en el

---

libertad de expresión. Así concebidos, con una delimitación previa de su contenido esencial, cabe decir que todos los derechos fundamentales ocupan la misma “preferred position”.

<sup>676</sup> En la STC 159/1986, FJº 6, se expresó que si bien es cierto “que los derechos y libertades fundamentales no son absolutos, (pero) no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades. Tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción. Antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 de la Constitución como ‘fundamento del orden político y de la paz social’ ”. En el mismo sentido STC 81/1998, FJº 2, del Pleno.

<sup>677</sup> Otros autores, como PEDRO CRUZ VILLALÓN, prefieren hablar de una doble función de los derechos fundamentales antes que del “doble carácter” o “doble naturaleza” ya que ambas expresiones, lejos de ser exclusivamente predicables de los derechos fundamentales se aplican a toda la estructura

representa, en si misma, la vía de cumplimiento de la función democrática en el Estado social y democrático de Derecho.

Como más adelante detallaré, no comparto la idea según la cual el rol democrático de estas libertades, es decir, su capacidad de hacer posible la participación política (papel indudable, pero compartido con otros derechos), les hace ocupar una posición preferente en el sistema de los derechos fundamentales, y, por ello, sus contenidos deben interpretarse expansivamente, mientras que sus límites —que en ocasiones, son también derechos fundamentales—, han de definirse restrictivamente<sup>675</sup>. Las libertades de expresión y de información son tan preferentes en el sistema constitucional como lo son todos los derechos fundamentales, pero en sus mutuas relaciones no ocupan posiciones de partida ventajosas. Su peculiaridad, si acaso, reside en que su contenido constitucional acoge un haz más numeroso de facultades y posibilidades de actuación que el de otros derechos que operan como límite externo de las mismas, lo que suele desembocar en un balance positivo a su favor por los numerosos casos en los que se estima la legitimidad de su ejercicio frente a las pretensiones aducidas por los otros derechos.

En definitiva, gozan de un contenido muy amplio que se proyecta en sus relaciones con otros derechos e intereses e impone límites a la competencia o discrecionalidad del estado y, en particular, del legislador. Pero cuando los límites que el legislador impone a

---

<sup>675</sup> No parece coherente con la misma idea de un *sistema* de derechos iguales y fundamentales afirmar que unos tienen fuerza expansiva y otros, en cambio, han de interpretarse restrictivamente. También explicaría la errónea importación de la idea norteamericana de la “preferred position”, la doctrina de la “full protection” a la que se refieren autores americanos tan reconocidos en la materia como EMERSON o MEIKLEJOHN. Según estos autores, la libertad de expresión —con el contenido con que ellos la definen— está totalmente protegida por la Constitución de los Estados Unidos y frente a tal contenido no cabe oponer límite alguno. Pero no podemos perder de vista que tal afirmación sólo puede ser considerada en relación con un contenido específico previamente definido por los propios autores. Estos autores distinguen entre libertad de expresión y “el conjunto de expresiones posibles”, de forma tal que no todo lo que es resultado de la facultad de expresarse puede entenderse incluido en el contenido de la

seguir manteniendo la condición de los derechos fundamentales como derechos de libertad y admitir la vertiente institucional que a los mismos reconoce la propia Constitución cuando obliga al legislador a articular mecanismos que aseguren su plena eficacia mediante determinadas garantías.

Hoy en día, efectivamente, se ha abierto mucho más el campo al considerar que los derechos fundamentales no pueden reducirse a una relación unidimensional entre el Estado y el individuo, sino que son muchas y diversas funciones y dimensiones las que configuran íntegramente su contenido. Así, se habla de la “multidimensionalidad” y “multifuncionalidad” de los derechos fundamentales como superación del pensamiento encasillado que postulaba su doble naturaleza<sup>673</sup>.

Desde tal entendimiento, la definición de los contornos de las libertades de expresión e información, la regulación por el legislador de su ejercicio y de sus relaciones con otros derechos fundamentales, debe afrontarse sin más condicionamientos funcionales que los que cabe atribuir a todos los derechos fundamentales en su doble calidad de principios objetivos básicos del ordenamiento a la vez que garantía de los derechos subjetivos de los individuos. La libertad de expresión es, desde esta óptica no sólo garantía de libertad individual con fundamento en la dignidad de la persona, sino “el procedimiento que establece la CE para realizar su principio democrático en el artículo 20.1”<sup>674</sup>. No cabe condicionar la legitimidad de su ejercicio al cumplimiento de funciones democráticas adicionales: la libertad de expresión, como derecho individual

---

abrigar la convicción de que se sientan las bases para una formación no viciada de la opinión pública”. BASTIDA FREJEDO, F.J., *El régimen jurídico de la comunicación social*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1994, págs. 12-13.

<sup>673</sup> HÄBERLE, P., “Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Exposición y crítica”, *op. cit.*, págs. 16-17.

<sup>674</sup> VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Estado democrático e información: el derecho a estar informado*, *op. cit.*, pág. 59.

tanto que contribuye con eficacia constitutiva al establecimiento del régimen de los derechos y sin perjuicio de que siga imponiéndose como límite el respeto a su contenido esencial. un contenido esencial que se conforma según la imagen maestra que de la Constitución se desprende en la proclamación positiva de los mismos<sup>668</sup>.

Pues bien, a la vista de nuestro texto constitucional, resulta más acorde decantarse por esta última formulación alternativa y más moderada sobre los derechos fundamentales llamada “dogmática democrático procedimental” según VILLAVERDE<sup>669</sup> o teoría de la doble vinculación a los derechos fundamentales, como sostiene MEDINA GUERRERO<sup>670</sup>, y que se caracterizan por ofrecer una lectura más ajustada de la función democrática de los derechos y las libertades individuales. Según se formula por ellas, los derechos fundamentales son, en si mismos, la expresión del orden democrático y encarnan las reglas de procedimiento previstas por la Constitución para garantizarlo<sup>671</sup>. Las garantías articuladas para su tutela no se convierten en fines autónomos que condicionen el ejercicio de los derechos, sino que representan la condición necesaria para preservar su vigencia y, con ella, el orden democrático<sup>672</sup>. Por lo tanto, se puede

---

<sup>668</sup> En contra de esta concepción, puede verse la crítica que L. SCHNEIDER formula en *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art.19 Abs. 2 G.G.*, Duncker & Humblot, Berlín, 1983. Este autor es patrocinador de una nueva teoría de los derechos-defensa en la que, sobre la vieja dimensión negativa de los derechos públicos subjetivos, adiciona una dimensión más importante, la de constituir, ante todo, derechos de libertad activa, de autodeterminación de su titular en el ámbito a que se refieran y cuyo contenido configura éste a su voluntad (no el legislador, a quien sólo corresponde tutelarlos y definir su régimen externo).

<sup>669</sup> VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Estado democrático e información: el derecho a estar informado*, op. cit., passim.

<sup>670</sup> MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, op. cit., passim.

<sup>671</sup> Según BÖCKENFÖRDE, los derechos fundamentales son también considerados normas objetivas de principio portadoras de valor axiológico con eficacia en todos los campos del Derecho. BÖCKENFÖRDE, E.W., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, op. cit., pág. 132.

<sup>672</sup> No se puede concebir la garantía de la opinión pública como un instituto autónomo y condición necesaria sin la cual no es posible preservar el pluralismo político. La relación, como apunta BASTIDA debe ser exactamente la opuesta: “el pluralismo es un valor procedimental cuyo cumplimiento permite

jurisprudencia constitucional españolas<sup>663</sup>, la propia “importación” de la fórmula del contenido esencial en nuestro art. 53.1CE y el hecho de que haya sido la referencia desde la que se han construido posteriormente nuevas propuestas dogmáticas sobre los derechos fundamentales<sup>664</sup>.

La proyección del Estado Social y Democrático de Derecho sobre la dogmática institucional de los derechos fundamentales ha favorecido la formulación de dogmáticas funcionalmente orientadas en las que, sin perder de vista la dimensión subjetiva de los derechos, se condicionaba la legitimidad de su ejercicio al cumplimiento de una función de garantía del sistema de valores democráticos (dimensión objetiva). Dicha funcionalidad reporta a los derechos un cierto carácter principal que se manifiesta precisamente cuando se confrontan con otros bienes jurídicos o valores constitucionales. Así, para estos autores, “los derechos fundamentales no se le reconocen al ciudadano para que disponga libremente de ellos, sino en su calidad de miembro de la comunidad y, con ello, también en interés público”<sup>665</sup>. Otros autores, en cambio, prefieren seguir considerándolos como condiciones elementales de vida en libertad, “una libertad individual que sólo puede darse en una comunidad libre y viceversa”<sup>666</sup>. Sobre estos últimos planteamientos se producen las modernas aportaciones institucionales de HESSE y HÄBERLE<sup>667</sup>, quienes conceden un mayor protagonismo a la tarea del legislador en

---

<sup>663</sup> Las referencias doctrinales a la garantía constitucional —contenido esencial— de los derechos fundamentales se analiza en profundidad en VVAA, *La Garantía constitucional de los Derechos Fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, (dir. López Pina, A.), Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense - Cívitas, Madrid, 1991.

<sup>664</sup> Vid. la exposición completa del panorama sobre la dogmática de los derechos fundamentales en BLECKMANN, A., *Allgemeine Grundrechtslehren*, Carl Heymanns Verlag KG, Colonia, 1979.

<sup>665</sup> Sentencia del Tribunal Federal Administrativo 14, 21 (25) citada por BÖCKENFÖRDE, E.W., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, pág. 64.

<sup>666</sup> HESSE, K. “Significado de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, págs. 89-90.

<sup>667</sup> *Ibid*, págs. 83 y ss; HÄBERLE, P., *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, *op. cit.*; *id.*, “El legislador de los derechos fundamentales”, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, (dir. López Pina, A.), Cívitas, Madrid, 1991.

fundamentalmente de la mano de CARL SCHMITT<sup>660</sup>. Esta categoría propugnaba su resistencia frente a la acción del legislador, un nivel de eficacia desconocido en el terreno de los derechos fundamentales, para los cuales se reservaba la limitada garantía de la reserva de ley. Con el tiempo, SMEND y KAUFFMANN pusieron al descubierto la “vertiente institucional” de los derechos fundamentales pero previniendo acerca de las diferencias que mantenían con las garantías institucionales, tanto en el plano de su reconocimiento, como el de su objeto y relaciones con situaciones jurídicas subjetivas<sup>661</sup>. En todo caso, ya se apuntaba la idea de contenido esencial o imagen maestra (“Leitbild”) como exigencia al legislador de respeto sobre determinado ámbito vital.

No obstante, más allá de las razones históricas que sirven de explicación para el afloramiento de esta concepción institucional —fundamentalmente, la inexistencia en la Constitución de Weimar de una cláusula de garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales como la del vigente art.19 Ley Fundamental de Bonn—<sup>662</sup>, está fuera de toda duda su valor intrínseco para la construcción general de una dogmática de los derechos fundamentales. Así lo demuestra su rápida recepción por la doctrina y

---

<sup>660</sup> *Vid.*, ampliamente, CRUZ VILLALÓN, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, págs. 57-62.

<sup>661</sup> Sobre el nacimiento y evolución de los derechos fundamentales en la Constitución alemana *vid.*, CRUZ VILLALÓN, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, págs. 54 y ss.; HÄBERLE, P., “Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Exposición y crítica”, *op. cit.*, págs. 16-17; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, págs. 90-99; HESSE, K. “Significado de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, págs. 85-86 y 90-94.

<sup>662</sup> HESSE advierte de las diferencias que separan a Alemania de las grandes democracias occidentales en lo referente a la situación de los derechos fundamentales: la falta de una tradición que considerara a la humanidad y a la libertad como obvias bases naturales del Estado debido a la experiencia del régimen totalitario. Por ello, según sostiene este autor, la Constitución alemana intenta asegurar hoy la vigencia de los derechos fundamentales de la manera más sólida posible y con el mayor grado posible de garantía. HESSE, K. “Significado de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, pág. 86. Para MEDINA, el constituyente español en 1978 se encontró con una situación equivalente a la alemana y, en esa medida, se hacen extensivas las anteriores reflexiones a nuestro país. MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pág. 3.

fundamentales, más adelante como elementos del orden jurídico general, y últimamente como principios rectores del ordenamiento democrático que, incluso, constituyen normas competenciales, en la medida en que contribuyen a homogeneizar el sistema jurídico pese a la diversidad que se deriva de la pluralidad territorial<sup>657</sup>.

La noción institucional, como se sabe, encuentra su precedente inmediato en la doctrina constitucional alemana<sup>658</sup>. En efecto, frente a la inicial contemplación de los derechos fundamentales exclusivamente desde la perspectiva subjetiva —como espacios de libertad cuya delimitación excluía toda referencia a fines u objetivos<sup>659</sup>—, fue la doctrina alemana la que, precisamente, dotó de esa dimensión institucional a los mismos en correspondencia con la afirmación de la relación entre libertad y democracia, sociedad y Estado. Esta vinculación entre derechos y fines orientaba, lógicamente, la interpretación jurídica de los mismos. Para ello fue decisiva la previa elaboración de una nueva categoría doctrinal: las denominadas “garantías institucionales”,

---

<sup>657</sup> Vid. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32, 1991, pág. 78.

<sup>658</sup> Para una más detallada exposición sobre el análisis histórico de la categoría de los derechos fundamentales puede consultarse CRUZ VILLALÓN, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, págs. 43 y ss; HESSE, K. “Significado de los derechos fundamentales”, BENDA, E., MAIHOFFER, W., VOGEL, H.J., HESSE, K., HEYDE, W., *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 2001, págs. 83 y ss.; HÄBERLE, P., “Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Exposición y crítica”, (trad. Balaguer Callejón, F.), *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 2, 1999, pág. 13; También, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., “Sobre el contexto histórico-intelectual del positivismo jurídico”, *Revista Española de Estudios Políticos*, núm. 48, 1985. Este último autor recogió en su momento la bibliografía actualizada de las tendencias más modernas en Alemania sobre teorías de los derechos fundamentales y aunque su estudio sigue teniendo plena vigencia, hay que advertir que en los últimos años se han ido incorporando muchas otras concepciones elaboradas, sobre todo, desde la perspectiva funcional que éstos desempeñan en el sistema jurídico. A título meramente enunciativo cita HÄBERLE algunas de estas teorías enunciadas por la doctrina iuspublicista alemana: “los derechos fundamentales como sistema de valores, el doble carácter de los derechos fundamentales, pluridimensionalidad, Estado liberal o social, entendimiento democrático de los derechos fundamentales, etc.”.

<sup>659</sup> BÖCKENFÖRDE, E.W., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, pág. 49.

fundamentales como derechos subjetivos públicos o derechos de defensa del ciudadano frente al Estado, mientras que la institucional, sin perjuicio de reconocer esta dimensión subjetiva de los derechos como normas que atribuyen facultades y potestades jurídicas al individuo frente a intervenciones injustificadas del Estado, destaca su contemplación como principios objetivos no sólo del ordenamiento constitucional, sino del ordenamiento jurídico en su conjunto<sup>653</sup>. Las estrechas relaciones entre sociedad y Estado convierte a los derechos en el fundamento y garantía de esa libertad individual que constituye su contenido<sup>654</sup>.

La llamada concepción institucional de los derechos fundamentales inició el camino hacia un replanteamiento del entendimiento del propio papel del Estado y de su relación con los ciudadanos: ya no se puede reparar únicamente en la dimensión individual de los derechos fundamentales en cuanto reconocedores de determinadas posiciones subjetivas —públicas—<sup>655</sup>; junto a ello, los derechos fundamentales suponen una protección constitucional “de un ámbito vital que se ordena y configura libremente”, además de ser “rasgos esenciales de la democracia, sin cuyo reconocimiento y ejercicio ésta no puede existir”<sup>656</sup>.

Los derechos fundamentales son contemplados, desde esta segunda dimensión objetiva, primero como simples garantías constitucionales de las instituciones

---

<sup>653</sup> HESSE, K. “Significado de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, pág. 91.

<sup>654</sup> En el mismo sentido *vid.* BÖCKENFÖRDE, E.W., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, (trad. Requejo Pagés, J.L. y Villaverde Menéndez, I.), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 1993, págs. 48-56. Este autor alude en relación con los derechos fundamentales, además, a otras teorías como la axiológica de los derechos fundamentales, a la teoría democrático-funcional de los derechos fundamentales y a la teoría del Estado social (págs.48-49).

<sup>655</sup> *Ibid.*, pág.52 es en este punto donde “se hace evidente el problema fundamental y el trasfondo social de la teoría liberal de los derechos fundamentales: su relativa ‘ceguera’ frente a los presupuestos sociales de realización de la libertad de los derechos fundamentales”

<sup>656</sup> HÄBERLE, P., *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3ª ed. Müller, Heidelberg, 1983, págs. 70 y 17, respectivamente.

los definidos en abstracto, en la consideración aislada del derecho, están protegidos jurídicamente.

4. El contenido de los derechos fundamentales. Diversas concepciones doctrinales. Su incidencia en la determinación del método de análisis

A. *Las distintas dogmáticas de los derechos fundamentales*

La determinación del contenido de los derechos fundamentales constituye el presupuesto necesario para conocer el alcance real de la vinculación del legislador a los derechos. El contenido de los derechos fundamentales lo constituye el haz de garantías, facultades y posibilidades de actuación —conectado con el ámbito material que da nombre al derecho— que la Constitución reconoce inmediatamente a sus titulares. Determinar ese contenido exige abordar la tarea de interpretar la Constitución y, concretamente, las normas que proclaman los derechos fundamentales como parte del sistema de bienes y derechos que constituye todo el ordenamiento jurídico<sup>651</sup>, así como las que regulan las relaciones entre la ley y estos derechos. De estos estudios se ha obtenido una importante literatura jurídica que propone diversas concepciones del sistema de los derechos fundamentales, sus funciones, contenido y límites, a las que se hace referencia, siquiera brevemente, a continuación.

Las dos concepciones dogmáticas más conocidas sobre los derechos fundamentales que suelen presentarse históricamente como contrapuestas son la jurídico-subjetiva o liberal y la llamada funcional-institucional<sup>652</sup>. Como simple aproximación a las mismas cabe decir que la primera contempla los derechos

---

<sup>651</sup> *Ibidem.*

<sup>652</sup> Idéntica selección, con idéntico fundamento, efectúa VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Estado democrático e información: el derecho a estar informado*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1994, pág.71.

sentido si se entiende que el punto de partida de la actuación legislativa es un contenido material inabitable<sup>649</sup>. Sin embargo, si admitimos, como él hace, que el enunciado constitucional de un derecho fundamental se refiere a una multiplicidad de contenidos posibles, pero que, en un concreto ordenamiento, la contemplación conjunta del sistema de derechos fundamentales, no sólo permite, sino que obliga conceptualmente a dar reconocimiento jurídico a unos a costa de otros para evitar la colisión entre ellos, la paradoja queda disuelta<sup>650</sup>. Así las cosas, coincido con VIVES ANTÓN en que no todo el contenido abstracto de los derechos es contenido esencial ni, por ello, reclama ineludiblemente su reconocimiento jurídico. Hay un margen y una posibilidad de articulación flexible, y esa flexibilidad es la que permite al sistema de derechos fundamentales adoptar formas diversas en diversos momentos históricos, o en distintos Estados, en el mismo momento histórico.

La concreción y articulación de los derechos fundamentales en un sistema, y con ella, su desarrollo en un ordenamiento jurídico cualquiera, significa, casi siempre, la suspensión de alguna o algunas de las facultades a las que, en abstracto, se refiere la CE, ya que articular los contenidos es ordenar las zonas de conflicto determinando cuáles de

---

aceptación de este concepto tiene el evidente peligro de que puede desembocar en la conclusión de que las numerosas leyes que, de una manera y otra, pueden incidir negativamente en el derecho a la libertad personal, están comprendidas en el art. 81.1 de la CE y ello llevaría a una proliferación de Leyes Orgánicas, no deseable en un Estado democrático regido, normalmente, por el gobierno de las mayorías simples.”

<sup>649</sup> En el mismo sentido puede leerse a AGUIAR DE LUQUE cuando cuestiona a quienes afirman que los derechos fundamentales, por su superior posición, no admiten limitaciones, señalando: “(...) la consagración constitucional de un derecho implica la inserción de esas posiciones subjetivas en la norma jurídica fundamental dotándola de unidad de sentido, lo que comporta unas consecuencias favorables a la plenitud de éstos (...), pero también los relativiza en la medida en que los incorpora al ordenamiento” AGUIAR DE LUQUE, L., “Los límites de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, pág. 12.

<sup>650</sup> Para ilustrar esta afirmación el autor propone como ejemplo la regulación de la pornografía, señalando que “un ordenamiento que proclame la libertad de expresión puede reconocer y tutelar el derecho a publicar las obras pornográficas; pero, también puede limitarlo o desconocerlo en aras de la tutela de otros bienes y en la medida en que no forme parte del contenido esencial de la libertad de expresión” VIVES ANTÓN, T.S., “Ley y derechos fundamentales (Acerca del principio de legalidad en materia penal)”, *op. cit.*, pág. 380.

no todos estos contenidos que dan la imagen de aquello en lo que el derecho consiste pueden tener reconocimiento simultáneo y simultáneamente para todas las personas, pues, si así fuera, entrarían irremediabilmente en colisión.

Quizás el carácter abstracto de la proclamación constitucional, en la tesis de VIVES, puede entenderse mejor si reparamos en que la proclamación de los derechos fundamentales se hace en la Constitución de forma aislada, uno por uno, con referencia a todos sus contenidos posibles, pero que su articulación en un ordenamiento jurídico concreto exige su contemplación conjunta, es decir, optar por articular todas las pretensiones en un sistema eligiendo alguna de sus posibles combinaciones. Dicha opción la ha de ejercer el legislador, que pese a su amplio margen de maniobra, siempre tendrá el límite final, insalvable, del respeto al contenido esencial de cada derecho fundamental.

Por eso VIVES ANTÓN rebate<sup>647</sup> que sea una paradoja semántica hablar de “desarrollo negativo” de los derechos fundamentales<sup>648</sup>, pues tal paradoja sólo cobra

---

penal)”, *Libro Homenaje a Santiago Varela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, reeditado en *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 383.

<sup>647</sup> *Ibid*, págs. 376-377.

<sup>648</sup> Paradoja a la que se refiere el Voto Particular del Magistrado Sr. Díaz Eimil a la STC 140/1986, de 11 de noviembre: “Dado que su art. 81.1 declara que son Leyes Orgánicas ‘las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades políticas’ el problema estriba en examinar si las leyes penales son ‘leyes de desarrollo’ de dichos derechos y libertades. A tal efecto, debe distinguirse entre ‘leyes de desarrollo’ y ‘leyes limitativas’, y señalar que las primeras son aquellas que, de manera específica y a su solo objeto, establecen la configuración del derecho o libertad, determinando su contenido, forma de ejercicio y garantías procesales, es decir, constituyen el estatuto general del derecho o libertad que desarrollan, mientras que las segundas, dictadas al margen de todo propósito de regulación de los mismos, son las que inciden en ellos de manera negativa con normas que limitan su ejercicio o incluso lo suprimen temporalmente. Es claro que las leyes penales sustantivas, que establecen delitos y sus penas correspondientes, son leyes que, en relación con el derecho a la libertad personal, no son incluibles entre las primeras, pues su objeto no es definir su contenido, sino que pertenecen a las segundas en cuanto inciden en su ejercicio, al autorizar penas que impiden su ejercicio.

Es por ello muy discutible que el comentado art. 81.1 imponga reserva de Ley Orgánica a las leyes penales, pues, en contra de lo expuesto, resulta difícil de admitir una categoría jurídica tan forzada como es el de ‘leyes de desarrollo negativo de los derechos fundamentales y libertades políticas’. La

Constitución, se convierta en un sistema de principios estructurales, facultades de actuación y de resistencia ejercitables en la realidad<sup>646</sup>.

Al analizar las posibilidades de actuación del legislador, VIVES se sirve de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 140/1986, FJº 5) para recordar que, el desarrollo legislativo de un derecho fundamental proclamado en abstracto en la CE, consiste en “la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas”. O, dicho con sus mismas palabras, sería “la determinación directa del contenido concreto del derecho fundamental en el sistema de bienes y derechos que constituye todo ordenamiento jurídico”.

Y esa tarea de concreción y articulación, puesta en relación con el contenido constitucional abstracto definido en la Constitución, supone, o bien su simple reconocimiento (cuando el contenido abstracto coincide con el esencial) o su limitación (cuando el contenido abstracto admite e incluye su limitabilidad), ya que la ley nunca puede incrementar el contenido propio de un derecho fundamental, pues éste viene fijado ex ante en la Constitución (por más que el legislador pueda rodearlo de garantías añadidas, o de facilidades para su plena efectividad).

Coincide VIVES ANTÓN con DE OTTO en que la Constitución reconoce los derechos fundamentales de forma abstracta, pero difiere en el significado de esa abstracción, pues si para DE OTTO la concreción significa determinación a través de la interpretación de lo que ya vienen constitucionalmente establecido (lo que limita el margen de maniobra del legislador), VIVES afirma que si bien el reconocimiento constitucional de los derechos y libertades admite una multiplicidad de contenidos posibles, en un concreto ordenamiento

---

<sup>646</sup> Sin perjuicio de ello, el autor afirma que hay derechos fundamentales que por su propia naturaleza y estructura, son ejercitables sin necesidad de desarrollo legislativo ni regulación de ejercicio, como es el caso de los derechos-barrera, que otorgan poderes de resistencia frente a la actuación del Estado. VIVES ANTÓN, T.S., “Ley y derechos fundamentales (Acerca del principio de legalidad en materia

Esta premisa básica la expresa señalando que “sólo al legislador corresponde, en principio, articular el sistema de los derechos fundamentales”, estableciendo así las condiciones que permiten hacerlos efectivos. Tal articulación consiste, en primer lugar, en señalar nítidamente el campo de aplicación de cada uno de ellos, para que no entren en conflicto entre sí o con otros intereses constitucionalmente relevantes sin reglas legislativas de resolución. Se trataría de conseguir que “el ordenamiento jurídico sea un orden, y no un caos”.

Al margen de la coincidencia expresada, interesa resaltar que en la tesis expuesta se establece una indudable conexión entre actuación legislativa y posibilidad de limitación, lo que DE OTTO rechazaba, pues únicamente admitía tal posibilidad cuando estuviera expresamente prevista en la CE al proclamar el derecho fundamental. La afirmación de esta conexión tiene como presupuesto una determinada visión, más fácilmente compatible con la idea de pluralismo político, que podemos englobar dentro de la denominada “concepción amplia” del contenido de los derechos fundamentales.

De estas premisas surgen, inevitablemente varias conclusiones:

a) la tarea legislativa de desarrollo y la de regulación de ejercicio, pese a ser tareas diferentes, conllevan, en ocasiones, la posibilidad de limitación del contenido de los derechos fundamentales.

b) el contenido constitucional de los derechos fundamentales reconocido *prima facie* en la Constitución, puede ser limitado por el legislador.

c) la competencia legislativa citada es exclusiva, y, al mismo tiempo,

d) es una competencia que, la mayor parte de las ocasiones, ha de ser ejercitada para que la consagración abstracta y aislada de cada derecho fundamental en la

legislativamente, otra Constitución a la aprobada reduciendo, en gran medida, su resistencia material.

Al enfrentarse a la jurisprudencia constitucional, que, frente a sus tesis, incluye en la regulación de ejercicio la posibilidad de *limitar* el derecho, DE OTTO ha de pronunciarse sobre dicho concepto, abordando así en una de las cuestiones más controvertidas de la teoría constitucional: la cuestión del contenido y límites de los derechos fundamentales, sobre la que volveré más adelante.

*B. El desarrollo negativo de los derechos fundamentales: la posición de Tomás S. Vives Antón*

VIVES ANTÓN<sup>644</sup> coincide con DE OTTO en rechazar la ponderación de valores como método judicial de resolución de los conflictos entre pretensiones supuestamente amparadas en derechos fundamentales, pues, en su opinión, en nuestro sistema (arts. 53.1 y 81.1) la Constitución ha atribuido al legislador, y sólo a él, el desarrollo y la facultad de regulación del ejercicio de los derechos y libertades, por lo que sólo el legislador puede establecer limitaciones en su contenido al aprobar leyes de desarrollo o, indirectamente, leyes reguladoras de su ejercicio. Por tanto, ni la jurisdicción ordinaria ni, tampoco, la constitucional, pueda llegar a construir, mediante la ponderación, una jerarquía de valores constitucionales que supondría establecer una Constitución implícita y distinta de la aprobada por el Parlamento en 1978 (efecto éste que sería natural consecuencia del método de ponderación)<sup>645</sup>.

---

<sup>644</sup> En VIVES ANTÓN, T.S., "Sentido y límites de la libertad de expresión", *Publicaciones jurídicas y económicas*, Tirant lo Blanch, 1994, reeditado en *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 367-371 y 373-385, respectivamente.

<sup>645</sup> *Ibid*, pág. 369.

Por ello se afirma que DE OTTO mantiene una “concepción estricta” del contenido de los derechos fundamentales<sup>641</sup>, conforme a la cual no habría más posibilidades de limitación de los mismos que las expresamente previstas en la Constitución. El contenido de cada derecho fundamental sería el que resulta después de resolver todos los conflictos entre normas constitucionales que se refieren a la misma porción de realidad<sup>642</sup>.

Esta tesis, sin embargo, no ofrece un método jurídico para resolver dichos conflictos que no sea la interpretación de la Constitución, tarea que atribuye al juez de la Constitución, y no al legislador<sup>643</sup>. En caso de conflicto, la ponderación es sustituida por un “juicio de adecuación”, dirigido a determinar si el contenido constitucional del derecho admite o no la limitación que se pretende. Tampoco explica cómo se concilia la idea de derecho fundamental con el reconocimiento del pluralismo político, con la existencia de diversas formulaciones posibles del sistema de los derechos fundamentales. Por contra, tiene el mérito indudable, y en ello coincido plenamente, de denunciar y hacer visibles los riesgos del recurso a la ponderación judicial, como técnica de resolución de conflictos, pues su aceptación permitiría superponer judicial, o

---

<sup>641</sup> MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, págs. 66 a 69.

<sup>642</sup> Para este autor, dada la definición genérica y abstracta de los derechos, la ley debe efectuar una concreción para adecuarla a la realidad. En eso consiste, precisamente el desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas a que hace referencia el artículo 81.1 CE. Y añade que, pese a su literalidad “es obvio que lo que se desarrolla no es el derecho a la libertad, sino la *norma* que lo reconoce”. Cfr. OTTO Y PARDO, I. DE, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, op. cit., pág. 117.

<sup>643</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pág. 24 se refiere a esta cuestión señalando: “(...) es posible que la claridad que introduce la tesis comentada sea más aparente que real: primero, porque el contenido constitucionalmente declarado de un derecho fundamental no siempre se muestra evidente e indiscutible y, segundo, porque a la hora de enjuiciar una conducta concreta, se reabre el problema de si la prohibición establecida por el legislador se ajusta o no a la norma constitucional”. En la misma línea AGUIAR DE LUQUE, L., “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993, págs. 23 y 24. También recoge esta crítica MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, op. cit., págs. 66 y ss.

El carácter abstracto de la definición constitucional de los derechos fundamentales exige una intervención legislativa que concrete en la realidad los derechos. Esa intervención legislativa sería, para DE OTTO, la regulación del ejercicio, pues el mandato y la habilitación que al legislador otorga el art. 53.1 CE persigue “la determinación de las posibilidades de concreción de la conducta abstractamente definida mediante una regulación de los elementos de la realidad que sirven para modalizarla y de las facultades y potestades que la integran”.

Como puede observarse, dos son las notas características del análisis de IGNACIO DE OTTO:

Primera: analiza el conflicto de derechos fundamentales en abstracto, es decir enfrentando los derechos fundamentales tal y como son enunciados constitucionalmente, sin distinguir los supuestos en que el contenido del derecho fundamental sirve de soporte a pretensiones de actuación o restricción producidas tras su actualización legislativa, de aquellos otros casos en los que el enunciado constitucional del derecho se enfrenta a la capacidad de actuación del legislador.

Segunda: los derechos fundamentales, tal y como están definidos constitucionalmente, no colisionan, sino que *se delimitan* recíprocamente. Por tanto, a través de la interpretación de la Constitución se puede establecer, para cada derecho fundamental, un objeto normativamente constituido con carácter previo a la acción del legislador. El legislador no podría limitar externamente el contenido de los derechos fundamentales sino cuando la definición constitucional del derecho incluye expresamente la posibilidad de limitación.

trataría de fijar los procedimientos de actuación y formalidades de ejercicio que regulándolo no lo restringen (v.g., turnos de palabra en el Parlamento, orden de intervenciones ante un Tribunal, horas de trabajo en que puede ejercerse la actividad sindical). Como el autor cree que ese contenido mínimo es demasiado poco como para justificar la exigencia de una ley y la obligación de respeto al contenido esencial, postula que regular el ejercicio de un derecho fundamental es *algo más* que lo expuesto y *algo menos* que la definición de su contenido constitucional. Sería, por tanto, determinar el haz de facultades que se otorgan a sus titulares concretando así su status jurídico con relación a la porción de realidad a que se refiere el derecho. Regular el ejercicio del derecho es pasar de la definición abstracta que hace la norma constitucional a su inserción en la realidad. Y en ejecución de esa tarea no pueden establecerse limitaciones que alteren o mutilen el contenido constitucionalmente predefinido del derecho.

Es precisamente en el carácter abstracto de las normas constitucionales que proclaman los derechos y libertades donde se sitúa la cuestión, pues sólo esa característica reclama la intervención legislativa. La definición de los derechos fundamentales en la Constitución se hace con carácter abstracto (que es distinto de indeterminado). Esa abstracción se refleja, al menos, en dos ámbitos:

a) La CE hace una mención genérica a la conducta o categoría de conductas protegidas, pero, en la realidad, esa conducta genérica ha de transcurrir como algo concreto, susceptible de múltiples modalidades (v.g., el reconocimiento abstracto del derecho de reunión no especifica el lugar, las horas, la duración, la responsabilidad por los daños que se ocasionen, etc.).

b) La abstracción se extiende tanto a la falta de identificación constitucional del haz de potestades de actuación y de defensa reconocidas que permiten satisfacer el interés protegido por el derecho, como de concreción del status jurídico de su titular.

Su cuestionamiento de la tesis del Tribunal Constitucional transcurre por varios caminos: si aceptamos que el legislador, en virtud de la habilitación del art. 53.1 CE, tienen una posibilidad genérica de limitar los derechos fundamentales en atención a otros valores constitucionalmente relevantes, debemos aceptar: a) que todos los derechos y libertades tienen límites inmanentes; b) que existe una jerarquía de valores constitucionales que permite al legislador anteponer unos a otros, pues en protección de unos puede limitar (hacer ceder) el contenido de otros, y c) que el método para establecer dichas limitaciones sobre el contenido de los derechos fundamentales es la ponderación jurisdiccional de los bienes constitucionales.

A cada una de estas conclusiones (límites inmanentes, jerarquía de valores constitucionales y ponderación como método) opone el autor varias objeciones sólidamente fundadas: en primer lugar, la teoría de los límites inmanentes, nacida en el constitucionalismo alemán para sortear la imposibilidad de limitación de aquellos derechos que no tenían prevista habilitación específica de limitación no sería precisa en nuestra Constitución, pues la intervención legislativa que autoriza el art. 53.1 CE opera sobre todos los derechos y libertades. Además, la doctrina jurisprudencial analizada admite implícitamente la posibilidad de que el legislador establezca una jerarquía entre valores constitucionales (unos derechos podrían imponerse sobre otros), mientras que el autor no admite más jerarquía de valores que la que la propia Constitución establece expresamente. Por último, la tesis jurisprudencial cuestionada conduciría irremisiblemente a la técnica de “ponderación jurisdiccional de valores” como método para dirimir conflictos entre normas constitucionales, lo que genera un decisionismo intolerable y una estimable pérdida de la seguridad jurídica.

Frente a ello, DE OTTO defiende que *regular el ejercicio* de un derecho fundamental es, como mínimo, determinar la forma puramente externa de manifestación de los derechos fundamentales. Es decir, establecer legislativamente los requisitos que, sin afectar a la actividad misma que se regula, la hacen operativa en la realidad. Se

Analizaré aquí sus tesis no sólo por el valor intrínseco de su reflexión, que avisa frente a la importación acrítica de la doctrina germánica pero se halla decisivamente influida por ella, sino, fundamentalmente, para poner de relieve que cualquier concepción acerca de las facultades del legislador de los derechos fundamentales parte de una previa toma de posición acerca de cual sea el contenido de éstos, es decir, de cual sea su resistencia material, lo que puede oponerse o lo que resiste a la acción legislativa.

En su análisis de lo que sea “regular el ejercicio” de los derechos fundamentales DE OTTO presupone la existencia de una realidad normativa material sobre la que el legislador opera y que, por ello, se impone a su actuación, pues entiende que la Constitución atribuye al legislador una función a desarrollar sobre un objeto normativamente preconstituído en la norma fundamental<sup>639</sup>. Por ello, al fijar su propia posición, empieza por criticar la del Tribunal Constitucional, expresada ya en sus primeras resoluciones (singularmente en la STC 11/1981, tantas veces citada, sobre el derecho de huelga<sup>640</sup>), según la cual, el art. 53.1 confiere al legislador una habilitación genérica para *limitar* los derechos fundamentales.

---

*para la Democracia*, núm. 26, 1996, págs. 41 y ss.; ASÍS ROIG, R. DE, “Sobre los límites de los derechos”, *Derechos y Libertades*, núm. 3, 1994, págs. 111 y ss.; JIMÉNEZ CAMPO, J., “Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, págs. 441 y ss.; CRUZ VILLALÓN, P., “Derechos fundamentales y legislación”, *op. cit.*, págs. 407 y ss.; MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, *op. cit.*, págs. 46 Y SS.

<sup>639</sup> Este *prius* es ya una toma de partido frente a quienes defienden que la Constitución, al proclamar los derechos fundamentales, no hace sino enunciar valores o definir reglas o principios, pero no contenidos materiales completos.

<sup>640</sup> En cuyo FJ° 7, al enjuiciar la actuación del legislador del derecho de huelga, podemos leer lo que sigue: “Tampoco puede aceptarse la tesis del recurso de que los derechos reconocidos o consagrados por la Constitución sólo pueden quedar acotados en virtud de límites de la propia Constitución o por la necesaria acomodación con el ejercicio de otros derechos reconocidos y declarados igualmente por la Norma Fundamental. Una conclusión como ésta es demasiado estricta y carece de fundamento en una interpretación sistemática en la Constitución y en el Derecho constitucional, sobre todo si al hablar de límites derivados de la Constitución, esta expresión se entiende como derivación directa. La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos.”

3. La reserva de ley como habilitación de intervención. Su contenido: desarrollar y regular el ejercicio de los derechos fundamentales (arts. 53.1 y 81.1 CE).

A. *La tesis de Ignacio de Otto*

Como es sabido el art. 53.1 de la CE, tras establecer la vinculación general de todos los poderes públicos a los derechos y libertades establecidos en el Capítulo II del Título I, añade lo siguiente:

“Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”.

El precepto constitucional transcrito expresa, al tiempo, una habilitación (puede regularse el ejercicio del derecho) y un límite (al hacerlo debe respetarse su contenido esencial). En qué consista la una y el otro son cuestiones no pacíficas en la doctrina constitucional, pues tras su respuesta se esconden diversas concepciones acerca de lo que sea el contenido de los derechos fundamentales, su fuerza normativa y su resistencia a la acción del legislador.

En la doctrina, se atribuye a IGNACIO DE OTTO<sup>637</sup> el mérito de haber intentado, por primera vez, desenmarañar las cuestiones relacionadas con este precepto, sentando así las bases de una disputa que aún hoy perdura. A partir de sus tesis, otros autores en España han perseverado en la misma dirección, bien continuando, bien apartándose del camino emprendido<sup>638</sup>.

---

<sup>637</sup> OTTO Y PARDO, I. DE, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades: la garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución”, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. y OTTO Y PARDO, I. DE, *Derechos fundamentales y Constitución*, Cívitas, Madrid, 1988.

<sup>638</sup> Entre los autores que en nuestra doctrina se han acercado a esta cuestión abordando específicamente el problema de los límites de los derechos fundamentales cabe citar a: AGUIAR DE LUQUE, L., “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993, págs. 9 y ss.; LUIS PRIETO SANCHÍS, “Diez argumentos a propósito de los principios”, *Jueces*

El análisis de los llamamientos que la Constitución hace al momento legislativo, permite poner de relieve dicha necesaria colaboración en la normación de los derechos fundamentales. Así,

a) en ocasiones, la Constitución aparece, expresamente, como límite material de la acción del legislador. Es la situación que se expresa en el art. 53.1 CE cuando se ordena que la regulación de ejercicio de los derechos fundamentales respete su contenido esencial.

b) otras veces, la Constitución habilita al legislador —“sólo por ley”— excluyendo cualquier otro poder normativo, para que regule el ejercicio de los derechos fundamentales (art. 53.1) y dicte leyes que los desarrollen (art. 81.1).

c) en muchos preceptos, la protección que el propio derecho fundamental otorga queda deferida al mandato de la ley (art.13.1).

d) incluso la norma que declara el derecho fundamental admite expresamente, algunas veces, la posibilidad legislativa de definir los límites del derecho en cuestión (art. 20.4 CE, los derechos reconocidos en el art. 20.1 tienen su límite en los preceptos de las leyes que desarrollan el Título I de la Constitución).

El legislador recibe, en definitiva, un mandato para completar, también en materia de derechos fundamentales, las prescripciones constitucionales.

Para acercarnos al objetivo de esta reflexión, determinar las exigencias constitucionales de la pretensión de tutela penal del derecho al juez imparcial frente a la actuación de los medios de comunicación, analizaré ahora el segundo de los modos de afección, aquel que expresa la habilitación constitucional al legislador para desarrollar y regular el ejercicio de los derechos fundamentales (arts. 53.1 y 81.1 CE), extendiendo nuestro análisis a las posibilidades de actuación legislativa constitucionalmente admitidas, para indagar si todas ellas están en los dos preceptos reseñados.

La concreción del mundo de valores al que la Constitución remite en su parte dogmática, su inserción en la realidad cotidiana se ha de hacer, la mayor parte de las veces, a través de las leyes que desarrollan los derechos fundamentales o regulan su ejercicio. Y correlativamente, esa posibilidad de opción del legislador genera incertidumbre en la determinación de cuánto o hasta dónde le vincula la Constitución. De ahí la necesidad de establecer un método jurídico, no meramente valorativo, para analizar la actuación legislativa y su conformidad a la Constitución.

La determinación del método de interpretación de la Constitución, de análisis y resolución de los conflictos entre los propios intereses protegidos por los derechos fundamentales, o entre éstos y otros intereses constitucionalmente relevantes, que la realidad nos muestra incesantemente, viene decisivamente influida, como veremos, por la propia concepción que se tenga sobre los derechos y sobre las posibilidades de actuación del legislador en su ámbito.

#### *E. Diversos modos de afectación de la ley a los derechos fundamentales*

En el terreno de los derechos fundamentales la Constitución define, pero también necesita, la acción del legislador. Poder constituyente y constituido actúan en términos de “colaboración internormativa”<sup>636</sup>. La mayor parte de las ocasiones el derecho fundamental no podrá ser debidamente aplicado ni exigido, ni quedará suficientemente tutelado ni garantizado sino después de que el legislador haya articulado el sistema de los derechos fundamentales optando por una de sus configuraciones constitucionalmente posibles.

---

<sup>636</sup> CRUZ VILLALÓN, P., “Derechos fundamentales y legislación”, *op. cit.*, pág. 420.

Baste aquí con reseñar la complejidad e implicaciones de esta tarea y mostrar mi coincidencia con quienes propugnan que la interpretación constitucional se lleve a cabo con criterios jurídicos, es decir a través de un método que permita establecer una discusión racionalmente fundada acerca del contenido material de los valores constitucionalmente proclamados<sup>634</sup>.

No está de más reiterar, como ha hecho RUBIO LLORENTE, que por su estructura y naturaleza, los preceptos de la Constitución que se oponen materialmente a la acción del legislador, entre ellas, las normas sobre derechos fundamentales, no pretenden tanto regular conductas o autorizar determinados modos de actuación mediante la fijación de un supuesto de hecho y su consecuencia jurídica, sino garantizar el respeto a determinados valores o asegurar a los ciudadanos unos derechos que, tanto cuando actúan como límites frente a la ley (derechos de libertad) como cuando precisan de ésta para su ejercicio (derechos de prestación y participación), han de ser definidos en la norma suprema en términos que hagan posible diversas políticas, es decir, diversas interpretaciones<sup>635</sup>. La interpretación constitucional se nos presenta así más como una cuestión de fijación de límites que como una indagación de contenidos.

---

<sup>634</sup> Más allá de las contradicciones que pueden detectarse en su aplicación práctica, esta es la posición teórica del Tribunal Constitucional al definir su propio papel: “en un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan, y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos” (STC 11/1981, FJ 7).

<sup>635</sup> “Con ello llegamos al meollo de la cuestión: la incorporación al texto constitucional de preceptos sustantivos (incorporación inexcusable en nuestro tiempo) ha de ser compatible con el pluralismo político, pues el legislador no es un ejecutor de la Constitución, sino un poder que actúa libremente en el marco de ésta y esta libre actuación requiere en muchos casos (aunque no, claro es, en todos) que el enunciado de esos preceptos constitucionales permita un ancho haz de interpretaciones diversas. No de interpretaciones ‘jurídicas’, sino de interpretaciones políticas, es decir, de diversas maneras de entender el texto constitucional cuyos enunciados han de construirse, por tanto, con conceptos de valor de un alto grado de abstracción. Al mismo tiempo, sin embargo, la sujeción del legislador a la Constitución y la judicialización de tal sujeción tienen como consecuencia, de una parte, que esa libertad, por amplia que se la quiera, haya de tener límites y, de la otra, que esos límites no sean otros que los establecidos por el juez a partir de la interpretación ‘jurídica’ de los mismos preceptos constitucionales”. RUBIO LLORENTE, F., “La interpretación de la Constitución”, *op. cit.*, pág. 576-577.

norma escrita no está todo el Derecho, pues la Constitución es, también en su parte dogmática, la expresión de un mundo de valores<sup>631</sup>.

Por tanto, determinar en qué consiste y hasta dónde llega en cada supuesto la resistencia material de una norma constitucional ante la acción del legislador, significa adentrarnos en el arduo terreno de la interpretación de la Constitución, pues sólo la indagación concreta del sentido del precepto constitucional que se oponga a la acción del legislador nos permitirá conocer los límites sustantivos de éste, si es que existen.

En relación con la cuestión de la interpretación de la Constitución se ha dicho que es, quizás, el núcleo central de la Teoría del Derecho<sup>632</sup>, pues representa hoy la proyección en la doctrina científica del cambio de función de la ley en el sentido a que antes hice referencia como consecuencia de la aparición de las Constituciones normativas y de las jurisdicciones constitucionales. Dada la trascendental función que al juez de la Constitución le corresponde cuando contrasta la ley con la norma fundamental, el momento interpretativo se halla precisado de criterios jurídicos que impidan que la simple voluntad del juez se alcance, sin remedio aparente, por encima de la voluntad de la mayoría —expresada en la ley— y aún más, por encima de la voluntad de la Constitución, si es que ésta puede ser identificada<sup>633</sup>.

---

<sup>631</sup> Con la contundencia que le caracteriza, ALEJANDRO NIETO, ha escrito que más allá de su texto escrito, “la Constitución será lo que deseen las fuerzas políticas y sociales y, en su caso, mientras sus sentencias sean respetadas, lo que diga el Tribunal Constitucional”. NIETO, A., “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *op. cit.*

<sup>632</sup> RUBIO LLORENTE, F., “La interpretación de la Constitución”, *op. cit.*, pág. 573.

<sup>633</sup> Sobre la trascendencia de la interpretación constitucional pueden verse, entre otras, las siguientes obras en la doctrina española CRUZ VILLALÓN, P., *Introducción a la obra DE HESSE, K, Escritos de Derecho Constitucional*, 2ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992; JIMÉNEZ CAMPO, J., “Interpretación de la Constitución”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Cívitas, Madrid, 1995; PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, 10ª ed., Cívitas, Madrid, 2000, págs. 107 y ss.; RUBIO LLORENTE, F., “La interpretación de la Constitución”, *op. cit.*; ALONSO GARCÍA, E., *Interpretación de la constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

ALEJANDRO NIETO<sup>628</sup>, al reflexionar acerca del valor jurídico de la Constitución, ha señalado, con agudeza, la necesidad de romper el viejo mito de la complitud positivista de las Constituciones<sup>629</sup>, mito que engarza con el ingenuo positivismo de los ilustrados que creyeron encontrar en el texto de la ley la solución de todos los problemas jurídicos y sociales<sup>630</sup>. La Constitución es, según este autor, una norma jurídica incompleta. Esa sería su mayor peculiaridad en punto a su eficacia jurídica. Por ello no puede pretenderse, sin más, el manejo positivista de sus preceptos, ni su carácter normativo sin matizaciones, como si la interpretación y aplicación de la Constitución fuese una tarea jurídico-positiva predecible por referencia a técnicas y métodos hermenéuticos prefijados. La Constitución es, al tiempo, un fenómeno jurídico y político, que, en el primer aspecto, no encierra por sí misma la totalidad del ordenamiento jurídico. En la

---

<sup>628</sup> NIETO, A., "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", *Revista de Administración Pública, Artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, núms. 100-102, 1983.

<sup>629</sup> En el mismo sentido se pronuncia ARAGÓN REYES, M., "El Juez ordinario, entre legalidad y constitucionalidad", *Estudios de Derecho Constitucional*, Madrid, 1998, pág. 168, cuando señala: "En el plano de la teoría, la complejidad deriva, sobre todo, de la naturaleza jurídica de la propia Constitución y, por ello, de la dificultad de su interpretación-aplicación con los instrumentos del positivismo. Para garantizar el pluralismo, la Constitución ha de contener las suficientes normas abiertas, cuya concreción, por ello, corresponde más al legislador que al juez; para cumplir su misión de ser la norma básica (y no sólo suprema) del ordenamiento (de un ordenamiento que abarca la casi totalidad de las relaciones sociales, económicas, políticas y culturales), la Constitución ha de albergar muchas cláusulas generales, en forma de principios y valores. Estas características de la Constitución no son el resultado sólo de una determinada corriente actual del constitucionalismo sino de la consideración de la Constitución como norma jurídica suprema, con todas sus consecuencias, y entre ellas la muy relevante de que los derechos proclamados por la Constitución, los derechos fundamentales, son directamente aplicables sin necesidad de mediación legal. De ahí precisamente lo razonable de las críticas al 'positivismo legalista' como forma de interpretación constitucional que se ha venido realizando desde las perspectivas 'principalistas' u 'ordinamentalistas'".

<sup>630</sup> Una magnífica descripción del papel de la ley en la filosofía política que inspiró la Revolución Francesa, puede leerse en, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, op. cit., passim.

Una norma que aspira a ser “suprema”, es decir, a abarcar todos los aspectos relevantes de la organización de la vida política de la sociedad, y que, al tiempo, propugna el pluralismo político como valor superior del ordenamiento jurídico, no puede menos que ser flexible, abstracta y abierta.

Flexible, para permitir la adaptación de los valores que proclama a las peculiaridades del caso concreto. Abstracta, porque no puede enumerar y recoger todos y cada uno de los requisitos que, en el terreno de los derechos fundamentales al que me refiero, cabe imaginar en su aplicación práctica. Abierta, para admitir las diversas políticas de derechos fundamentales que son natural expresión del pluralismo ideológico constitucionalmente reconocido.

Tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en una de sus primeras resoluciones, al rechazar una tacha de inconstitucionalidad hecha a partir del enjuiciamiento político del Real Decreto Ley regulador del derecho de huelga:

“(…) Antes de seguir adelante convendrá observar, una vez más, que en un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan, y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos. La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos. Queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo.” (STC 11/1981, FJ 7).

admiten la posibilidad de su desfiguración, ni tan siquiera como consecuencia de la decisión de la voluntad mayoritaria de los ciudadanos expresada a través de sus representantes democráticamente elegidos<sup>626</sup>.

#### D. *El espacio de libertad del legislador de los derechos fundamentales*

Lo afirmado hasta ahora no puede entenderse como un rígido sistema de vinculaciones que define en la Constitución todas las posibilidades de actuación del legislador y todo lo que tienen que ver con las posibilidades de actuación de cada derecho fundamental. La Constitución es, en casi todos sus preceptos, un marco, en el cual caben diversas opciones. Tal carácter deriva, en ocasiones del carácter abstracto de los enunciados que declara y, en otras, de la contemplación aislada de cada realidad jurídica que reclama una posterior articulación legislativa.

Que la Constitución normativa sea más que una simple declaración política de intenciones, que tenga fuerza jurídica y vincule la actuación de todos los poderes públicos, también la del legislador, no significa olvidar que, por su propia naturaleza, la Constitución es y debe ser contemplada, la mayor parte de las veces, como una norma *incompleta*<sup>627</sup>, abstracta, o como la expresión  *sintética*  o  *comprimida*  de una regla jurídica.

---

<sup>626</sup> La ley no puede crear ni hacer desaparecer los derechos fundamentales en un sistema constitucional pues el Parlamento no posee ya la soberanía. La ley no es, por tanto, fuente suprema y en relación con las libertades se limita a modularlas para evitar sus fricciones e integrarlas en un sistema conforme a la Constitución. Vid. OTTO Y PARDO, I. DE, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, op. cit., pág. 138.

<sup>627</sup> VIVES ANTÓN se ha hecho eco de esta peculiaridad de la Constitución, y aun de todo el sistema jurídico para afirmar que “no sólo hay zonas de ‘penumbra’, sino que, en cierto modo, todo es ‘penumbra’ y que, sin embargo, la noción de reglas que controlan las decisiones de los tribunales sigue teniendo sentido”. VIVES ANTÓN, T.S., en “Dos problemas del positivismo jurídico”, op. cit., pág. 351.

Tribunales ordinarios. Como con claridad se ha expuesto<sup>624</sup>, la tutela jurisdiccional permite definirlos como “derechos” pero no como “fundamentales”.

Lo característico de los derechos fundamentales es que los crea la Constitución, es decir, preexisten a la actuación legislativa —criterio cronológico—, y esa existencia previa y al margen de la ley, que permite al jurista reconocer sus contornos mediante la interpretación tiene, además, un contenido material —criterio sustantivo— que se impone al legislador. Se trata, por tanto, de realidades jurídicas creadas directamente por la Constitución y, desde ella, productoras de efectos jurídicos.

En palabras de JIMÉNEZ CAMPO, la relación de la Constitución con el legislador en materia de derechos y libertades cabe explicarla en términos de exclusión pues, lo que los hace fundamentales es “su resistencia frente a una intervención legislativa llevada a cabo, en exclusiva, según consideraciones de utilidad social o de interés general”, es decir, el criterio para identificarlos como “fundamentales” es “la exclusión del argumento utilitario como fundamento único para esa posible o necesaria ordenación legislativa”<sup>625</sup>.

Por eso se puede decir que hacia el futuro, de alguna forma, son derechos “contramayoritarios”, es decir, derechos que, a salvo una reforma constitucional, no

---

<sup>17</sup> JIMÉNEZ CAMPO, J., “Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, pág. 23, por más que este autor reconoce que la falta de tutela jurisdiccional supondría una lesión del contenido esencial del derecho, pues éste exige, también, protección y tutela para hacerlos efectivos.

<sup>625</sup> Ciertamente se maneja en la doctrina la categoría de derechos fundamentales como algo distinto y superior, en una jerarquía de los derechos constitucionales. Sin embargo, si rechazamos que no es su protección reforzada, su ubicación o su aplicabilidad inmediatas lo que les confiere ese carácter, sino su resistencia al legislador en su contenido esencial, habrá que reconocer que ello no es tampoco un rasgo definitorio de su “fundamentalidad”, sino de su naturaleza de derecho, pues no cabe pensar en un derecho que pudiera ser vaciado de contenido o desfigurado por el legislador sin que, por ello, perdiera tal condición. En definitiva, todos los derechos son resistentes al legislador, todos tienen un contenido que no puede ser abatido sin que pierdan su propia vigencia pero todos, también los derechos fundamentales, pueden ver limitados ciertos contenidos cuando se articulan en un sistema en el que otros derechos con los que friccionan están igualmente vigentes.

amparo, judicial o constitucional, lo que identifica y sirve como criterio diferenciador de que realidad jurídica sea un derecho fundamental.

Sin embargo, su carácter de derechos “frente al legislador” no nos ofrece todos los rasgos de su fisonomía. Tal y como este autor se ha preguntado: ¿acaso no son todas las normas constitucionales oponibles al legislador?.

Para contestar a esta pregunta es preciso avanzar un paso más y definir en qué consiste ese carácter oponible que los caracteriza (su resistencia material). Pues bien, tal resistencia no significa exclusión de toda intervención sino limitación de las posibilidades de hacerlo, y, desde luego, no impide apreciar que los derechos fundamentales están necesitados, en ocasiones, de delimitación legislativa. Como veremos más adelante, existen derechos fundamentales que precisan de un complemento legislativo para ser efectivos, pues sin una ley que regule su ejercicio no pasan de ser, en la práctica, sino meros enunciados programáticos.

Aquí aparece con toda claridad la paradoja que nos ocupa: los derechos fundamentales se proclaman y nacen con vocación de resistencia a la acción del legislador pero no lo hacen en el vacío, sino en un concreto ordenamiento previo, y, las más de las veces, viven a través de una legalidad sin la cual son casi impracticables.

Por ello, su supuesta aplicabilidad inmediata no puede afirmarse como criterio identificador, porque en muchas ocasiones precisan de la mediación legal delimitadora. Tampoco lo es su justiciabilidad inmediata, por más que así parezca inducirse del art. 53.2 CE, conforme al cual, cualquier ciudadano podrá recabar su tutela ante los

constitucional u ordinario, según los sistemas) que pasa a tener, en este ámbito, el control de la actividad legislativa y de su acomodación a la Constitución<sup>621</sup>.

### C. *La resistencia material de los derechos fundamentales*

Es precisamente la resistencia del derecho fundamental a la acción del Estado y, por lo que nos interesa, frente al legislador, lo que permite caracterizar de “fundamentales” a los derechos reconocidos constitucionalmente. Y la resistencia de la que hablo, cabe anticiparlo ya, no es una resistencia formal o procedimental, sino una resistencia material y sustantiva, que permite partir de la afirmación de que hay ámbitos de libertad absolutamente vedados a la acción del legislador (por ejemplo, se puede afirmar, sin temor a duda, que en ninguna circunstancia, bajo ningún condicionamiento el legislador, cualquiera que fuera su mayoría, podría, sin violar la Constitución, restablecer la pena de muerte en tiempo de paz, o negar a un ciudadano su derecho a no declarar contra sí mismo).

JIMÉNEZ CAMPO ha insistido en esta nota como definitoria y característica de la idea misma de derecho fundamental<sup>622</sup>. En su opinión, pese a la vacilante terminología utilizada en la jurisprudencia constitucional acerca de qué derechos son los fundamentales<sup>623</sup> y que cosa sea lo que los caracteriza, se puede afirmar que ni es una determinada ubicación sistemática en la Constitución, ni la posibilidad de impetrar su

---

<sup>621</sup> Sobre los diferentes sistemas de control constitucional de la ley, *vid* OTTO Y PARDO, I. DE, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, *op. cit.*, págs. 144-147.

<sup>622</sup> JIMÉNEZ CAMPO, J., “Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, págs. 448-450.

<sup>623</sup> El concepto estricto que emplea, en ocasiones, el Tribunal es fruto de la pretensión de identificar el derecho fundamental con el ámbito material al que se refiere la reserva de ley orgánica definida en el art. 81.1 CE.

adquiriendo por sí mismos fuerza jurídica. El legislador, sin perder su legitimidad, pasa a ser visto, también, como una eventual fuente de peligro ante la que deben adoptarse precauciones. La Constitución pasa del mundo de “lo político”, al mundo del Derecho<sup>618</sup>. Por encima de la voluntad de las mayorías, democráticamente expresada, hay contenidos materiales que vinculan al legislador. Con la aparición de las jurisdicciones constitucionales el mito de la soberanía plena del Parlamento queda destruido<sup>619</sup>. Es precisamente la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad *material* de las leyes la auténtica novedad de nuestro sistema jurídico.

La constitucionalización de los derechos y libertades ciudadanas, la adquisición de su carácter de fundamentales, presupone, como veremos, la idea de contenido esencial. El hecho de que el reconocimiento constitucional del derecho fundamental tenga, en sí mismo, efectos jurídicos con carácter previo a la ley, e incluso, en contra de ella, significa, necesariamente, que ésta queda supeditada a un contenido previamente declarado en la Constitución.

Se ha producido, por tanto, un auténtico cambio de función<sup>620</sup>: la garantía última de los derechos fundamentales se traslada del legislador al Juez (sea éste Juez

---

M., *Introducción a la teoría del estado: fundamentos históricos de la legitimidad del estado constitucional democrático*, Depalma, Buenos Aires, 1980.

<sup>618</sup> RUBIO LLORENTE, F., “La interpretación de la Constitución”, *La forma del poder*, 2ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

<sup>619</sup> Y en general, cualquier atribución de soberanía. El pueblo constituyente —y en esa medida, titular de la soberanía, sujeto previo a la Constitución misma— es, al mismo tiempo, pueblo constituido, por lo que de una parte aparece como pueblo soberano y, por otro, sometido a la Constitución. Y tampoco la posición de la ley en el ordenamiento es de soberanía pues “La primacía de la Constitución implica que todas las fuentes del derecho, incluida la ley, tienen la posición que la Constitución les asigna y que los términos en que el reglamento se subordina a la ley no dependen ya de ésta, sino de prescripciones constitucionales”. OTTO Y PARDO, I. DE, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, op. cit., pág. 139.

<sup>620</sup> Este obligado cambio de función no ha supuesto sólo una reducción del papel de la ley en el ordenamiento jurídico, sino que ha dado lugar a un patológico “decremento de la ley”, conforme al cual, la interpretación principialista sustituye a la necesaria sujeción del Juez a la ley, dando, así, lugar a una eferescente creación judicial del Derecho que, sin duda, pone en grave peligro la seguridad jurídica. ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil*, op. cit., págs. 21-45.



sino también la fuente inmediata de los derechos y libertades. Dicho de otro modo, sólo en la medida en que la ley los reconocía era posible impetrar su protección judicial.

La ley, como se ha dicho<sup>615</sup>, era, a la vez, omnipotente, de forma que el poder del legislador resultaba, en gran medida ilimitado. No se trata solo de que ocupara el primer lugar en la escala jerárquica de las fuentes del Derecho, sino que no era posible identificar límites a su actuación; no existía pese a las Constituciones, una suprallegalidad jurisdiccionalmente garantizada<sup>616</sup>.

Semejante estado de cosas va a cambiar radicalmente en Europa tras el crítico periodo de entreguerras que culminó en la Segunda Guerra Mundial. Al acabar ésta, la experiencia histórica quebró la ingenua confianza en el legislador, nacida del deslumbramiento hacia su origen electivo, y, por ello, representativo, al constatar que el uso arbitrario de las mayorías parlamentarias llegó, singularmente, pero no sólo, en el III Reich, a privar a los ciudadanos de sus derechos bajo la excusa de lograr su debida protección<sup>617</sup>.

A partir de este momento histórico, en el Estado constitucional de Derecho, los derechos y libertades públicas se hacen fundamentales, es decir, se constitucionalizan,

---

<sup>615</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, op. cit., pág. 41; VIVES ANTÓN, T.S., en "Dos problemas del positivismo jurídico", *Escritos Penales*, Universidad de Valencia, Valencia, 1979, págs 353 y ss.

<sup>616</sup> Por razones históricas que no pueden aquí analizarse, otra fue la situación en la historia del constitucionalismo norteamericano. Allí, desde el primer momento, la constitución se impuso a las leyes de la metrópoli de la que la Unión se independizaba, por lo que devino jurídicamente aplicable y oponible en los Tribunales. Así puede detectarse, incluso, en la redacción de la primera de las enmiendas que se adicionaron a su texto: "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 peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances." *Vid.* al respecto, CRUZ VILLALÓN, P., "Formación y evolución de los derechos fundamentales", op. cit., págs. 43 y ss.

<sup>617</sup> Una exposición histórica detallada de este período puede verse en NEUMANN, F., *Behemoth: pensamiento y acción en el nacionalsocialismo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983 y en KRIELE,

liberal, que, al tiempo que otorgaba a la ley una posición preeminente dentro del sistema de fuentes —en tanto que expresa la voluntad general—, la identificaba por su origen parlamentario su capacidad de innovación del ordenamiento y su resistencia a no ser modificada salvo por norma de igual rango.

De este proceso de cambio, clásico en el estudio del Derecho constitucional, interesa resaltar el paralelo cambio de signo que la ley ha experimentado en el sistema de los derechos y libertades de los ciudadanos. En su virtud, la actividad del legislador ha pasado de ser vista como la última garantía de los derechos y libertades a ser contemplada también como una fuente de peligro para la libertad, ante la cual han de adoptarse precauciones.

En efecto, en un proceso histórico cuyo inicio, en nuestro continente, cabe situar en la Revolución Francesa, la ley, expresión del principio democrático, es el instrumento jurídico a través del cual se actúa la voluntad del pueblo. No existe otra fuente originaria del Derecho que no sea la ley, que opera, así, como garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos frente a la actuación del Gobierno y la Administración. La consagración del principio de legalidad, y la misma idea de Estado de Derecho, supone que únicamente la ley puede proteger jurídicamente situaciones que, en otro caso, serían puramente fácticas: sólo la ley puede establecer derechos y obligaciones cuyo cumplimiento puede ser forzado mediante el uso del poder<sup>614</sup>.

Los derechos y libertades gozaban entonces de esa misma protección: quedaban garantizados por la ley frente a la actuación del Gobierno y la Administración, pero no eran resistentes a la actuación del legislador. La ley era, en tal sistema, no sólo la garantía de los derechos y libertades frente a la actuación arbitraria del Poder ejecutivo,

---

<sup>614</sup> Sobre las diferencias con el sistema germánico, donde en aquel momento regía el principio monárquico, *vid.*, OTTO Y PARDO, I. DE, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, *op. cit.*, págs. 37-41 y 129-137.

habitual, que, en nuestro sistema, los derechos fundamentales, así como el resto de contenidos constitucionales, aspiran a vincular positiva y negativamente, al legislador.

Esta doble vinculación expresa, en su vertiente negativa, los límites de su actuación, es decir, hasta dónde puede llegar el legislador cuando trata de normar cuestiones relacionadas con el contenido de los derechos fundamentales. La vinculación positiva, por contra, se refiere tanto a su carácter de elementos ordenadores de la convivencia jurídica, como a las obligaciones constitucionales que pesan sobre el legislador que ha de actuar en defensa de los derechos fundamentales logrando que éstos desplieguen su eficacia con plenitud, incluso frente a agresiones que no procedan de los poderes públicos.

Esta idea de legislador contenido o limitado por la Constitución pone claramente de relieve la reducción que, en el papel de la ley, ha supuesto la implantación del Estado constitucional de Derecho.

#### **B. *El cambio de función de la ley en el sistema constitucional de los derechos fundamentales***

Con más acierto y detalle del que en esta reflexión puede hacerse, ha sido puesto ya de relieve el cambio de significación que el propio concepto de ley ha sufrido tras la implantación del Estado constitucional de Derecho<sup>613</sup>. La normatividad de la Constitución ha supuesto que, para la aplicación y comprensión de nuestro ordenamiento jurídico, no sea adecuado ya el tradicional criterio heredado del constitucionalismo

---

<sup>613</sup> JESCH, D., *Ley y administración: estudio de la evolución del principio de legalidad*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978; STARCK, C., *El concepto de ley en la Constitución alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979; RUBIO LLORENTE, F., "La interpretación de la Constitución", *La forma del poder*, 2ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Cívitas, Madrid, 1999, pág. 41.

## 2. Presupuestos constitucionales de la intervención legislativa: la Constitución y el legislador de los derechos fundamentales

### A. Legislar sobre derechos fundamentales

El punto de partida del presente análisis pasa por resaltar que la regulación penal cuya viabilidad se examina afecta a conductas de las que, inicialmente, se puede afirmar que se hallan *relacionadas* con el ejercicio de un derecho fundamental. Si fuera posible trasladar a este ámbito la expresión wittgensteiniana, se podría decir que mantienen un “aire de familia” con aquellas otras que definen el ejercicio de la libertad de expresión.

No es preciso, ahora, mayor concreción en este punto, pues la determinación del tipo de relación que dichas conductas mantienen con el contenido del derecho fundamental a la libertad de expresión e información es algo que depende de la propia concepción que se sustente acerca de la misma idea de derecho fundamental y, a partir de ella, acerca de cual sea el *contenido* de los derechos fundamentales.

Es bastante ahora con traer a colación una cuestión central en el debate constitucional: ¿acaso cabe imaginar un legislador de los derechos fundamentales?. ¿No son, precisamente por su carácter de fundamentales, resistentes a la acción del legislador?. Y si lo son, como unánimemente se defiende, ¿cuál es el grado de resistencia?. O dicho de otro modo, ¿en qué consiste y cuál es el grado de vinculación que el reconocimiento constitucional de un derecho fundamental establece sobre el legislador?.

Como con acierto ha puesto de relieve CRUZ VILLALÓN, la relación entre los derechos fundamentales y el legislador no es sino una parte del problema más general “Constitución y legislación”<sup>612</sup>, pues cabe decir, siguiendo una distinción dogmática ya

---

<sup>612</sup> CRUZ VILLALÓN, P., “Derechos fundamentales y legislación”, *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993, pág. 411.

incluso los órganos judiciales llegan a emplear esa expresión de “conflicto” en el momento de la interpretación y aplicación de una norma a un supuesto concreto en el que el legislador ha resuelto ya la duda a favor de uno u otro. En estos casos, sólo cabe hablar de conflicto, en puridad, si el supuesto llega hasta la jurisdicción constitucional: bien porque se procede al juicio de constitucionalidad de la norma que resuelve la concurrencia de esos derechos, *prima facie*, contrapuestos o bien porque se recurre en amparo la forma concreta en que los tribunales han interpretado y aplicado la norma en dicho supuesto. Por tanto, en presencia de norma que contempla un supuesto, los Tribunales ordinarios no manejan conflictos de derechos, sino situaciones en las que, a lo sumo, se alegan pretensiones contrapuestas y normas que los resuelven.

Es en ausencia de normas donde cabe, si acaso, calificar la situación de “conflicto”: cuando una determinada actuación que lesiona las pretensiones de un derecho trae causa en lo que se entiende ejercicio de otro derecho contrapuesto. El “conflicto” se reduce, por tanto, a los casos en que el hecho enjuiciado constituye *prima facie* ejercicio de un derecho pero se produce una incidencia en el ámbito reconocido de otro y no hay norma legal concreta o canon constitucional conocido que resuelva el caso. Y ésta es, precisamente, la situación en que nos encontramos a la hora de plantear la tutela de la imparcialidad frente a las conductas que se han identificado como lesivas: unas podrán ser constitutivas de ejercicio de la libertad de expresión, pero otras no. A tratar de esclarecer si nos encontramos en uno u otro supuesto y cómo afecta a la pretensión del legislador se dedicará la última parte de este capítulo.

derivan de la eventual afección al contenido de dichos derechos y las que nacen de la naturaleza penal de la intervención.

Fijar el marco de disponibilidad correspondiente al legislador sirve, ante todo, para ofrecer propuestas legítimas de incidencia sobre el contenido de un derecho fundamental. Sin embargo, cuando la ley tutela un derecho no siempre se produce tal incidencia, pues a menudo sucede que la conducta que se precisa prohibir o restringir no trae causa en el ejercicio de derecho alguno. En esos casos, la Constitución rebaja, por así decirlo, el nivel de exigencias, aunque nunca cabe afirmar la plena discrecionalidad de la intervención, pues siempre persiste la necesidad de preservar el mayor espacio posible a la libre actuación del ciudadano<sup>610</sup>. Por ello, resulta imprescindible determinar el fundamento, contenido y límites de las libertades de expresión y comunicación de información veraz, pues solo así se puede valorar el alcance de la intervención legal que se pretende. Ese será, precisamente el grado de resistencia que opondrán específicamente dichas libertades a la tutela penal de la imparcialidad judicial.

Por ello hay que rechazar como posición de partida la habitual afirmación de nos hallamos ante un conflicto siempre que apelando al ejercicio de un derecho se pretenda una injerencia en el ámbito de otro. Parece claro que las pretensiones alegadas no tienen por qué coincidir siempre con las pretensiones jurídicamente reconocidas, esto es, con el ámbito legal o constitucionalmente protegido, en su caso, a cada derecho<sup>611</sup>. No obstante,

---

<sup>610</sup> Precisamente porque toda regulación penal comporta limitaciones o restricciones a la libertad, con independencia de que afecte en ocasiones a derechos fundamentales concretos, se añade un segundo filtro de control constitucional sobre la razonabilidad o proporcionalidad de la misma y que se estudiará en el capítulo siguiente. La idea que subyace en este último análisis es que pese a la incidencia legislativa sobre el contenido de alguno de los derechos, el resultado proporcione una mayor libertad del sistema en su conjunto.

<sup>611</sup> CRUZ VILLALÓN Y DE OTTO mantienen que, en puridad, no existe nunca conflicto real entre derechos constitucionales, sino un problema que puede resolverse determinando los correspondientes límites de cada derecho como si el concepto de cada derecho contuviese ya la solución de los casos. Véase CRUZ VILLALÓN, P., "Los derechos al honor y a la intimidad como límite a la libertad de expresión, en la doctrina del Tribunal Constitucional", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XXXV, 1993, págs. 95-

derechos fundamentales, y su defensa, asegurando el máximo espacio posible de libertad. Precisamente por ello se han invertido los términos usuales del debate a la hora de enfocar las relaciones entre ambos derechos: en lugar de centrarnos en si la tutela de la imparcialidad es y hasta qué punto un límite legítimo a las libertades de expresión e información, voy a analizar hasta qué punto éstas pueden resistirse e impedir o limitar la tutela de la imparcialidad. Lo primero venía expresamente resuelto en el art. 20.4 CE; lo segundo exige una construcción sobre las relaciones entre la Ley y la Constitución.

La actuación legislativa a que me refiero, considerada en abstracto, persigue un fin cuya legitimidad constitucional no puede negarse: garantizar los derechos del acusado a un juicio justo y, en concreto, su derecho fundamental a un juez imparcial. Ahora bien, como también se ha dicho, no basta con constatar la presencia de un fin legítimo para habilitar cualesquiera intervenciones legislativas relacionadas con los derechos fundamentales pues, en tal caso, el legislador tendría el dominio sobre el sistema que aquéllos conforman, de forma tal que podría moldearlos a su antojo, anteponiendo unos a otros en una jerarquía de valores que no viene establecida en la Constitución.

La Constitución aspira a ser aplicada íntegramente, en bloque. El conjunto de valores que consagra no es la suma o acumulación de valores aislados, sino siempre el resultado de su contemplación conjunta. El legislador tiene, sin duda, un amplio margen de actuación que le permite hacer una u otra política legislativa de derechos fundamentales, pero en su concreción nunca puede preterir absolutamente el contenido de ninguno de ellos (de ahí su vinculación al contenido esencial de los derechos), de forma que el resultado final de la intervención legislativa, cualquiera que sea el ángulo desde el que se mire, ha de ser reconocible como una emanación del conjunto de sus prescripciones.

Así pues, para abordar la viabilidad de la tutela penal de la imparcialidad frente a las libertades de expresión e información, hay que atender al conjunto de disposiciones constitucionales que modulan las posibilidades de actuación del legislador: las que

contenido de los derechos fundamentales<sup>686</sup>. Lo cierto es que sea con categoría de principio o como aspecto inherente de la vinculación general de todos a los derechos fundamentales, el compromiso de los poderes públicos con su vigencia efectiva está fuera de dudas<sup>687</sup>.

### C. Reglas para la interpretación de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales son, ante todo, derechos constitucionales y, por tanto, para determinar sus contenidos, límites y relaciones deben tenerse en cuenta los principios y reglas de interpretación que, con carácter general, presiden toda determinación de las normas constitucionales<sup>688</sup>. Esta operación es la que HESSE denomina la concreción<sup>689</sup> (“Konkretisierung”) de una norma, la determinación de lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución mediante la incorporación

---

<sup>686</sup> JIMÉNEZ CAMPO, al referirse a la vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales admite sin reservas la extensión de la protección legal frente a las agresiones que provengan incluso de quienes no son poderes públicos. *Cfr.*, JIMÉNEZ CAMPO, J., “Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, pág. 452. Específicamente, sobre el derecho a la vida, puede verse esta concepción en la STC 120/1990, FJº 7.

<sup>687</sup> “En su dimensión objetiva, los derechos fundamentales, que informan todo el ordenamiento jurídico, se erigen en componentes estructurales básicos del mismo en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política (STC 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 4.º). La significación que estos derechos adquieren dentro del orden constitucional impone a los poderes públicos el deber de garantizar su efectiva vigencia y, especialmente, obliga al legislador a proteger los valores positivados y formalizados en el ordenamiento a través de los derechos fundamentales, reconociendo, en su caso, las titularidades y obligaciones subjetivas que reputa a tal fin necesarias” (STC 129/1989, FJº 3).

<sup>688</sup> JIMÉNEZ CAMPO, J., “Interpretación de la Constitución”, *op. cit.*, pág. 3685, con expreso apoyo en HESSE, entiende que el cometido de la interpretación no es sino hallar el resultado constitucionalmente “correcto” y fundamentarlo a través de un procedimiento racional y controlable, creando de este modo certeza y previsibilidad jurídicas. *Cfr.* HESSE, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, (trad. y estudio preliminar de Cruz Villalón, P.), 2ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pág. 35.

<sup>689</sup> El término “konkretisierung” del original aparece traducido como “concretización” en la edición española que aquí se maneja, pero tal sustantivo no existe en castellano, por lo que se prefiere emplear en su lugar “concreción”.

de la “realidad” de cuya ordenación se trata. El autor advierte que en el terreno de los derechos fundamentales la interpretación de las normas que los proclaman ha de partir del reconocimiento de que los derechos contienen los principios normativos superiores de todo el ordenamiento y están vinculados en su fundamento y legitimación, no tanto a valores, como a los derechos humanos<sup>690</sup>.

La interpretación jurídica de las normas constitucionales<sup>691</sup> parte de los mismos criterios que tradicionalmente rigen la interpretación en general y que, sobre la inicial construcción de SAVIGNY, recoge nuestro artículo 3.1 CC: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

En primer lugar, hay que atender al sentido literal del texto de la norma que enuncia estos derechos. Ella nos marca los límites a la labor interpretativa, límites que se erigen absolutos ya que donde “la posibilidad de una comprensión lógica del texto de la norma termina o donde una determinada mutación constitucional aparecería en clara

---

<sup>690</sup> HESSE, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, op. cit., pág. 40. *Id.*, “Significado de los derechos Fundamentales”, op. cit., págs. 92-93. Contra este método de interpretación se pronuncia muy críticamente BÖCKENFÖRDE, E.W., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, op. cit., págs. 31-32 y 34-39. Este autor sostiene que el referido método de interpretación —a caballo entre la tópica y la interpretación clásica vinculada a la norma— opera circularmente, al tener como punto de partida y límite último el mismo elemento: el texto de la norma o, mejor dicho, una referencia del mismo poco controlable ya que descansa en precomprensiones establecidas por consenso o de forma intuitivo-subjetiva.

<sup>691</sup> En la doctrina española se ocupan monográficamente del tema, entre otros, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Latina Universidad, Madrid, 1980; PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, op. cit.; del mismo *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit.; OTTO Y PARDO, I. DE, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades: la garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución”, op. cit.; ALONSO GARCÍA, E., *Interpretación de la constitución*, op. cit.; BALAGUER CALLEJÓN, F., *Interpretación de la constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997; REQUENA LÓPEZ, T., *Sobre la función de los medios y los límites de la interpretación de la Constitución*, Comares, Granada, 2001.

contradicción con el texto de la norma, concluyen las posibilidades de una mutación constitucional<sup>692</sup>.

Junto a ello, debe reconocerse que “toda Constitución se inscribe en un ordenamiento preexistente y, por tanto, en una cultura jurídica determinada, cuyas concepciones y presupuestos deben ser tenidos en cuenta por el intérprete”<sup>693</sup>. Las normas constitucionales que enuncian derechos también se deben interpretar, pues, conforme a la tradición jurídica, esto es, conforme a las categorías generales vigentes y arraigadas en el ordenamiento<sup>694</sup>. Este carácter histórico que caracteriza a toda Constitución no debe confundirse con la rechazable tendencia a asumir que sus normas son expresión de un orden de valores objetivo y prepositivo que debe el intérprete averiguar. Como afirma JIMÉNEZ CAMPO, en la Constitución se agota el orden jurídico fundamental de la comunidad<sup>695</sup>.

Además de los criterios anteriores, la interpretación constitucional viene orientada por unos principios específicos que favorecen la incuestionable fuerza normativa de la

---

<sup>692</sup> HESSE, K, *Escritos de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, pág. 109. “Una mutación constitucional modifica, de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe una significación diferente” (pág. 91). La función racionalizadora, estabilizadora y limitadora del poder que le corresponde a la Constitución admite la posibilidad de un cambio constitucional (“Verfassungswandel”) por medio de la interpretación, pero excluye el quebrantamiento constitucional (“Verfassungsdurchbrechung”), es decir, la desviación del texto en un caso concreto (*op. cit.*, pág.49).

<sup>693</sup> JIMÉNEZ CAMPO, J., “Interpretación de la Constitución”, *op. cit.*, pág. 3687.

<sup>694</sup> Así lo ha entendido el TC cuando en su STC 108/1986 dice que “la Constitución no surge, ciertamente, en una situación de vacío jurídico, sino en una sociedad jurídicamente organizada”.

<sup>695</sup> JIMÉNEZ CAMPO, J., “Interpretación de la Constitución”, *op. cit.*, pág. 3687. Vid, también, ÁLVAREZ GARCÍA, J., “Consideraciones sobre la función de la pena en el ordenamiento constitucional español”, *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, págs. 6-10. Este autor —uno de los pocos penalistas que dedica atención específica a la dogmática constitucional— se adscribe expresamente a favor de la teoría interpretativa de Müller, para sostener que la interpretación de la norma constitucional precisa de la incorporación de todos los elementos de orden social, económico, político, etc. no presentes en el texto de

norma fundamental y demás características propias de ésta<sup>696</sup> y de los que, siguiendo a HESSE, destaca<sup>697</sup>, por un lado, el de la “unidad de la Constitución” y, por otro, el de la “concordancia práctica”. Conforme al primero se afirma que la solución a un problema interpretativo debe partir de la consideración de la Constitución como un conjunto, de forma que no sólo se proyecte con eficacia sobre un precepto, sino sobre el total de sus normas. El segundo nos exige que los preceptos constitucionales y los bienes por ellos protegidos sean coordinados de tal modo en la solución de un problema que todos ellos conserven su entidad. Por lo tanto, se trataría siempre de “optimizar” los bienes que, eventualmente, estuvieran en “conflicto” de tal forma que todos quedaran salvaguardados en la solución de un caso y dotando del mayor espacio de contenido posible a cada derecho. Por eso, la imposición de cualesquiera límites debe responder siempre al principio de proporcionalidad en el sentido de que no debe ir más allá de lo que exija la realización de la concordancia entre bienes jurídicos que colisionan entre sí<sup>698</sup>.

---

la misma (que, de esta forma., sólo delimita inicialmente su ámbito posible) para integrar la “norma de decisión”. *Ibid.*, pág. 17.

<sup>696</sup> La Constitución es positiva, vinculante, histórica y, abierta como afirma JIMÉNEZ CAMPO, *Ibid.*, pág. 3686-3687.

<sup>697</sup> HESSE enuncia otros principios interpretativos que, por el momento, dejamos de lado en tanto no resultan determinantes a nuestro propósito concreto de determinación del contenido de las libertades de artículo 20.1 CE y, además, no pueden proyectarse sobre nuestro sistema constitucional sin matices. Entre ellos se incluyen el de la “corrección funcional”, el de la “eficacia integradora” y el de la “fuerza normativa de la Constitución”. HESSE, K, *Escritos de Derecho Constitucional, op. cit.*, págs.47-48.

<sup>698</sup> *Ibid.*, págs. 45-46. El autor rechaza, desde estas premisas, la admisión de dos criterios frecuentemente invocados como método de solución al aparente conflicto de derechos: la ponderación y la posición preferente de ciertos derechos sobre otros. “La ‘ponderación de bienes’ —afirma HESSE, en este sentido— carece de un criterio orientador de este tipo en lo que se refiere a sus valoraciones; no es sólo que falta una base de apoyo sino que se encuentra siempre en peligro de sacrificar la unidad de la Constitución. Lo mismo se diga cuando la relación entre las garantías y las limitaciones constitucionales de la libertad se determina en base a una *presunción de partida en favor de la libertad (in dubio pro libertate)*, no siendo por ello posible contemplar en esta presunción un principio de interpretación constitucional” *Ibid.*, pág.46.

Además, existen dos criterios que rigen específicamente en la interpretación de las normas que enuncian derechos en nuestro ordenamiento constitucional<sup>699</sup> y que son, respectivamente, los contenidos en los artículos 10.2 y 53.1 CE<sup>700</sup>. Por el primero de ellos no es que se otorgue “valor constitucional a todos y cada uno de los derechos y libertades enunciados en la Declaración y en los tratados y acuerdos a los que se remite, pero sí se impone estar a la interpretación dada a tales derechos y libertades a fin de determinar el alcance y sentido de los reconocidos en nuestra propia norma”<sup>701</sup>. Particular importancia adquiere entre ellos el CEDH por cuanto que, a diferencia de cualesquiera otros textos internacionales que enuncian derechos, éste cuenta con un órgano de interpretación que es el TEDH y cuya doctrina marca el contenido mínimo de cada uno de ellos de forma vinculante tanto en nuestro país como en cualquiera de los Estados que forman parte del mismo. Cualquier interpretación del contenido de los derechos fundamentales deberá respetar como contenido esencial mínimo el que el propio TEDH ha establecido como indisponible, sin el cual el derecho deja de existir como tal<sup>702</sup>.

---

<sup>699</sup> La categoría de derecho fundamental no puede identificarse desde la teoría general del Derecho, pero sí desde la dogmática —cuyo objetivo es la construcción e interpretación de un concreto ordenamiento jurídico—, de manera que hay que tener presentes, en esta operación hermenéutica, todas las disposiciones constitucionales que hacen referencia a los mismos: 53.1, 81.1, 10.2.

<sup>700</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, *op. cit.*, págs. 584-586

<sup>701</sup> JIMÉNEZ CAMPO, J., “Interpretación de la Constitución”, *op. cit.*, pág. 3689. En el mismo sentido con relación al específico reconocimiento en derecho interno de los límites a la libertad de expresión enunciados en el art. 10.2 *vid.* DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, L.M., “Parlamento, proceso y opinión pública”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 18, 1986, pág. 106.

<sup>702</sup> HÄBERLE se refiere con carácter de principio a esta regla de interpretación —ya positivizada en nuestro sistema constitucional— a la que denomina “quinto método” como la comparación en el ámbito de los derechos fundamentales entre diferentes ordenamientos nacionales o entre cada uno de ellos y el ordenamiento supranacional de referencia. *Cfr.* HÄBERLE, P., “Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Exposición y crítica”, *op. cit.*, págs. 26 y ss.

Este último supuesto es el que contempla el referido artículo 10.2 CE. *Vid.*, en el mismo sentido, JIMÉNEZ CAMPO, J., “Interpretación de la Constitución”, *op. cit.*, pág. 3689.

Por el segundo, como ya he tenido ocasión de explicar, se establece la prohibición para el legislador de los derechos fundamentales de desnaturalizar dicho contenido mínimo, esencial —en la terminología del constituyente— el que permite afirmar la vigencia del derecho. Los derechos fundamentales tienen un valor central en el sistema jurídico, de modo que su “limitación o supresión en una democracia sólo se justifica en aras de la defensa de los propios derechos fundamentales” (STC 25/1981). Como ya he mencionado reiteradamente, la característica que permite identificar a los derechos fundamentales como tales, por encima de cualesquiera garantías en uno u otro sistema constitucional es su resistencia frente a todos los poderes públicos.

#### D. *Limitación y delimitación. Colisión y articulación*

Los nuevos planteamientos que se extraen de las tesis del liberalismo contemporáneo abogan también por un compromiso positivo del Estado con los derechos fundamentales<sup>703</sup>, de forma que se está produciendo un acercamiento con los postulados que hicieron desde su comienzo las llamadas tesis institucionales<sup>704</sup>. En efecto, esta comprensión más amplia de los derechos y de sus funciones exige una actividad conformadora del legislador, a quien no se puede seguir considerando como un enemigo de las libertades<sup>705</sup>, sino que ha de jugar un papel de promotor de las mismas.

---

<sup>703</sup> Vid. MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, *op. cit.*, págs. 4-7. En las filas de liberales americanos que actualmente sostienen esta nueva visión de los derechos resulta paradigmática la presencia de FISS, O., *The Irony of Free Speech*, *op. cit.*

<sup>704</sup> Aquí se emplea el término en sentido genérico para incluir todas aquellas dogmáticas duales de los derechos fundamentales, es decir, que contemplan la doble dimensión o funcionalidad, subjetiva y objetiva, de los mismos.

<sup>705</sup> Expresión empleada tanto por HÄBERLE, P., “Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Exposición y crítica”, *op. cit.*, como por FISS, O., *The Irony of Free Speech*, *op. cit.*, pese a que cada uno de ellos se sitúa geográfica y doctrinalmente en universos distantes.

Libertades que pasan a dotarse de un contenido estrictamente jurídico, y no fáctico o prejurídico, porque su definición y garantía corresponde, precisamente, al legislador.

De esta forma, el legislador concreta el contenido de los derechos dentro del marco de opciones, de conjunto de valores que la Constitución le oferta como programa, pero al hacerlo carece de eficacia constitutiva —algo que, por definición, le está vedado—, es decir, no posee la libre facultad de disposición sobre el conjunto de facultades, derechos concretos y posiciones jurídicas conectadas con el bien jurídico vinculado a cada derecho fundamental<sup>706</sup>, pues los elementos que conforman su esencia son ilegislables. El legislador, como ya se ha dicho, ni crea ni puede hacer desaparecer los derechos fundamentales.

Sin embargo, la proclamación simultánea de todos los derechos en la Carta Magna —con su máximo contenido posible de libertad— carecería de valor en el vacío. Los derechos existen en un sistema jurídico y por ello el legislador debe necesariamente articularlos en la práctica, y al hacerlo, posee sin duda unas amplias facultades —las que la propia Constitución le otorga—, pero inevitablemente debe limitar el contenido jurídico de cada derecho<sup>707</sup>. En esa limitada medida se puede seguir aceptando la

---

<sup>706</sup> El legislador no puede menoscabar en una ley el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho (o contenido normal, en terminología del propio TC) salvo que así lo exija la tutela de otros derechos o intereses constitucionales y aun en esos casos, deberá hacerlo imponiendo límites proporcionados al derecho que de ningún modo afecten a su contenido esencial. La asunción de esta afirmación acerca de la limitada capacidad operativa del legislador de los derechos fundamentales no excluye que hayamos de asumir, al mismo tiempo, las excepciones que a la misma pueden oponerse derivadas de la existencia de los llamados derechos de configuración legal. En efecto, respecto de los mismos, este limitado papel atribuido al legislador se ensancha hasta variar de naturaleza, es decir, que se traspasa el terreno de la simple limitación para entrar en el de la delimitación, en una actuación auténticamente constitutiva de los mismos. La problemática de esta categoría de derechos exige un tratamiento pormenorizado que en modo alguno puede abordarse en este trabajo.

<sup>707</sup> VIVES se refiere al contenido conceptual del derecho, determinado por la historia y la ideología, frente al contenido jurídico, que no es sino el que la ley precise. El primero no prefigura el segundo, pues la Constitución sustrae a la intervención legislativa sólo el núcleo duro que es imprescindible para que la libertad concreta exista. El "Leitbild" del derecho, sus fronteras, los elementos que constituyen la esencia, quedan delimitadas por la tradición jurídica que está abierta a la evolución; el resto de elementos son

contemplación de los derechos fundamentales como derechos de resistencia o “derechos contramayoritarios” como gusta calificarlos a cierta doctrina norteamericana<sup>708</sup>. En definitiva, se trata de “derechos resistentes en su contenido esencial a la acción legislativa” tal y como se deriva del artículo 53.1 CE<sup>709</sup> pero, en lo demás, se tutelan, regulan y ejercen, en consecuencia, con un contenido limitado por la ley en la forma en que el legislador estime oportuna para poder garantizarlos todos y a todos los ciudadanos.

El “contenido constitucionalmente protegido” se estructura en dos zonas: una central, intangible para el legislador o “contenido esencial” y otra externa, o “contenido inicialmente protegido” dado que sus elementos integrantes pueden ser sacrificados con el objeto de preservar otros derechos o bienes o los mismos derechos pero para todos por igual conforme al principio de proporcionalidad<sup>710</sup>.

Siguiendo este esquema espacial<sup>711</sup> del contenido de los derechos fundamentales suele distinguir la doctrina<sup>712</sup> entre unos límites extrínsecos y otros intrínsecos, es decir, los que operan una restricción sobre un derecho y los que definen su propio espacio de

---

susceptibles de intervención por el legislador que necesita garantizar todas las libertades pero, sobre todo, cualquier libertad concreta, a todos por igual. VIVES ANTÓN, T.S., “La libertad y las libertades” (Conferencia dictada en los cursos de verano de la UNED en Gandía, mayo de 1998, cuyo manuscrito inédito ha sido amablemente cedido por el autor).

<sup>708</sup> También entre nosotros se apunta esta idea por MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pág. 17 cuando afirma que “La garantía del contenido esencial, que el artículo 53.1 CE proclama (...), no es la garantía de la ley proporcionada sino *la garantía frente a la ley proporcionada*.”

<sup>709</sup> JIMÉNEZ CAMPO, J., “Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, pág. 450.

<sup>710</sup> MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pág. 170.

<sup>711</sup> *Ibidem*. Este autor cita como precedente de esta terminología a Theodor Maunz en *Deutsches Staatsrecht* (1978). También podemos mencionar en el mismo sentido a Schmidt-Jörtzig en *Die einrichtungsgarantien der Verfassung* (1979).

contenido. Sin embargo, considero que límites, en puridad, sólo son los primeros (“Schranken”) —los materiales— mientras que los lindes de un derecho (“Grenzen”), los términos que permiten definirlo como tal, no lo son, tanto si éstos se deducen de las normas que propiamente lo consagran, como de las que consagran los demás derechos. En estos últimos casos, suele optarse por el empleo de términos como “fronteras”<sup>713</sup>, límites necesarios y directos<sup>714</sup> o delimitación constitucional objetiva de los derechos (directa o indirecta)<sup>715</sup>. La Constitución delimita los derechos objetivamente —por si o remitiendo a otra norma— y apodera al legislador a limitar su ejercicio o su titularidad subjetiva. Lo que queda “fuera” del contenido objetivo, de la frontera, de los límites inmanentes, no son derechos sino otro conjunto de pretensiones, unas veces jurídicamente reconocidas (ej.: otros derechos e intereses) y otras no (ej.: supuestos de abuso de derecho).

Dejando a un lado, pues, las fronteras que definen constitucionalmente el derecho, encontramos los auténticos límites, los materiales, cuando una conducta que constituye auténtico ejercicio de la correspondiente libertad queda vedada, porque la propia Constitución apodera al legislador a hacerlo así<sup>716</sup>. Sin embargo, —siguiendo a JIMÉNEZ CAMPO— el legislador, en realidad, lo que hace es limitarlo subjetivamente cuando

---

<sup>712</sup> AGUIAR DE LUQUE, L., “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993, págs. 16-17; ASÍS ROIG, R. DE, “Sobre los límites de los derechos”, *op. cit.*, *passim*.

<sup>713</sup> VIVES ANTÓN, T.S., “Sentido y límites de la libertad de expresión”, *op. cit.*, págs. 367-371.

<sup>714</sup> MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pág. 15

<sup>715</sup> Sostiene JIMÉNEZ CAMPO que la “limitación” de un derecho fundamental se reduce a estos supuestos. Todo lo demás es delimitación, determinación del contenido posible de los derechos que la propia Constitución acomete, como hemos dicho, de formas diversas: directamente (al definir positiva o negativamente los elementos integrantes del derecho) o indirectamente (al insertar el derecho en el sistema de los derechos fundamentales resultan precisados ulteriormente sus propios contornos). JIMÉNEZ CAMPO, J., “Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, pág. 456 y ss.

<sup>716</sup> VIVES ANTÓN, T.S., “Sentido y límites de la libertad de expresión”, *op. cit.*, pág. 371.

prohíbe su ejercicio o su titularidad subjetiva<sup>717</sup> porque nunca podría limitar objetivamente el derecho creado por la Constitución: su carácter fundamental proviene, precisamente, de su resistencia a éste.

Esta última opinión no puede compartirse sin matizaciones. Desde luego es indiscutible que lo que caracteriza a los derechos fundamentales es, precisamente, su resistencia frente a todos los poderes públicos, incluido el legislador, de manera que la ley no puede desarrollarlos (artículo 81.1 CE) en sentido “biológico” —esto es, hacerlos crecer o decrecer— pero sí puede **concretar**<sup>718</sup> las facultades que a sus titulares se le reconocerán en última instancia como legítimas y determinar la forma de ejercitarlas<sup>719</sup>. Tal es el sentido que cabe atribuir a la disposición contenida en el apartado 1 del artículo 53 CE en la que se determina que el límite último del legislador de los derechos fundamentales estriba en el respeto por su contenido esencial.

En efecto, ya se ha hablado de la vinculación del legislador a los derechos fundamentales, tanto en su dimensión objetiva —imponiéndole el mandato de garantizar su vigencia—, como subjetiva —prohibiendo injerencias en el ámbito por ellos acotado salvo que la propia Constitución las autorice—<sup>720</sup>. Por otra parte, los derechos no existen en el vacío y para lograr su eficacia es imprescindible la intervención del legislador, de manera que “ley y derechos fundamentales devienen, por tanto, mutuamente vinculantes

---

<sup>717</sup> JIMÉNEZ CAMPO, J., “Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, pág. 458.

<sup>718</sup> VIVES explica que la concreción de la definición de los contenidos de los derechos —desarrollo a los efectos del 81.1 CE para DE OTTO— es limitación en los siguientes términos: “Si *desarrollar* es *concretar* el concepto abstracto del derecho, entonces vale tanto como añadir nuevas notas a las que lo perfilan en la norma constitucional y, por consiguiente, aumentar su comprensión (o *denotatum*) y *reducir* su *extensión* (o *designatum*), o sea, *ponerle límites*.” VIVES ANTÓN, T.S., “Ley y derechos fundamentales (Acerca del principio de legalidad en materia penal)”, *op. cit.*, pág. 375.

<sup>719</sup> También emplea este término para referirse a la naturaleza de la tarea del legislador de los derechos fundamentales MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, *op. cit.*, págs. 23 y ss.

<sup>720</sup> *Ibid*, pág. 8.

y vinculados”<sup>721</sup>. Lo que ocurre es que las normas de derechos fundamentales imponen diferentes grados de vinculación en función del diverso nivel de eficacia que irradian, siendo más estrictas en el fin (efectiva vigencia) que en los medios (de tutela) respecto de la concreción de la dimensión objetiva y menos estricta aún en la concreción de su dimensión subjetiva, es decir, en la configuración de límites al contenido de los mismos (lo necesario para proteger otros derechos o bienes de naturaleza constitucional, de forma proporcionada, y sin afectar al contenido esencial).

La Constitución es, por su propia naturaleza, parca en sus declaraciones, y ello atañe especialmente a las normas reconocedoras de derechos fundamentales en tanto se la concibe como una “ordenación marco” o, en palabras del propio TC, “un marco de coincidencias lo suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo” (STC 11/1981, F.J.º7).

No hay pues más remedio que abordar con mucho esfuerzo la tarea de interpretar y precisar el sentido de sus normas para conocer el contenido de pretensiones reconocidas a cada derecho fundamental. El legislador “tantea” en una norma constitucional incompleta cuáles son las facultades y posiciones jurídicas que definen el derecho y el máximo intérprete vigila que cualquier norma propuesta por aquél no haya rebasado el marco de discrecionalidad que constitucionalmente viene impuesto.

Esta tarea se va construyendo históricamente y va conformando la propia tradición constitucional en relación con el sistema derechos fundamentales de cada ordenamiento nacional. Va cambiando con el tiempo y las circunstancias, puede acoger como pretensiones legítimas algunas que inicialmente era imposible plantear (como ocurre de forma evidente con el derecho a la intimidad) o llegar a descartar algunas con tal de que no se desfigure la imagen central que del derecho se tiene o la convicción generalizada

---

<sup>721</sup> *Ibid*, pág. 24.

de su vigencia<sup>722</sup>. En este proceso, la vinculación al contenido mínimo de los derechos que marca la jurisprudencia del TEDH con relación a las exigencias derivadas del CEDH tiene también, como ya se ha señalado, una enorme influencia.

*E. El contenido esencial de los derechos fundamentales como límite de la actuación legislativa sobre los mismos*

El respeto por el contenido esencial de los derechos es la garantía básica prevista por la CE en favor de los derechos fundamentales y de la que carecen el resto de los derechos, bienes e intereses constitucionales. Esta especial vinculación representa un límite infranqueable al legislador, una limitación al principio general de libertad de actuación que corresponde a los poderes públicos en nuestro sistema político. El legislador no puede disponer libremente cualquier limitación al ejercicio de estos derechos y, desde luego, ninguna que afecte al contenido mínimo que permite identificarlos como tales.

Sin embargo, este contenido esencial no es algo inmutable ni preexistente. Es cierto que el derecho fundamental se impone al legislador pero no es pre-constitucional. Y lo que conforma ese contenido es, precisamente, lo que resulta del proceso de articulación del derecho o libertad de que se trate en el sistema de libertades constitucionales, tomando como medida la tradición, los propios principios constitucionales y los valores superiores del ordenamiento que en ella se proclaman — en los artículos 1 y 10 CE—, además de las disposiciones que con carácter específico se establezcan en la CE respecto de cada derecho (como ocurre, por ejemplo, en el artículo 20.4 CE).

---

<sup>722</sup> “El contenido esencial sirve para remitirse al estándar mínimo de protección de los derechos asumido por la conciencia jurídica imperante en la órbita cultural en que nos insertamos”. *Ibid.*, pág. 17.

La determinación del contenido esencial no es tarea del legislador sino del constituyente y, por tanto, el control de su observancia sólo corresponde al Tribunal Constitucional respecto de las leyes que le sometan a examen y en el contexto del sistema de los derechos fundamentales. Si la ley hace reconocible el derecho el TC declara que (los límites) han respetado su contenido esencial, y ello conforme a la tradición de la cultura jurídica, esto es, a las “ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas” (SSTC 11/1981, FJ 8º y 49/1988, FJº 5º). El Tribunal Constitucional construye el derecho al aplicar la Constitución a la ley, algo inherente al momento de interpretar la Constitución misma<sup>723</sup>.

El contenido esencial es lo que permite afirmar que el derecho, en pureza, existe y subsiste frente a las mutaciones del tiempo. Es una noción que tiene que ver más con las coordenadas de tiempo que con las de espacio, que se perfila por un proceso de decantación histórica, que conforma la tradición jurídica y que resulta permanente pese a las mutaciones legales. Las fronteras del derecho son variables, se van transformando con el tiempo, incorporando nuevos contenidos y sustrayendo otros que se entienden ya como trasnochados<sup>724</sup>. Resulta más factible pronunciarse acerca de cuáles se excluyen, que cuáles lo integran, porque en ése y no otro sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional<sup>725</sup> en sus decisiones acerca de la constitucionalidad de una norma que establece límites a un derecho en favor de la tutela de otro derecho u otro interés

---

<sup>723</sup> JIMÉNEZ CAMPO, J., “Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, págs. 483-484.

<sup>724</sup> Este proceso se ve más claramente en relación con ciertos derechos fundamentales que están en pleno proceso de desarrollo y cambio como consecuencia de factores extrajurídicos, como por ejemplo, el derecho a la intimidad frente a la aparición de nuevas tecnologías al servicio de la seguridad, el mercado, la competencia, las comunicaciones, etc. Algo similar ocurre con relación a la libertad de expresión y los medios de comunicación social, cuya composición, posición en el mercado y funciones han variado considerablemente en las últimas décadas.

<sup>725</sup> El TC se pronuncia acerca de si una limitación al ejercicio de un derecho prevista en la ley o su concreta aplicación resultan conformes constitucionalmente, es decir, si no se ha vulnerado su contenido esencial —además del control sobre el resto de exigencias antes mencionadas—.

cualquiera. Pues bien, de esas declaraciones constantes puede extraerse una idea de aquellos contenidos de los derechos que de forma constante se oponen a una intervención restrictiva del legislador porque, de otro modo, sería imposible definir en qué consisten o su vigencia real.

## **II. Las libertades de expresión y de información como derechos fundamentales resistentes a la pretensión de tutela de la imparcialidad**

### **1. Introducción**

El artículo 20 de nuestra Carta Magna es el reflejo de un compromiso con un concepto específico de la libertad de expresión y, por ello, una buena forma de aproximarse a su estudio pasa por examinar las razones que justifican la protección de estas libertades y la valoración de su importancia en el conjunto de la Constitución.

Sin embargo, de este enunciado no se puede concluir de una manera definitiva cuál es ese fundamento, ni tampoco su función, pues no se alude al bien jurídico o realidad que con su reconocimiento se pretende tutelar. De manera que a la búsqueda de la integración de dicho precepto se han formulado diversas teorías que, en función del bien asignado, dotan de uno u otro contenido a las libertades de expresión e información.

Como iremos viendo, más que optar de forma excluyente por una u otra de estas teorías, detrás de la proclamación constitucional de estas libertades cabe hallar espacio para la tutela de los múltiples valores que ellas patrocinan y que históricamente se han ido incorporando de forma consecutiva, uno tras otro, al acervo común de los valores compartidos en la cultura occidental. En este sentido nuestra Constitución se sitúa en la misma línea que otros textos constitucionales de nuestro entorno, en los que la proclamación de la libertad de expresión también acoge pretensiones de tutela y garantía de valores diversos, unos relacionados con los derechos inalienables de la persona (ej.: el

libre desarrollo de la personalidad, la autorrealización), y otros más próximos a los principios o los presupuestos de sostenimiento del sistema político democrático (como la dignidad de la persona o el pluralismo).

La tutela de esta pluralidad de valores que resulta del reconocimiento constitucional de las libertades de expresión e información explicaría, en buena medida la especial consideración que se tiene por ella en el sistema constitucional frente a otros derechos o intereses; incluso muchas son las voces que han atribuido una especial posición a estas libertades en el sistema constitucional y hasta en el conjunto de los derechos fundamentales. Más adelante volveré sobre esta cuestión a fin de determinar con toda la precisión posible cuál es esa particular trascendencia que se atribuye a estas libertades y cómo se proyecta en la práctica en sus relaciones con a otros derechos e intereses constitucionales, si se trata de una posición jerárquica superior o, más bien de un contenido más amplio y con más peso que el de otros derechos con los que compiten por un espacio de ejercicio legítimo.

Los fundamentos que se asignan a las libertades de expresión y de información desde la filosofía del Derecho o la filosofía política van a servirnos de punto de partida en la interpretación de las normas que explícitamente las proclaman en nuestra Constitución. Es evidente que en los conceptos que emplean las normas constitucionales se vislumbran argumentos de aquella naturaleza que resultan relevantes, al menos, en una primera aproximación hermenéutica. No podrían invocarse en la aplicación judicial ordinaria directamente ni servir de criterio último al legislador porque, como sabemos, el texto representa un límite infranqueable y en ninguna medida podrían obviarse sus disposiciones en nombre de argumentos filosóficos o políticos<sup>726</sup>. Sin embargo, el

---

<sup>115</sup> Entre los rasgos que caracterizan a una Constitución como la nuestra y que deben tenerse presentes en toda interpretación de sus normas se incluye su carácter vinculante, esto es, el carácter preceptivo que poseen todas sus normas (art. 9.1 CE lo expresa explícitamente). *Vid.* JIMÉNEZ CAMPO, J., "Interpretación de la Constitución", *op. cit.*, pág. 3686.

intérprete constitucional se sirve de estos argumentos para integrar y dar sentido al sistema de valores constitucionales.

Una vez identificados estos argumentos, hay que pasarlos por el tamiz de nuestro particular texto constitucional para modular y contrastar algunas de sus proposiciones. Es evidente que un argumento filosófico sobre el fundamento de las libertades de expresión y de información carece de las limitaciones geográficas que tienen los de naturaleza jurídica pero, en definitiva, el propósito último es indagar sobre el contenido y los límites de las libertades de expresión e información en nuestro ordenamiento jurídico<sup>727</sup>.

Una cosa está clara: la determinación del fundamento de estas libertades permite identificar el “Leitbild” o imagen rectora de estos derechos, el contenido mínimo infranqueable al legislador que está garantizado por su reconocimiento constitucional, aquellos rasgos sin los cuales no se puede decir, en puridad, que el derecho formalmente reconocido, existe materialmente. El llamado contenido esencial sólo puede establecerse, precisamente, por referencia a ese valor en el que trae causa la tutela jurídica de las libertades de expresión y de información.

Distinta afirmación cabe hacer respecto de la función. En efecto, la integración de estas libertades como derechos constitucionales en el contexto de un sistema jurídico concreto permite imputarles unas funciones de tutela y promoción de valores adicionales a aquel que constituye el fundamento de su reconocimiento. De esta forma, y a través del análisis de dichas funciones se puede ir identificando contenidos del derecho que definirán el espacio constitucionalmente reconocido. Cuanta más virtualidad tenga el

---

<sup>116</sup> Que la libertad de expresión no opera en Estados Unidos como en Gran Bretaña no es ningún descubrimiento, por más común que sea el acervo cultural y hasta jurídico entre ambos países; ello no es sino consecuencia de los condicionantes que ha proyectado la propia Constitución americana y, concretamente, la Primera Enmienda, en el caso norteamericano, o el mismo CEDH en el británico, sobre el contenido, los límites y la posición que ocupa la libertad de expresión en cada sistema.

derecho para la protección de valores diversos reconocidos constitucionalmente, más amplio será su contenido tutelable frente a otros derechos o intereses<sup>728</sup>.

No obstante, esta indagación acerca del fundamento y las funciones de estas libertades no pretende encontrar *la* definición que de estos derechos se desprende de nuestro sistema constitucional, ni hallar *el* modelo o sistema de libertad de expresión acogido en nuestra Carta Magna. No existe un único e inmutable sistema de libertades y derechos en nuestra Constitución, de manera que el análisis de la jurisprudencia y doctrina, de la literatura jurídica y de la filosofía nos van a permitir, a lo sumo, aclarar qué haz de pretensiones y facultades tienen cabida en nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, qué pautas guían la interpretación y aplicación de las normas referentes a dichos derechos<sup>729</sup>.

## 2. Fundamento de las libertades de expresión y de información: la dignidad de la persona

Es sabido que, históricamente, la primera pretensión del hombre cuando toma conciencia de su propia individualidad y de su lugar protagonista en el mundo es reivindicar el respeto por su dignidad, su propia conciencia y convicciones y su

---

<sup>728</sup> Como a continuación veremos, la dignidad de la persona es, a nuestro entender, el fundamento de la libertad de expresión, pero sus funciones son diversas: sirve al libre desarrollo de la personalidad, contribuye a la conformación de la opinión pública, está vinculada al autogobierno, sirve de medida de control de los poderes públicos, etc. No cabe prescindir de contenidos de la libertad de expresión vinculados directamente a la dignidad sin desnaturalizar, al mismo tiempo, el propio derecho. Las funciones sirven, en todo caso, para reforzar su posición y su contenido.

<sup>729</sup> A ello se refiere el TC cuando dice que sólo cabe rechazar una opción política del legislador “cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos” (STC 11/1981, de 8 de abril F.J.º7). De hecho, el control de constitucionalidad de las leyes no se expresa en términos de conformidad a la CE sino de no contrariedad a la misma, pues la Constitución es, en definitiva, y utilizando la expresión de DE OTTO “garantía de posibilidades”. OTTO Y PARDO, I. DE, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, op. cit., pág. 41.

capacidad para determinar el destino de su existencia<sup>730</sup>. Como miembro del grupo social las pretensiones ajenas representan un límite a las suyas y la única forma de garantizar el máximo espacio posible de libertad pasa por reconocer igual libertad a sus semejantes. La dignidad de la persona subyace, por tanto, a todas las materializaciones de la libertad en diversos derechos que el hombre reivindica para hacer efectivas su capacidad de autodeterminarse individual y colectivamente<sup>731</sup>.

Estas afirmaciones encuentran acomodo en las propuestas que RAWLS efectúa en su Teoría de la Justicia en torno a la libertad, en general, y a la de expresión, en particular. En efecto, RAWLS<sup>732</sup> afirma que las partes en la posición original adoptan las libertades básicas del hombre con base en una concepción moral de la persona como ser libre e igual. La autonomía de la persona como sujeto moral —en el sentido kantiano— debe preservarse mediante la libertad de pensamiento, porque ante tantas concepciones del bien, sólo si puede el hombre conocerlas es como podrá llegar a optar por la que le parezca mejor. Los márgenes centrales de la libertad básica de pensamiento consisten en el uso público libre e informado de nuestra propia razón para poder juzgar la justicia de la estructura básica y su política social<sup>733</sup>. Por ello el hombre debe poder conocer todos

---

<sup>730</sup> Es necesario advertir que nos referimos exclusivamente al proceso histórico que aconteció en la cultura occidental, sin que sea posible extrapolar ni los hitos históricos, ni los fundamentos culturales que sirvieron de base a los mismos, a otros espacios culturales o jurídicos diferentes.

<sup>731</sup> Esta idea de la dignidad no sólo permite fundamentar la existencia de los diversos derechos de libertad del sujeto, sino incluso la propia forma de organización democrática de la convivencia. Según RAWLS, J., *Sobre las libertades*, Paidós, Barcelona, 1990, la concepción moral del hombre exige el reconocimiento de plenas libertades a todos en condiciones de igualdad, lo que conduce naturalmente a la organización de la sociedad mediante el autogobierno. La democracia es la forma natural de organización de la convivencia democrática. En la terminología de SCANLON los ciudadanos deben considerarse como súbditos iguales, autónomos y racionales y por ello los poderes delegados en el Estado están limitados por este respeto a su dignidad. SCANLON, T., "A Theory of Freedom of Expression", *op. cit.*, pág. 306-308.

<sup>732</sup> RAWLS, J., *Sobre las libertades*, *op. cit.*

<sup>733</sup> *Ibid*, págs. 94 y 96.

los argumentos que se esgrimen, todas las razones que se aducen en el discurso político de un régimen democrático<sup>734</sup>.

En cualquier caso, no debemos por el momento desviarnos del camino de los fundamentos al de las funciones que cumplen las libertades de expresión y de información en el sistema de libertades políticas, en sentido estricto. Son esenciales a éstas, pero no nacen por ellas. Voy a referirme a la razón de ser de la libertad de expresión con fundamento en razones morales generales e independientes de formulaciones legales concretas. Por el momento mantengo esa idea de asignar un fundamento a las libertades básicas del hombre en torno a la dignidad y, en concreto, a la idea kantiana de que la libertad de expresión es la libertad de hacer uso público de la propia razón.

También DWORKIN ha señalado que el derecho a la libertad de expresión es un principio que deriva de la idea de la dignidad de la persona y de su derecho a un trato que no desmerezca esa dignidad: “Un hombre a quien se le impide o dificulta la comunicación libre con los demás es tratado indignamente, vejado en su auténtica condición, pues el hombre es un ser comunicativo y locuaz, a quien no se puede callar, contra su voluntad, condenándolo al aislamiento y al empobrecimiento espiritual”<sup>735</sup>.

La dignidad de la persona tiene una significación diversa en diversas disciplinas teóricas y prácticas, desde la historia y la filosofía, pasando por la teoría constitucional

---

<sup>734</sup> En posteriores etapas, no obstante, RAWLS admite que la libertad de expresión política como libertad básica se especifique y ajuste para proteger sus márgenes centrales. Aunque las libertades básicas no son absolutas, sólo puede limitarse su contenido —al margen de la regulación legal que tiende a ordenar el sistema— si ello es necesario para evitar una pérdida mayor y más significativa de estas libertades (*Ibid*, pág. 105): es lo que ocurre en una crisis constitucional, aquella situación excepcional en que las instituciones políticas libres no pueden funcionar o dar los pasos necesarios para subsistir (*Ibid*, pág. 105-106) y se hace necesaria su suspensión más o menos temporal de las libertades. En esos casos, sólo puede legitimarse tal medida en una situación de necesidad (*necessitas not habet legem*) si posee cobertura constitucional, como prevé en nuestro sistema el art. 55 CE.

<sup>735</sup> DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, (trad. Guastavino, M.), Ariel, Barcelona, 1984, pág. 295

hasta la economía o la biología<sup>736</sup>. No obstante, carece de valor universal pese a nuestra natural pretensión como de que así sea. En efecto, al margen de las concepciones morales y culturales occidentales<sup>737</sup> existen otros ámbitos geográficos y culturales donde no se comparte la idea previa de la que nace la concepción de la dignidad como derecho supremo e inalienable tal y como la concebimos. No debemos olvidar que la idea de dignidad como núcleo de la existencia humana se gesta en Europa durante el Renacimiento y se consolida con la Ilustración, cuando el hombre comienza a situarse a sí mismo en el centro de la reflexión y a representar un papel protagonista en el mundo como dueño y señor de su destino<sup>738</sup>. El hombre se plantea las potencialidades que le caracterizan como sujeto individualmente contemplado y en sus relaciones con los demás integrantes del pacto social y establece dos tipos de exigencias: las clásicas de abstención o de resistencia frente a intromisión o ataque a su persona (provenientes de otros particulares y, sobre todo del Poder) y las dinámicas o positivas, de actuación a favor del pleno desarrollo de sus facultades y su plan de vida propio<sup>739</sup>. Ambas componen los aspectos centrales que se desprenden de la noción de dignidad humana.

Aunque está claro que su contenido no puede establecerse sino por referencia a las concepciones culturales en las que tiene su origen origen<sup>740</sup> la dignidad es, también, un

---

<sup>736</sup> MÜNCH, I. VON, "La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 5, 1982, págs. 9-33.

<sup>737</sup> La tradición occidental es tributaria de la concepción moral kantiana del hombre. La más llamativa de las formulaciones alternativas del imperativo categórico es la que dice: "Actúa de tal modo que trates a la humanidad, tanto en tu propia persona como en la de cualquier otro, nunca sólo como un medio, sino siempre al mismo tiempo como un fin". Además, sólo cabe admitir la vigencia del imperativo si se acuerda al mismo tiempo la autonomía de la voluntad en un marco de libertad.

<sup>738</sup> MÜNCH, I. VON, "La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional", *op. cit.*, pág. 15.

<sup>739</sup> NINO, C.S., *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989.

<sup>740</sup> Sobre las concepciones de la dignidad de la persona pueden verse, entre otros, los estudios de MATEO PARDO, R., "La dignidad de la persona humana y su significación en la Constitución Española de 1978 a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", VVAA, *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, Universidad de Cantabria, Santander, 1993, págs. 341-358 y de SERNA, P., "Dignidad de la persona: un estudio jurisprudencial", *Persona y Derecho*, núm. 41, 1999, págs. 139-196.

concepto jurídico<sup>741</sup>. Sin embargo, más que alcanzar un compromiso acerca de cuál es su contenido jurídico, podemos limitarnos a tratar de identificar las situaciones que implican una vulneración del mismo. En realidad, en todos los derechos fundamentales se halla comprendido un núcleo de dignidad personal personal<sup>742</sup> y sus respectivas vulneraciones lo son, en último extremo, también de ésta.

La reivindicación de la dignidad humana comienza, no obstante, por un aspecto muy concreto que es, precisamente, la libertad de conciencia, de pensamiento. Como bien apunta STEIN “todo derecho fundamental tiene su raíz en una previa falta de libertad contra la que se dirige”, y la libertad de opinión “surge como réplica a las diferentes formas de dictadura del pensamiento que, partiendo de la Edad Media han llegado, a través del absolutismo, hasta el totalitarismo de nuestros días”<sup>743</sup>. MORANGE sostiene que esta vinculación en origen de la libertad de expresión a la reivindicación de la libertad de conciencia obedece a la visión individualista del mundo característica del Renacimiento que se desarrolló frente a la opresión proveniente, primero, de la Iglesia y, después, del poder político,<sup>744</sup>.

Desde luego, esa libertad constituye la primera reivindicación natural del hombre frente a la dictadura del pensamiento que imponía la Iglesia en todos los órdenes de la vida. En primer lugar, el hombre reclamó la garantía de su propia libertad de conciencia y expresión religiosa, a cuyo pasado histórico estuvo unida la libertad de expresión en el mundo occidental. La Iglesia católica había empezado a perder el dominio de la verdad

---

<sup>741</sup> Nuestra Constitución se refiere a ella en su artículo 10 como “*fundamento del orden político y la paz social*”.

<sup>742</sup> MÜNCH, I. VON, “La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional”, *op. cit.*, pág. 27.

<sup>743</sup> STEIN, E., *Derecho Político*, (trad. Sainz Moreno, F.), Aguilar, Madrid, 1973, págs. 126 y 127.

<sup>133</sup> Así, en países como Inglaterra y Estados Unidos donde primero se alcanzó la libertad de prensa y la ausencia de licencia previa para publicar, el objetivo siguiente fue la lucha contra los castigos del Gobierno impuestos por los escritos ya publicados. *Vid.* MORANGE, J., *La liberté d'expression*, Presses Universitaires de France, París, 1993, págs. 17 y ss.

sobre las cuestiones terrenales con la llegada del Renacimiento, pues el humanismo imponía una nueva certeza científica distinta y autónoma de la certeza moral, por lo que los primeros síntomas de debilidad de su autoridad se producen, precisamente, en este terreno, cuando se ponen en cuestión las viejas creencias irracionales<sup>745</sup>. Posteriormente se llega a cuestionar, incluso, su autoridad sobre los dogmas espirituales, aspecto éste especialmente evidente con la aparición del movimiento de Reforma de Lutero y sus críticas a la corrupción de la Iglesia de Roma. Un exponente de esta situación lo encontramos en la *Aeropagítica* de MILTON, publicada en 1644 y centrada casi exclusivamente en reivindicar la necesidad de liberar de licencia la publicación de escritos que disentían de la doctrina religiosa oficial<sup>746</sup>.

Después fueron los monarcas los que tomaron el relevo a la Iglesia en su pretensión de controlar el pensamiento y las creencias del pueblo y, con ellas, la de su voluntad en general. Al reclamar para sí la infalibilidad —derivada de su designación divina— prohibieron la expresión de toda crítica a sus personas y su política<sup>747</sup>. Sin embargo, la reivindicación de la libertad de conciencia continuó imparablemente su camino y del debate sobre asuntos religiosos se pasó pronto al desarrollo de una doctrina específica sobre el disentimiento político. Aunque esto no ocurrió hasta bien entrado el siglo XVIII, no podemos olvidar la especial trascendencia que tuvo para el mundo

---

<sup>745</sup> En el mismo sentido, *vid.* LAPORTA, F.J., “El derecho a informar y sus enemigos”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 72, 1997, págs. 15-16.

<sup>746</sup> “*Aeropagítica*” es considerado el primer manuscrito en defensa de la libertad de expresión y de prensa en el mundo occidental. Se trata de un ensayo publicado sobre un discurso pronunciado en 1644 titulado “A Speech for the Liberty Of UNLICNC'D PRINTING”. MILTON, J., “*Aeropagítica*”, *Complete Poetry and Selected Prose*, Modern Library, Nueva York, 1950. (Existe una edición en castellano de la *Aeropagítica*: MILTON, J., *Aeropagítica*, ed. J. Carner, Fondo de Cultura Económica, México, 1941). Los debates intelectuales de la época se centraban en la libertad de expresión y sus límites en relación a la herejía, la blasfemia o la procedencia de hacer o no oficial una determinada ortodoxia religiosa. *Vid.* GARVEY, J.H. y SCHAUER, F., *The First Amendment: a Reader*, West Publishing Co., St. Paul (Minnesota), 1992, págs.1-2.

occidental el Tratado Teológico Político de SPINOZA (1670)<sup>748</sup> como obra precursora de esta corriente de pensamiento. Prueba de su calado nos la muestra el tan célebre pasaje en que se defiende que “en un Estado libre cada hombre puede pensar lo que quiera y decir lo que piensa”<sup>749</sup>.

La libertad de pensamiento y opinión comporta la libertad de expresarlos. MILL propone la defensa simultánea de la libertad de pensamiento y de debate —pues la primera comporta naturalmente la segunda— con fundamento en razones morales generales. “La libertad completa para contradecir y desaprobarnos nuestra opinión es justo la condición que nos permite asumir su verdad a los efectos de actuar; y sobre ninguna otra base puede el ser humano alcanzar la seguridad racional de estar en lo cierto.”<sup>750</sup>

La libertad de expresión se convierte en un medio para alcanzar la verdad o, cuanto menos, es el único camino para aproximarnos lo más posible a ella, porque permite someter a contraste nuestras creencias. Sólo las ideas y opiniones debatidas en un encuentro dialéctico se pueden tener como válidas. El hombre encuentra, de esta forma, el camino para la consecución de sus proyectos y objetivos como persona y miembro del grupo social al que pertenece, en definitiva, para autodeterminarse<sup>751</sup>.

---

<sup>747</sup> Por ello alude TOMÁS Y VALIENTE al absolutismo como el período de paso entre el teologismo renacentista y la Ilustración. TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, op. cit., págs. 85 y ss.

<sup>748</sup> Se puede hallar una selección de escritos de este tratado en SPINOZA, B., *Tratado teológico-político*, (trad. y estudio preliminar Tierno Galván, E.), 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1996.

<sup>749</sup> Cfr. La sentencia del TSFA de 1927 *Whitney vs. California*, 274 U.S. 357, 375 en cuyo voto concurrente Brandeis atribuye a los “Framers” de la Constitución la creencia en este postulado (“to think as you will and to speak as you think”) como medio indispensable para el descubrimiento y difusión de la verdad política.

<sup>750</sup> MILL, J.S., “Sobre la libertad”, *Sobre La Libertad y otros escritos*, (Compilación de Stefan Collini), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, págs. 58 y 59.

<sup>751</sup> En su *Crítica de la Razón Pura*, KANT sostiene que la verdad es el consenso de los hombres libres. KANT, I., *Crítica de la razón pura*, (traducción directa del alemán por Manuel G. Morente), Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1928.

En sintonía con esta clase de fundamentación, SCANLON defiende la libertad de expresión como un fin en sí mismo y como un elemento constitutivo de la autonomía personal y colectiva del hombre. Con apoyo en el pensamiento de MILL, SCANLON también defiende la libertad de pensamiento y de debate con fundamento “en razones morales generales e independientes de las características de cualesquiera leyes o instituciones concretas”. La consideración de los hombres como súbditos iguales, autónomos y racionales impone serias objeciones a cualquier pretensión de limitar el ejercicio de la libertad de expresión salvo cuando se fundamente en la defensa de otros valores compartidos, en la necesidad de garantizar el libre acceso de todos a los medios de expresión social o en la incompatibilidad de determinados actos de expresión con otros derechos políticos.

En ese camino histórico de defensa de la dignidad humana, la emancipación del pensamiento y la expresión política ha tenido un papel protagonista desde el principio. Así, Locke advertía que el traspaso de poder al pueblo desde el Monarca no era una operación exenta de riesgos, de entre los cuales, el fundamental era el de la imposición tiránica de la mayoría sobre la minoría y para cuya prevención se exigían dos condiciones: pactar en una Constitución escrita los límites del poder y reconocer los derechos inalienables al ciudadano que no pueden usurparse por los gobiernos. División de poderes y garantía jurisdiccional de los derechos, incluso frente a las leyes<sup>752</sup>.

De esta manera, la libertad de expresión se va configurando como libertad política<sup>753</sup> y como derecho individual frente a injerencias del poder, como un derecho de resistencia. La concepción liberal de los derechos en la configuración política de los

---

<sup>752</sup> Las referencias al “*Treatise on Government*” (1690) de John Locke se encuentran en el libro de HOLSINGER, R.L. y DILTS, J.P., *Media Law, op. cit.*, pág. 29. Existe otra edición, LOCKE, J., *Two Treatises of Government*, T. Cook ed., Hafner, Londres y Nueva York, 1956.

<sup>753</sup> En este mismo sentido, *vid.* LAPORTA, F.J., “El derecho a informar y sus enemigos”, *op. cit.*, págs. 14-19.

Estados a comienzos del siglo XIX es una consecuencia de ello. Como ejemplo paradigmático, cabe citar el texto de la Primera Enmienda a la Constitución norteamericana adoptada en 1791, puesto que en ella se hace la proclamación explícita de la libertad de expresión y de información en el más puro sentido lockeano del derecho, esto es, como libertad absoluta y previa, como espacio vedado a la acción del legislador: “Congress shall make no law (...) abridging freedom of speech, or of the press (...)”.

3. Inserción de estas libertades en el sistema constitucional. De la perspectiva del fundamento al de las funciones
  - A. *Concepción liberal norteamericana de la libertad de expresión como derecho individual y libertad política*

El desarrollo de la concepción liberal de los derechos fundamentales es genuinamente norteamericano y en gran medida sigue imperando en la jurisprudencia de aquel país<sup>754</sup>. No obstante, conviene advertir que con este término se alude a una rica variedad de corrientes que superan, con creces, al liberalismo clásico<sup>755</sup> y que se

---

<sup>754</sup> Como bien pone de manifiesto CRUZ VILLALÓN, la tendencia seguida en Europa tanto en la consagración normativa de los derechos fundamentales como, lógicamente, en las teorías dogmáticas elaboradas al hilo de aquellas formulaciones difiere considerablemente de la de América, y llega incluso a afirmar que los derechos sólo alcanzaron en América el verdadero calificativo de fundamentales, pues allí alcanzaron un momento de “constitucionalización” desconocido en Europa. Sin embargo, el doble papel atribuido a los derechos fundamentales en uno y otro ámbito hace que algunos contenidos respectivamente atribuidos sean prácticamente los mismos. *Vid.* CRUZ VILLALÓN, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, págs. 43 y ss.

<sup>755</sup> En la doctrina norteamericana hay autores como GRABER que califican de falacia la existencia de una monolítica tradición liberal; según él, procedería diferenciar una primera línea conservadora — liberalismo conservador— que abarca temporalmente desde la Guerra Civil americana hasta la Primera Guerra mundial y una segunda —a la que llama liberalismo civil— que, con variantes internas importantes, se desarrolla a lo largo del S. XX. GRABER, M., *Transforming Free Speech (The Ambiguous Legacy of Civil Libertarianism)*, University of California Press, Berkeley, 1991, pág. 8.

aproximan en algunos contenidos a la dogmática axiológica o funcional europea de los derechos fundamentales, sobre la que ha ejercido una influencia notable<sup>756</sup>.

El “Bill of Rights” o Declaración de Derechos de 1789 constituye el núcleo duro de derechos de los ciudadanos de los Estados, en un primer momento frente al recién constituido gobierno federal y, en un momento posterior, frente a todo ámbito de gobierno, incluido el estatal y el local. Su introducción, como es sabido, se produce mediante el procedimiento de revisión constitucional a través de diversas enmiendas. Los derechos en ella reconocidos se caracterizaron por ser indisponibles para el gobierno federal en tanto que eran previos al pacto social, de manera que se erigen en auténticos principios conformadores del poder. Además, son concebidos desde sus inicios como condición de derecho y libertad fundamental del ciudadano<sup>757</sup>, aspecto inherente a la dignidad humana, lo que permite entender que estas libertades tenían para los “Framers” su modo de expresión natural en las leyes de los Estados. Con la posterior extensión de estas garantías en 1791 a los Estados —a través de la Decimocuarta Enmienda<sup>758</sup>— estos derechos se proyectan frente a toda ley y todo acto de Gobierno, de manera que el control judicial de su observancia se asegura en todas las instancias aplicativas de una manera efectiva a través de la cláusula del debido proceso<sup>759</sup>.

---

<sup>756</sup> En el mismo sentido, MUÑOZ LORENTE, J., *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 101, quien destaca que esta influencia se ha hecho notar con especial evidencia en la jurisprudencia del TEDH sobre libertad de expresión.

<sup>757</sup> VIVES habla del paradigma lockeano imperante en Norteamérica por oposición al modelo roussoniano europeo de la preguerra para referirse a los dos modos de concebir el sistema de ordenación de la libertad en el Estado de Derecho. VIVES ANTÓN, T.S., “La libertad y las libertades” *op. cit.*

<sup>758</sup> WECHSLER, H., “The nationalization of civil liberties and civil rights”, *op. cit.*, pág. 16.

<sup>759</sup> CRUZ VILLALÓN, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, pág. 43.

La libertad de expresión, como bien se conoce, se reconoce a escala constitucional en la Primera Enmienda del “Bill of Rights”<sup>760</sup>. Esto significa que, ante todo, participa de esta doble condición de libertad individual fundamental y de principio rector del sistema democrático de convivencia. Al igual que los contenidos referentes a la estructura política de la República —como la división de poderes—, la garantía de este derecho, se positivizó y se garantizó, en última instancia, mediante control judicial<sup>761</sup>.

En la literatura norteamericana existen opiniones encontradas acerca del sentido que cabe atribuir a la Primera Enmienda y, en particular, del alcance de la libertad de expresión con relación a los demás derechos, y a las facultades del legislativo federal o estatal, de regular su ejercicio, lo que se refleja igualmente en la propia jurisprudencia del TSFA. Sin ánimo de agotar la extensa bibliografía existente con referencia a este asunto sí cabe, al menos, mencionar algunas de las tesis liberales propuestas más significativas.

Hay, en efecto, quienes contemplan la libertad de expresión desde la perspectiva de los derechos como potestades subjetivas y han atribuido a la misma diversos cometidos, todos ellos vinculados con la condición humana: la libertad de expresión promueve la autorrealización individual (“self-fulfillment”, “self-realization”), y así, cada vez que un hombre elige libremente el mensaje que quiere comunicar para persuadir a los demás está definiendo y expresando su individualidad, promocionando su

---

<sup>760</sup> La Primera Enmienda de la Constitución norteamericana, entre otros enunciados, prohíbe al Congreso aprobar ninguna ley que restrinja la libertad de expresión o de prensa. Junto con las restantes enmiendas conforma el “Bill of Rights”, la Declaración de Derechos de 1789, que se reconoce como garantía de la libertad del ciudadano, y constituyen el núcleo duro de la Constitución.

<sup>761</sup> La tutela jurisdiccional de los derechos se hace efectiva, incluso, frente al legislador, sometiendo el control de las leyes en defensa de los derechos fundamentales a la “judicial review” en todas sus instancias. La diferencia fundamental entre el proceso de declaración de derechos en Europa y en Norteamérica radica, precisamente, en la efectiva garantía de control jurisdiccional con que fueron revestidos en Estados Unidos. CRUZ VILLALÓN, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, págs. 43 y ss.

libertad<sup>762</sup>. Para REDISH, de esta forma el individuo desarrolla sus capacidades y, tomando sus propias decisiones libremente, ejerce el control sobre su destino<sup>763</sup>.

En la jurisprudencia del TSFA se pueden hallar sentencias en las que se ha argumentado acerca de los fundamentos de la libertad de expresión en sintonía con estas teorías. Así Brandeis en su voto concurrente a la sentencia del caso *Whitney vs. California*, dice que la “libertad no es sólo un medio para alcanzar otros fines, sino que es también un fin en sí misma. En ella radicaría el secreto de la felicidad y por eso el fin último del Estado consiste en hacer a los hombres libres para que desarrollen sus facultades”. Harlan, ponente de la sentencia *Cohen vs. California*<sup>764</sup> sostuvo que “ninguna otra interpretación de la libertad de expresión concordaría con la premisa de la dignidad y la opción individual en que está basado el sistema político (norteamericano)”. Por último, cabe citar la sentencia *Roe vs. Wade*<sup>765</sup> sobre la que el juez Douglas emitió un voto concurrente en el que contemplaba entre los derechos protegidos por la Primera Enmienda “la protección de la persona ser autónomo en el desarrollo y la manifestación del intelecto, los intereses, los gustos y la personalidad de cada uno”<sup>766</sup>.

---

<sup>762</sup> Vid. BAKER, C.E., “Scope of the First Amendment Freedom of Speech”, 25 *UCLA Law Review*, 1978, págs. 964 y ss..

<sup>763</sup> REDISH, M.H., “The Value of Free Speech”, 130 *University of Pennsylvania Law Review*, 1982.

<sup>764</sup> *Cohen vs. California*, 403 U.S. 15, 24 (1971).

<sup>765</sup> *Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113, 211 (1973).

<sup>766</sup> Sin embargo, como objeta TRIBE a estas teorías que ponen el acento en la perspectiva individualista de los derechos, si la razón de la tutela de la libertad de expresión se basa en la defensa del derecho del hombre a buscar su felicidad, a autorrealizarse y a desarrollar libremente su personalidad, no se entiende por qué el resto de acciones humanas, que también son desarrollo y expresión de la personalidad no merecen la misma protección. En opinión de TRIBE las teorías “instrumentales” de la libertad de expresión expresan una exagerada (ponen demasiado el acento) pretensión de racionalidad del ser humano, olvidando que, en la expresión humana hay mucho de emotivo que también merece protección. TRIBE, L.H., *American Constitutional Law*, 2ª ed., The Foundation Press, Nueva York, 1988, pág. 787.

La consideración de los hombres como seres libres exige respetar las condiciones en que puedan desarrollar su personalidad, autorrealizarse y para ello es imprescindible contar con la libertad de expresión, sin la cual no puede existir libertad general para manifestar sin trabas la propia voluntad y las creencias personales<sup>767</sup>, para “expresar las opiniones sobre cualesquiera asuntos que [a cada uno] le sean vitales para que la vida sea digna de ser vivida”, en palabras de CHAFEE<sup>768</sup>.

Sin embargo, frente a estas concepciones individualistas de los derechos como potestades inalienables, la aportación más relevante a la concepción liberal de la libertad de expresión en Estados Unidos ha venido de la mano de aquellos autores que han ofrecido una lectura política de la libertad consagrada en la Primera Enmienda en conexión con la contemplación del individuo como ciudadano, como sujeto gobernante en un sistema democrático.

En efecto, algunos autores sostienen que los “Framers”, los padres de la Constitución, trataban de garantizar al ciudadano el nivel de libertad de expresión tradicionalmente reconocido en el “Common Law”, impidiendo con esta enmienda la aparición de leyes que impusieran nuevas restricciones a la palabra o el escrito, pero manteniendo las limitaciones legales existentes y, en todo caso, la ausencia de censura previa por el gobierno<sup>769</sup>. Esta estricta concepción de la libertad de expresión tendría su fundamento histórico en la formulación política que MILTON dio en el siglo XVII a la

---

<sup>767</sup> TAMAMES, R., *Introducción a la Constitución Española*, 3ª ed., Alianza, Madrid, 1985, pág.12.

<sup>768</sup> CHAFEE, Z., *Free Speech in the United States*, Harvard University Press, 2ª ed., Cambridge (Massachusetts), 1942, pág.33.

<sup>769</sup> Así, se sostiene que la fórmula empleada en la enmienda manifiesta la influencia de WILLIAM BLACKSTONE y sus *Comentarios on the Laws of England* sobre la libertad de expresión. Para este autor el contenido mínimo de libertad de expresión garantizado en el “Common Law” quedaba garantizado con la ausencia de censuras previas a la libertad de publicar. La Primera Enmienda representaba un límite a la acción del gobierno, precisamente, en este mismo sentido: prohibiendo establecer cualquier clase de censura previa. Si ello no había impedido a la Corona inglesa castigar publicaciones blasfemas, inmorales,

referida libertad, apuntando como su finalidad la garantía del interés público por el debate de asuntos de interés político y abogando, en consecuencia, por la ausencia de censuras o licencias para publicar dichos asuntos<sup>770</sup>.

Otros autores<sup>771</sup>, en cambio, han sostenido que con la Primera Enmienda James Madison buscaba no sólo mantener sino ampliar los estrechos márgenes de la libertad de expresión del "Common Law" para fortalecer aún más el debate sobre asuntos públicos<sup>772</sup> y, entre otros objetivos, impedir la tradicional aplicación del libelo sedicioso, un delito del "Common Law" por el que se condenaba la manifestación de cualesquiera informaciones u opiniones críticas con el poder al considerar que minaban la legítima autoridad de sus representantes<sup>773</sup>.

---

segregacionistas, sediciosas, etc., tampoco representaba un obstáculo a que el Gobierno federal y el de los Estados de la Unión hicieran lo mismo. *Vid.* HOLSINGER, R.L. y DILTS, J.P., *Media Law, op. cit.*, pág. 29.

<sup>770</sup> MILTON, J., "Aeropagítica", *op. cit.*, págs 681-682.

<sup>771</sup> CHAFEE, Z., *Free Speech in the United States, op. cit.*, págs. 7-14. El autor ataca duramente la lectura blackstoniana de la Primera Enmienda y para apoyar su opinión cita en la página 12 un buen número de sentencias en las que diversos tribunales rechazan expresamente esta doctrina. Entre ellas: *Schenk vs. U.S.* (1919), *State of Connecticut vs. McKee* (1900) y *State of Minnesota vs. Pioneer Press Co.* (1907).

<sup>772</sup> Nueva York había conocido en 1734 un caso de libelo sedicioso que se convirtió con el tiempo, en el precedente emblemático de la lucha por la libertad de expresión en la América colonial, además de un precedente de la Sentencia *New York Times vs. Sullivan* de 1964. En aquel caso, el gobernador de Nueva York inició una campaña de acoso y derribo contra Zenger, el editor del periódico *New York Weekly Journal*, en cuyas páginas se denunciaban asuntos en contra de aquél. La defensa de Zenger frente a una más que probable condena por libelo sedicioso se basó en la alegación de la verdad de la información sobre un asunto de relevancia pública. Aunque dicha prueba no tenía virtualidad alguna en el "Common Law", el jurado le absolvió. Existe abundante literatura referida a este caso, entre la que puede citarse SANDMAN, B., RUBIN, D.M. y SACHSMAN, P.M., *Media. An Introductory Analysis of American Mass Communications*, 3ª ed., Prentice-Hall, Nueva Jersey, 1982, págs.35-37.

<sup>773</sup> CHAFEE, Z., *Free Speech in the United States, op. cit.*, pág. 14. En aquel momento significaba la prohibición de las críticas contra la Corona británica en el territorio de las colonias.

No obstante, tampoco llegan coincidir sobre cuánta ampliación se perseguía garantizar<sup>774</sup>. Así, para unos, la cláusula amparaba el uso pero no el abuso de la libertad, interpretando que el abuso se producía siempre que se ocasionaba algún daño a tercero o a los intereses sociales<sup>775</sup>; en ese caso, la ley podía prever sanciones civiles o penales a sus responsables si el mal producido superaba al beneficio obtenido por el uso de la libertad<sup>776</sup>.

Para otros autores la cláusula ofrecía una salvaguardia frente a la posibilidad de imponer medidas represivas previas a la publicación, pero no excluía la posibilidad de que las leyes castigasen ciertas expresiones ya publicadas que supusiesen un peligro, más o menos remoto<sup>777</sup>, para el honor u otros bienes de los particulares o indujeran a la comisión de delitos<sup>778</sup>. La libertad de expresión se convertía en una más de los derechos

---

<sup>774</sup> Como bien apunta MARSHALL, G. en favor de esta teoría, la Primera Enmienda, como en general el "Bill of Rights" representa un nuevo estatus más favorable a las libertades que el "Common Law", supone un límite explícito a la discrecionalidad del poder en relación a los ciudadanos que no puede, obviamente, contrarrestarse por medio de regulación legal. Por ello se ha llegado a decir que todas las libertades públicas (incluida la de expresión) ocupan una posición preferente en la Constitución, estatus que el poder judicial debe tutelar frente a cualquier pretensión del Gobierno. MARSHALL, G., *Teoría Constitucional*, Espasa Calpe, Madrid, 1982, págs. 218 y ss.

<sup>775</sup> Cita el propio CHAFEE algunas sentencias de tribunales federales en las que se acoge esta vaga y restrictiva interpretación del alcance de la Primera Enmienda. *Vid.* CHAFEE, Z., *Free Speech in the United States*, *op. cit.*, pág. 12.

<sup>776</sup> Como con razón objetó MEIKLEJOHN a esta teoría, la ponderación entre las consecuencias perniciosas ocasionadas por la expresión y los beneficios obtenidos por su disfrute corresponde hacerla, exclusivamente, al constituyente, no a los jueces ni al parlamento. Con distinto argumento expuso el juez Black su opinión en este mismo sentido: "el constituyente no delegó el 'balancing' entre la libertad de expresión y otros intereses afectados por su ejercicio al Congreso, ni quiso que se planteara un nuevo orden de valores, sino que reconoció una tutela preferencial para los derechos del 'Bill of Rights' no susceptible de ser contrarrestada por voluntad soberana de mayorías" MEIKLEJOHN, A., *Political Freedom*, Oxford University Press, Nueva York, 1965, pág. 20.

<sup>777</sup> En algunas sentencias como *Gitlow vs. New York* (1925) se admite incluso la sanción de expresiones tendenciosas ("bad tendency"), esto es, que pueden potencialmente originar algún daño importante al bienestar, la moral o la paz pública.

<sup>778</sup> En la jurisprudencia del TSFA se conoce como el canon del "clear and present danger", esto es, del peligro claro e inminente que el ejercicio de la libertad de expresión ocasiona sobre otros bienes, a esta regla que legitima la restricción de la expresión y que se empleó por primera vez en 1919 (*Schenk vs.*

y libertades garantizados en el “Bill of rights”, pero no gozaba de ninguna clase de privilegio frente a ellos pues su limitación se sometía, exclusivamente, a las exigencias derivadas de la idea de razonabilidad de la ley y de su aplicación..

Sin embargo, como bien objeta MEIKLEJOHN a estas posturas, si la protección ofrecida por la Enmienda se extendiese sólo a las expresiones que la ley asumiera como inocuas, la clave del problema se trasladaría a la determinación legal de qué es potencial o realmente nocivo, en definitiva, a la discrecionalidad del legislador, lo que ofrecería pocas garantías para la libertad de expresión<sup>779</sup>. La expresión “males sustantivos que el Congreso tiene derecho a prevenir” empleada en 1919 en la sentencia *Schenck vs. U.S.* en sintonía con esa tesis que bendice constitucionalmente la sanción legal de ciertas expresiones da por supuesto —a juicio de MEIKLEJOHN— precisamente aquello que se trataba de averiguar: si existía alguna clase de excepción a la prohibición (literalmente absoluta) establecida en la Primera Enmienda de que ninguna Ley del Congreso limitase la libertad de expresión<sup>780</sup>. Ahora bien, desde una concepción absoluta de la libertad como patrocina MEIKLEJOHN, no cabe exigirle ningún tipo de responsabilidad a los

---

U.S.). La cuestión estriba en determinar si las circunstancias de proximidad y grado de peligro que envuelven al ejercicio de la libertad de expresión justifican la intervención del Estado para evitar la clase de males sustantivos que éste tiene derecho a prevenir. Entre los intereses que han adquirido en la jurisprudencia del TSFA tal reconocimiento y tutela jurídica cabe citar la seguridad del Estado, el orden y la moral públicas, el honor personal y las garantías del proceso debido. El mal debe ser grave y sustancial y, además, debe descontarse la improbabilidad de su acaecimiento para que se justifique la restricción o punición de la expresión (*Dennis vs. U.S.*, 341 U.S. 494 (1951)).

<sup>167</sup> CHAFEE, Z., *Free Speech in the United States*, *op. cit.*, pág. 14. GRABER sitúa estas interpretaciones en la corriente liberal conservadora encabezada por J.W. Burgess o T. Cooley, que concebían la expresión como un aspecto de la libertad de “ser libre en el disfrute de todos los derechos (“faculties”) que los tribunales están llamados a proteger a través de la cláusula del “due process of law” —al igual que hacen con otros aspectos equivalentes de la libertad, como la propiedad privada—. *Vid. GRABER, M., Transforming Free Speech (The Ambiguous Legacy of Civil Libertarianism)*, *op. cit.*, pág. 8.

<sup>780</sup> MEIKLEJOHN añade que si existiese esa clase de derecho-deber del Congreso de evitar tales males derivados de la libertad de expresión la Constitución debería suministrarle los instrumentos necesarios para combatirlos pero... el “Bill of Rights” hace precisamente lo contrario: enumera un catálogo de acciones vedadas al Congreso pese a su indudable utilidad. “Algunas prohibiciones son más dañinas que los propios daños que tratan de evitar... la Primera Enmienda es una garantía frente a esto”. MEIKLEJOHN, A., *Political Freedom*, *op. cit.*, págs. 44 y ss.

titulares del derecho que lo ejercen aun cuando acarreen cualquier perjuicio para derechos o intereses ajenos, sociales o individuales<sup>781</sup>.

Se han ofrecido otras interpretaciones más garantistas y a la vez moderadas de la Primera Enmienda desde la perspectiva de lo que se conoce como liberalismo civil-progresista<sup>782</sup>. Los primeros liberales progresistas como T. Schroeder o E. Freund, sostienen que el fundamento de los derechos de expresión radica en el principio de igual libertad y asumen que su defensa jurisdiccional se articule por la vía de la cláusula del proceso debido. Rechazan, desde luego, que a los derechos de expresión puedan equipararse en fundamento y tratamiento jurídico otros derechos individuales como la libertad de contrato, pero admiten límites razonables a todos ellos<sup>783</sup>. Desde una visión menos individualista de la sociedad, patrocinan una visión de los derechos orientada a las consecuencias y, en esa medida, compatible con la exigencia de responsabilidades por su ejercicio<sup>784</sup>.

---

<sup>781</sup> Este sistema de libertad de expresión comparte muchas características con la filosofía de los derechos como derechos naturales y como libertades negativas, pero también con la filosofía política liberal en tanto que no respalda ninguna concepción moral determinada acerca del bien o el mal al que los derechos deben preordenarse más allá del que resulte de la libre concurrencia de ideas en el mercado. *Vid.* BLANKS HINDMAN, E., "Rights versus Responsibilities. The Supreme Court and the Media", *Contributions to the Study of Mass Media and Communications*, núm. 50, Greenwood Press, Connecticut, 1997, pág. 17.

<sup>782</sup> Expresión empleada por GRABER, M., *Transforming Free Speech (The Ambiguous Legacy of Civil Libertarianism)*, *op. cit.*, pág. 8.

<sup>783</sup> Las conclusiones que sostuvo la Comisión para la Libertad de Prensa presidida por el Rector de la Universidad de Chicago en su informe de 1940 se sitúan en este modelo de responsabilidad social de los medios de comunicación.

<sup>784</sup> En este punto se pueden encontrar coincidencias entre la filosofía política conservadora y el llamado modelo de responsabilidad social: ambos patrocinan una determinada concepción del bien al que debe ajustarse el ejercicio de los derechos; pero también cabría apuntar coincidencias con el positivismo jurídico en tanto que rechaza una concepción natural de los derechos más allá de su concreta formulación legal, y con la dimensión positiva de los derechos en tanto que generador de determinadas obligaciones en los poderes públicos que garanticen su vigencia efectiva. BLANKS HINDMAN, E., "Rights versus Responsibilities. The Supreme Court and the Media", *op. cit.*, pág. 19.

CHAFEE da un paso importante en la “politización” o “institucionalización” de estos derechos al destacar que la Constitución enfatiza más el interés social en el debate cívico que el derecho del individuo por expresarse<sup>785</sup>. Con apoyo evidente en las tesis de MILL este autor sostiene que el interés social en el descubrimiento de la verdad en asuntos de interés público debe ponderarse en todo conflicto en el que la libertad de expresión se halle presente<sup>786</sup>. Esto le llevó a atribuir un valor preferente a la libertad de expresión en el conflicto suscitado frente a otros derechos o intereses carentes de esta relevancia social y política<sup>787</sup>.

Al hilo de estas ideas el TSFA comenzó a diferenciar los legítimos ámbitos de activismo judicial en defensa del procedimiento democrático —incluyendo expresamente la garantía del libre debate—, de lo que era exclusiva competencia de la política gubernamental, esto es, la intervención sobre otros derechos basada en concretas políticas sociales y económicas<sup>788</sup>. Lo que competía a los tribunales sin romper su

---

<sup>785</sup> “Freedom of speech” no equivale a “(individual) liberty of speech, of expression, self-expression” como apunta MEIKLEJOHN, A., *Political Freedom, op. cit.*, pág. 36.

<sup>786</sup> La funcionalidad de la libertad de expresión para la búsqueda de la verdad es comúnmente puesta de relieve por todos los autores que han indagado acerca de los fundamentos de la libertad de expresión desde MILTON, pasando por J.S. MILL, hasta llegar al Juez Holmes. En el tratado sobre la libertad de expresión de NIMMER se la denomina función ilustradora (“enlightment”) aunque no basta, por sí sola, para explicar todas las funciones que cumple la libertad de expresión y que fundamentan su protección.

<sup>787</sup> “La Primera Enmienda protege dos clase de intereses, uno individual y uno social. El primero consiste en la necesidad de muchos hombres de expresar sus opiniones en asuntos vitales para ellos para que la vida sea digna de ser vivida; el segundo es la consecución de la verdad de manera que el país pueda no solo adoptar el camino correcto sino llevarlo a cabo de la forma que estime más correcta” CHAFEE, Z., *Free Speech in the United States, op. cit.*, pág.33. Al mismo tiempo mantiene, sin embargo, mantiene que es el interés social en la búsqueda de la verdad el que, por su especial peso, debe ponderarse con el interés social en el mantenimiento de la paz si es que con el primero se pone auténticamente en peligro el segundo, en cuyo caso puede sacrificarse la libertad de expresión. *ibid*, pág.31

<sup>788</sup> Por esa razón, aun cuando Holmes defendía la garantía de la libertad de expresión mediante “el libre mercado de las ideas” y a nadie se ocultaba que éste, en realidad, no era tan libre —porque existían desigualdades económicas y sociales que se proyectaban negativamente sobre él—, los tribunales no podían entrar a controlar este aspecto porque ello hubiera significado decantarse en favor de políticas sustantivas concretas que sólo correspondía adoptar a los representantes de la soberanía.

neutralidad era, exclusivamente, contribuir a garantizar que se debatiesen públicamente unas u otras ideas en condiciones de libre mercado<sup>789</sup>, que “no se mutilara el proceso de pensamiento de la comunidad”<sup>790</sup> y que todas las opiniones pudiesen ser escuchadas — aunque no todas pudieran llegar a ser expresadas<sup>791</sup>—. De la mano de las formulaciones de MEIKLEJHON, la libertad de expresión se contempla, sobre todo, como libertad política preferente del ciudadano y, por tanto, con proyección superior al clásico entendimiento del derecho sólo como potestad subjetiva individual<sup>792</sup>.

No obstante, atribuirle este valor preferente a la libertad de expresión como libertad política no excluía admitir la vigencia de otros derechos e intereses sociales pero en distinta posición según su naturaleza pública o privada. Esta va a ser la clave de la distinta contemplación de los derechos constitucionales y sus relaciones. Para MEIKLEJOHN, los deberes y responsabilidades que tenemos como ciudadanos— gobernantes exigen de ciertas libertades absolutas (libertades políticas) —precisamente las proclamadas en la Primera Enmienda<sup>793</sup>—, mientras que como ciudadanos-sujetos al derecho somos titulares de bienes y derechos particulares relativos (libertades civiles)<sup>794</sup>.

---

<sup>789</sup> GRABER, M., *Transforming Free Speech (The Ambiguous Legacy of Civil Libertarianism)*, *op. cit.*, págs. 8 y 125.

<sup>790</sup> MEIKLEJOHN, A., *Political Freedom*, *op. cit.*, págs. 24-27.

<sup>791</sup> Como sostiene OWEN FISS, los enemigos tradicionales de la libertad de expresión ya no son los mismos: hoy en día, la imposibilidad de acceso de ciertos grupos ocupa un lugar relevante, de manera que el problema central es que no se puede garantizar igual libertad de expresión para todos. FISS, O., “The silencing effect of speech”, *The Irony of Free Speech*, *op. cit.*

<sup>792</sup> En el mismo sentido, *vid.* LAPORTA, F.J., “El derecho a informar y sus enemigos”, *op. cit.*, pág. 14.

<sup>793</sup> Que incluye la libertad religiosa, la de expresión, la de prensa, la de reunión y el derecho de petición al Congreso.

<sup>794</sup> Precisamente considera un error la postura de CHAFEE acerca del doble objetivo de la Primera Enmienda, particular y social: “la Primera Enmienda preserva la necesidad de todos los miembros de la comunidad política, cuida de la necesidad pública. los intereses particulares quedan incluidos en el más amplio interés común y en la medida en que sean compatibles, puesto que éste es prioritario a aquéllos. La

La libertad de expresión política pertenece a la primera categoría, y no tiene fundamento en derecho natural alguno, sino en la necesidad de autogobierno por sufragio universal: “Es a esa mutilación del proceso de pensamiento de la comunidad contra la que se dirige la Primera Enmienda. El principio de la libertad de expresión emerge de las necesidades del programa de autogobierno. No es una Ley Natural o de la Razón en abstracto. Es una deducción del acuerdo fundamental de los americanos de que los asuntos públicos se decidirán por sufragio universal”<sup>795</sup>.

Las manifestaciones que distorsionan el debate público, que provocan a la comisión de delitos, las injuriosas, obscenas, etc., no caen, por tanto, bajo la esfera de absoluta protección de la Primera Enmienda, aunque tampoco son irrelevantes. Su prohibición o castigo queda sometido a un juicio de ponderación entre los distintos derechos e intereses en presencia bajo la vigencia de la cláusula del debido proceso<sup>796</sup>. El interés particular en expresarse no goza de esa inmunidad porque no cumple ninguna función relevante en el sistema político. Cuando la sociedad proclama la libertad de expresión no está declarando que cada individuo tiene un derecho inalienable a hablar cuando, como y donde le plazca<sup>797</sup>.

---

discusión pública tiene un estatus constitucional que ninguna pretensión de expresión individual puede reclamar” CHAFFEE, Z., *Free Speech in the United States, op. cit.*, pág.55.

<sup>795</sup> MEIKLEJOHN propone la distinción de dos niveles de protección de las expresiones: la Primera Enmienda protege sin excepciones la expresión referida a asuntos públicos (no sólo políticos, sino comprensivos de un amplio campo de materias: Literatura, arte, etc.) mientras que en un segundo y más bajo nivel de protección se encuentran el resto de las expresiones cuya tutela se articula a través de la cláusula del debido proceso de la Quinta y Decimocuarta Enmiendas. MEIKLEJOHN, A., *Political Freedom, op. cit., passim*. En la misma línea se pronuncia, más recientemente, SUNSTEIN, C.R., *Democracy and the Problem of Free Speech*, The Free Press, Nueva York, 1993.

<sup>796</sup> MEIKLEJOHN, A., *Political Freedom, op. cit.*, pág. 27. Por ello, “en ese método de autogobierno el interés último no son las palabras de los que hablan, sino las mentes de los que escuchan”. Así, “ninguna idea relevante puede prohibírsele expresar ni serle ocultada, porque cuando los hombres se gobiernan a si mismos son ellos —y nadie más— quienes juzgan lo que es imprudente, injusto o peligroso”. Después de haber tenido la oportunidad de ver las dos caras de un asunto. Es la equidad del procedimiento de decisión lo que legitima su validez. *op. cit.*, págs.26-27.

<sup>797</sup> Por ello MEIKLEJOHN vierte una dura crítica a la opinión expresada por Holmes en el caso *Abrams* (250 U.S., 616) de que “la mejor defensa contra una idea peligrosa es exponerla al libre mercado

EMERSON<sup>798</sup> llega con otros argumentos a conclusiones similares, aunque es cierto que parten de un fundamento teórico distinto, ya que asocia el fundamento de la libertad de expresión con una más amplia exigencia de autodeterminación del individuo: tanto en su vida particular como en el ámbito social. Ello no impide atribuirle, además, la condición de ser un instrumento de operatividad política<sup>799</sup>: la cláusula de la Primera Enmienda pretende garantizar un sistema efectivo de libertad de expresión en una sociedad democrática<sup>800</sup>. El mencionado sistema descansaría en “la premisa ampliamente aceptada en el pensamiento occidental de que el auténtico propósito del hombre es la realización de su personalidad y potencialidad como ser humano individual, y como miembro de la sociedad”<sup>801</sup>. Junto a este objetivo, la libertad de expresión cumpliría otros roles: proporcionar un método de obtener la verdad, asegurar la participación política de la sociedad en la toma de decisiones y contribuir a mantener el equilibrio entre estabilidad y cambio<sup>802</sup>.

Este autor propone interpretar los términos empleados en la citada Primera Enmienda para definir ese sistema y, en concreto, determinar con pretensión de validez universal qué casos son los que ninguna ley puede restringir porque constituyen,

---

de las ideas para que las mejor fundadas ganen”. Para MEIKLEJOHN esta opinión escondía un excesivo individualismo incompatible con el fundamento político de la libertad de expresión: el proceso de búsqueda de la verdad genera una fructífera irresponsabilidad intelectual, una casi total imposibilidad de distinguir bien y mal. No se trata de buscar verdades sino de compartir conocimientos para decidir conjuntamente, para compartir cualquier verdad que se haya alcanzado. *Ibidem*.

<sup>798</sup> EMERSON, T.I., cabe citar, entre otras, sus obras EMERSON, T.I., *The System of Freedom of Expression*, op. cit. y *Toward a General Theory of the First Amendment*, Random House, Nueva York, 1966.

<sup>799</sup> En el mismo sentido se pronuncia TRIBE, L.H., *American Constitutional Law*, op. cit., pág. 788-789.

<sup>800</sup> EMERSON, T.I., *Toward a General Theory of the First Amendment*, op. cit., págs. 59-62.

<sup>801</sup> *Ibid*, págs. 4-5.

<sup>802</sup> *Ibid*, págs. 7-15.

propriadamente, libertad de expresión<sup>803</sup>. Para ello parte de la distinción entre conductas que consisten en expresiones —que deben ser libremente permitidas y alentadas— y expresiones que constituyen acciones —susceptibles de control—<sup>804</sup>. La Primera Enmienda protege sólo a las primeras, pero de forma absoluta (“full protection”), porque responden al ejercicio de un derecho preferente, resistente a la posibilidad de ser restringido en favor de otros valores u objetivos sociales<sup>805</sup>. Para la represión de las segundas basta con la conformidad al canon del “peligro claro e inminente”, pues la limitación del uso de la palabra que toleran implícitamente sólo representa un efecto secundario<sup>806</sup>.

En esta misma línea de destacar la proyección política de la libertad de expresión debe recurrirse irremediabilmente a RAWLS. En su teoría de la justicia RAWLS destaca el

---

<sup>803</sup> EMERSON propone un método para determinar el alcance de la Primera Enmienda en el sistema y, por tanto, del derecho a la libertad de expresión que llama “absolute test”. Pese al nombre, pronto aclara que no se trata de interpretar la Primera Enmienda como el salvoconducto para garantizar que “toda palabra, escrito o comunicación quede, en todo momento y bajo cualquier circunstancia, protegida frente a cualquier forma de limitación gubernamental”. Se trata de definir con la mayor amplitud posible qué supuestos se incluyen como expresiones garantizadas constitucionalmente frente a una posible acción legislativa restrictivas tal y como declara la enmienda. Para ello se debe interpretar qué es restringir “abridge”, qué es ley “law” y qué es libertad de expresión “freedom of speech”. *Ibid.*, págs.56-58.

<sup>804</sup> La adscripción de una expresión a uno de ambos conceptos es, en ocasiones, difícil, porque la expresión tiene lugar en el contexto de una acción, o íntimamente vinculada a ella o es equivalente en su impacto. En esos casos EMERSON propone recurrir para efectuar la distinción al criterio del test del peligro claro e inmediato: la expresión —formalmente— es acción —materialmente— si se dirige a favorecer la consecución de un mal grave, inmediato, irreversible, y la ley debe tratar de definirlo claramente como supuesto punible. *Ibid.*, págs. 60-61. Una crítica de este método de determinación del contenido de la libertad de expresión la ofrece TRIBE, L.H., *American Constitutional Law, op. cit.*, en las págs. 788-789.

<sup>805</sup> Para MEIKLEJOHN, A., *Political Freedom, op. cit.*, pág. 111, los riesgos para estos valores derivados del uso de la libertad de expresión ya los asumió el constituyente al proclamar la Primera Enmienda, por lo que no cabe recurrir a ninguna clase de ponderación entre derechos ni en sede legal ni, desde luego, en revisión judicial.

<sup>806</sup> Lo relevante de las acciones-expresiones nocivas es que participan de las características esenciales de las acciones, pues sus efectos dañosos son inmediatos y, en ciertos casos, irremediables. Al contrario de las auténticas expresiones, sus riesgos no se corrigen con el tiempo, con la concurrencia de otras ideas, con más debate, porque no hay tiempo ni lugar: el peligro de daño es inmediato. TRIBE aplica a estas limitaciones el “track two”, esto es, el canon del peligro claro e inminente, por no dirigirse al

papel de las libertades políticas básicas, entre las que incluye, precisamente, la de expresión. Por ello, señala como los márgenes centrales de la libertad básica de pensamiento “el uso público libre e informado de nuestra razón para poder juzgar la justicia de la estructura básica y su política social”. Por ello el hombre debe poder conocer todos los argumentos que se esgrimen, todas las razones que se aducen en el discurso político de un régimen democrático.

La vinculación de la libertad de expresión con la familia de las libertades políticas tiene un cariz completamente distinto en la concepción de RAWLS respecto a la clásica formulación política de MEIKLEJOHN. La tesis del autogobierno como presupuesto de la libertad de expresión vincula su bondad a que aquél hace posible la autorrealización personal y el desarrollo de la propia personalidad. Pero entonces, como bien objeta TRIBE<sup>807</sup>, ¿es preciso ese paso intermedio para fundamentar la libertad de expresión, o bastaría con fijar su fundamento en esas mismas pretensiones de autorrealización?

Por el contrario, para RAWLS la fundamentación última de las libertades políticas no tiene que ver con la satisfacción de ninguna clase de beneficios personales individuales o sociales para los sujetos que la ejercen, sino que hallan su fundamento en la concepción del hombre como un ser moralmente autónomo:

“las libertades tienen una significación ligada a su papel político y social en una estructura básica justa especificada por los dos principios de la justicia”<sup>808</sup>.

---

contenido comunicativo del mensaje sino a la forma (“manner”), en definitiva, un mínimo escrutinio de racionalidad (“due process”). TRIBE, L.H., *American Constitutional Law*, op. cit., págs. 789-794.

<sup>807</sup> TRIBE, L.H., *American Constitutional Law*, op. cit., pág. 787.

<sup>808</sup> Recordemos cuáles son, precisamente los dos principios de justicia universal enunciados por este autor: 1- todos tienen igual derecho a un régimen plenamente suficiente de libertades básicas iguales, compatible con un régimen similar de libertades para todos; 2- las desigualdades sociales y económicas se justifican si existe igualdad de oportunidades para todos y persiguen el máximo beneficio para los menos favorecidos. RAWLS, J., *Sobre las libertades*, op. cit., págs. 12 y ss.

Por esta razón cuando identifica la esencia de la libertad de expresión con “el uso público libre e informado de nuestra razón” no los vincula a cualesquiera asuntos, sino a “la justicia de la estructura básica y su política social”. Considerarla como una de las libertades básicas políticas tiene, evidentemente, algunas ventajas importantes, pues aun cuando reconoce que todas las libertades son autolimitantes y que dentro de cada familia ninguna libertad por sí misma tiene prioridad, dicha familia de libertades básicas a la que pertenece, sí la tiene en su conjunto: “en una sociedad democrática bien ordenada en condiciones razonablemente favorables, podría parecer absoluto el libre uso público de la razón en cuestiones de justicia política y social”<sup>809</sup>.

Sin embargo, aun cuando esta función se considere relevante, no puede servir de fundamento por sí sola para justificar la inmunidad de cualquier mensaje irracional, y en el extremo opuesto, tampoco el libre sometimiento a restricciones del mensaje ajeno a tales cuestiones públicas relevantes. Como apunta TRIBE, esto implica desconocer lo que de emocional tiene, sin duda, el discurso. Lo que sirve, sin duda, es para explicar por qué se debe proteger el interés del que desea expresarse, con independencia del desinterés de su audiencia o, incluso, cuando no la tiene. La expresión sirve al deseo básico de las personas de ser reconocidas en los otros, y prohibirla supone un insulto al valor y la dignidad del individuo.

*B. La función ilustradora de la libertad de expresión: el mercado libre de las ideas*

Estrechamente conectada con la concepción liberal de la libertad de expresión como derecho individual y como libertad política se sitúa otra que la considera, en todo caso, un medio para que cada sujeto y la comunidad entera, puedan hallar la verdad. Esta

---

<sup>809</sup> *Ibid*, pág. 104.

teoría se expone, a su vez, desde dos concepciones bien distintas: como un derecho estrictamente individual y como un derecho funcionalmente dirigido a lograr una ciudadanía más informada y con mejor capacidad de decisión. En ambos casos sus planteamientos se aproximan a los de la concepción liberal de las libertades de expresión e información con fundamento en la idea de la dignidad de la persona, aunque permiten añadir como un componente relevante y autónomo respecto del interés en el hablante, el del oyente.

En el lenguaje político esto se expresa diciendo que “la libertad de pensar como quieras y de expresar lo que piensas es un medio indispensable para encontrar la verdad política”<sup>810</sup>. Más allá de este ámbito, la libertad de expresión es necesaria para adquirir cualquier clase de conocimiento, pues es necesario disponer de canales de comunicación abiertos. Un juicio correcto sobre cualquier materia depende a priori de la información correcta y, en principio, de toda la disponible.

El hombre necesita descubrir la verdad y el mejor método para ello es contrastar ideas y opiniones; la que resulte victoriosa del encuentro será tenida como afirmación, idea o propuesta más correcta. El hombre halla de esta forma el camino para la consecución de sus proyectos y objetivos como persona y miembro del grupo social al que pertenece. Para NIMMER la verdad es inalcanzable, pero es el procedimiento (libre debate) el que le otorga validez a cualquier conocimiento.

MILTON<sup>811</sup>, primero y MILL<sup>812</sup>, posteriormente —sus principales valedores—, aseguran que la protección de la expresión, incluso aquella que resulta ser errónea, es

---

<sup>810</sup> Vid. la repetidamente citada sentencia del TSFA de 1927 *Whitney vs. California*, 274 U.S. 357, 375 en cuyo voto concurrente Brandeis atribuye a los Framers la creencia en este postulado original de SPINOZA.

<sup>811</sup> MILTON, J., “Aeropagítica”, *op. cit.*, págs. 31-35.

<sup>812</sup> MILL, J.S., “Sobre la libertad”, *op. cit.*, págs. 41 y ss.

necesaria para el eventual descubrimiento de la verdad mediante la confrontación dialéctica en el mercado de las ideas<sup>813</sup>. El punto de referencia del interés, sin embargo, ya no es sólo o tanto el hombre que desea hablar, sino la comunidad que precisa escuchar ideas y opiniones diversas para pensar y formar su criterio libremente<sup>814</sup>.

Nos encontramos ante una fundamentación instrumental del derecho, pues la funcionalidad de la libertad de expresión para el descubrimiento de la verdad es la que le da su contenido y determina los límites a su ejercicio<sup>815</sup>. Para estos autores la verdad es un bien autónomo y esencial, útil para el desarrollo de la sociedad que sólo puede alcanzarse si se permite que todas las ideas concurren para determinar aquella que se considera mejor.

Para el juez Holmes, por el contrario, la verdad no existe, pero sí la posibilidad de que cualquier pretensión de verdad pueda prevalecer después de permitírsele ser conocida y valorada en el mercado de las ideas “in the competition of the market”. Si el Gobierno, por ejemplo, interfiere en ese proceso presumiendo su infalibilidad para determinar qué es la verdad, no respeta el procedimiento de contraste y la posibilidad de

---

<sup>813</sup> La expresión “mercado de las ideas” fue acuñada por el juez del TSFA Holmes en la sentencia *Abrams vs. U.S.*, 250 U.S. 616, 630 (1919). Esta teoría ha sido la dominante en la doctrina y jurisprudencia norteamericanas. *Vid.* BAKER, C.E., “Scope of the First Amendment Freedom of Speech”, *op. cit.*, págs. 964, 967-74.

<sup>814</sup> Como bien argumenta LAPORTA, F.J., “El derecho a informar y sus enemigos”, *op. cit.*, pág. 15, la libre expresión del pensamiento es el instrumento crucial de la cultura moderna, porque “sólo quien apoya resueltamente la libertad de información, quien no tiene ‘miedo a saber’, es capaz de ser ciudadano en una sociedad abierta”.

<sup>815</sup> La expresión de la opinión es un acto autónomo y, por tanto, no reprimible por la sociedad porque no genera un perjuicio apreciable. Sin embargo, estos autores distinguen entre la libertad absoluta de opinar y la posibilidad —necesidad— de sancionar determinados usos de la palabra que atentan contra otros bienes o valores del ordenamiento. Se puede prohibir una acción porque se supone que no es correcta después de valorarla, pero no se puede prohibir un argumento antes de ser escuchado, impedir que se exponga dando por sentado que no puede ser verdadero. Para MILL sólo cabe una excepción a esta afirmación: en caso de emergencia, cuando no es posible contrastar la certeza o falsedad de un discurso que puede engendrar un peligro inminente. MILL, J.S., “Sobre la libertad”, *op. cit.*, págs. 44-45. La distinción entre actos autónomos y heterónomos es, como se sabe, de origen kantiano.

alcanzar la verdad, que ya era relativa, se convierte en algo imposible, esa verdad carece de valor: “La libertad para contradecir nuestra opinión es la condición necesaria que nos justifica a la hora de suponer que es verdadera”<sup>816</sup>.

Generalmente, en cambio, se suele admitir como posible la posibilidad de distinguir entre verdad y falsedad o, al menos, entre buenas y malas pretensiones, aunque la certeza raramente llega a alcanzarse. En principio debe permitirse que todas las ideas concurren en el mercado, pues incluso las falsas ideas contribuyen a reforzar las posiciones correctas<sup>817</sup>.

Precisamente una de las mayores objeciones a la teoría de la búsqueda de la verdad es que dejaría de ser predicable respecto de aquellos discursos y expresiones emocionales, absurdos, etc. carentes de todo o casi cualquier elemento de racionalidad o fuerza argumentativa. MILL sobrestimó la discusión intelectual y la necesidad del público de debatir asuntos de interés general sobre ética, política o asuntos sociales en detrimento de algunas expresiones que obtienen generalmente reconocimiento jurídico y para las que no valdría el argumento de la verdad: pornografía, lenguaje obsceno, insultos, etc. Por otra parte, algunas limitaciones de la expresión se rechazan como inconstitucionales no porque contribuyan a ofrecer la verdad sino porque no es

---

<sup>816</sup> *Ibid*, págs. 58-59.

<sup>817</sup> Según MILL cuando la afirmación es probablemente cierta no debe prohibirse su conocimiento, porque sería tanto como asumir la infalibilidad de quien actúa; y si es probablemente falsa, tampoco, porque quienes dicen la verdad no podrían confirmar su posición por contraste con la falsa y si verdad se convertiría en un dogma muerto. La sentencia del TSFA *New York Times vs. Sullivan* aceptó, en parte, estas afirmaciones. *Ibid*, pág. 59.

BARENDT critica estos argumentos desde una perspectiva utilitarista: no se puede asumir que siempre y en todo caso —excepto emergencias— el conocimiento de un hecho posiblemente cierto sea el mayor bien social; en ocasiones los sistemas legales dan prioridad a intereses como el honor, la intimidad o la seguridad. No cabe admitir que la utilidad de una noticia vaya vinculada a su verdad: es perfectamente posible que la publicación de algunas noticias ciertas se rechace a favor de otros intereses y viceversa, que una noticia falsa, pero aparentemente veraz, merezca reconocimiento. BARENDT E., *Freedom of Speech*, Oxford University Press, Nueva York, 1996, págs. 9-10.

racionalmente sostenible su prohibición<sup>818</sup> (como, por ejemplo, ocurre con las afirmaciones de hecho falsas sobre un asunto de relevancia realizadas con veracidad)<sup>819</sup>.

Pero no es sólo para tomar opciones estrictamente políticas para lo que la libertad de expresión es necesaria, sino para adquirir cualquier tipo de conocimiento, pues este depende de disponer de canales de comunicación abiertos. Así, NIMMER amplía esta función a todos los campos de intereses del hombre y afirma que un juicio correcto sobre cualquier materia depende de disponer, a priori, de la información correcta, es decir, de toda la información disponible. Esto no quiere decir que no sea posible prohibir ciertos tipos de discurso sin destruir la libertad de expresión; lo que quiere decir es que toda restricción del contenido de los discursos afecta a la función ilustradora que la expresión cumple, por ello es preciso distinguir cuando se puede y cuando no prohibir ciertos tipos de discurso: “Y, desde luego, si la razón aducida por el Estado para prohibir la comunicación de un cierto mensaje es que su contenido es falso, la presunción es que la acción estatal es inconstitucional, porque ninguna institución o Gobierno es tan infalible como para que los ciudadanos dejemos en sus manos la determinación de que es falso y que no lo es”<sup>820</sup>.

Por ello apunta NIMMER parafraseando a Churchill que: “la determinación de la verdad por la competición en el mercado es el método más frustrante, menos preciso y más peligroso, a excepción de todos los demás”<sup>821</sup>. La libertad de expresión puede no llevarnos a la verdad, pero es el mejor método para acercarse a ella. No garantiza que el acuerdo alcanzado en el debate público sea el correcto, pero una vez más, el

---

<sup>207</sup> *Ibid*, pág. 11.

<sup>208</sup> Tal es el canon vigente desde que se empleara, por primera vez, en *New York Times vs. Sullivan* por el TSFA.

<sup>820</sup> NIMMER, M.B., *Nimmer on Freedom of Speech. A treatise on the theory of the First Amendment*, *op. cit.*, pág. 1-7,8.

<sup>821</sup> *Ibid*, págs. 1-12,13.

procedimiento es el que legitima el resultado: es lo más próximo a la verdad porque se ha consensuado después de un debate libre<sup>822</sup>. Delegar ese poder último en otras instancias distintas del ciudadano es mucho más peligroso que los riesgos que conlleva el error de su ejercicio<sup>823</sup> y, además, es algo que ya rechazaron los distintos constituyentes cuando proclamaron, de una u otra forma, la libertad de expresión. No obstante parece más acertado y menos pretencioso asignar a la libertad de expresión la función de contribuir a la ilustración de los individuos más que de proporcionarles el camino de la verdad<sup>824</sup>.

Una de las objeciones más sólidamente formuladas a la idea de mercado de las ideas como vía para alcanzar la verdad es el panorama que actualmente presenta el mercado de los medios de comunicación<sup>825</sup>. El funcionamiento de los medios — controlados en situación casi de monopolio—, no es equiparable al de un foro público donde existe una relación biunívoca entre quienes hablan y quienes escuchan; los medios son los únicos que emiten, con unos intereses de mercado prácticamente incompatibles con los intereses de la comunicación, que no pueden garantizar la pluralidad de ideas ni el acceso de las minorías<sup>826</sup>.

---

<sup>822</sup> Ello no impide admitir la existencia de unas mínimas reglas de orden que, lejos de limitar la libertad se dirigen a ordenar las expresiones para hacer posible su disfrute efectivo por todos en condiciones de plenitud e igualdad. Vid. MEIKLEJOHN, A., *Political Freedom*, op. cit., págs. 26-27.

<sup>823</sup> Delegar genérica e incondicionalmente en el Parlamento o el Gobierno toda decisión sobre el tipo de discursos cuya difusión debe prohibirse o las opiniones que son infundadas y no deben llegar a divulgarse sería más peligroso y menos respetuoso con la autonomía de la persona. Además, y aunque esto sea sólo secundario, crecería la sospecha fundada de que cualquier opinión contraria a los intereses del poder sería inmediatamente restringida.

<sup>824</sup> NIMMER, M.B., *Nimmer on Freedom of Speech. A treatise on the theory of the First Amendment*, op. cit., pág. 1-14.

<sup>825</sup> Gráficamente sostiene NIMMER que en lugar de la metáfora del mercado de las ideas debía recurrirse a la de la torre de Babel dada la forma de funcionamiento del mercado de los medios de comunicación. *Ibid*, pág. 1-18.

<sup>826</sup> Para una visión crítica de la prensa y los nuevos peligros que se presentan a la libertad de expresión (“hate speech”, pornografía y financiación de las campañas), puede verse FISS, O., *The Irony of*

Aun cuando hemos estado refiriéndonos a la búsqueda de la verdad en todos los campos del conocimiento que interesan al ciudadano, a la libertad de expresión se la ha vinculado con el principio de autogobierno característico de la democracia<sup>827</sup>. Ya me he referido a esta corriente específica al analizar la interpretación que ofrece MEIKLEJOHN a la Primera Enmienda norteamericana. Baste añadir a lo ya dicho que aunque MEIKLEJOHN consideró esta función como algo distinto y superior a la función ilustradora o de búsqueda de la verdad, hay que reconocer que en la práctica ambos planteamientos están fuertemente emparentados. Es posible coordinar ambas teorías si tenemos en cuenta que el conocimiento de todos los aspectos de la vida cotidiana es vital al hombre y susceptible, eventualmente, de ser regulado en leyes, por lo que debe garantizarse su debate público para que el ciudadano decida libremente. El propio MEIKLEJOHN llegó a admitir que los asuntos de interés público sobre los que la Constitución americana dispensaba una protección absoluta no se ceñían sólo a la política, sino también incluye las artes, las ciencias, la literatura, etc.<sup>828</sup>.

Otra variante de la función ilustradora de la libertad de expresión en la política es la que BLASI denomina “checking value”, que significa que la libertad de expresión tiene la virtualidad de servir de medio para controlar el poder del Estado. La libertad de

---

*Free Speech, op. cit.* El autor se desmarca de las soluciones clásicas que ofrece el liberalismo frente a los peligros para la libertad: más expresión y prohibición de intervención reguladora del Estado. A su entender, ello no garantiza el disfrute igual para todos en el ejercicio de estos derechos, pues quienes están llamados a ese “more speech” no pueden, precisamente, acceder.

<sup>827</sup> Entre nosotros se muestra partidario de asignar este fundamento a la libertad de expresión LAPORTA, F.J., “El derecho a informar y sus enemigos”, *op. cit.*, págs. 14-19.

<sup>828</sup> La propia jurisprudencia del TSFA se encargó de puntualizar a MEIKLEJOHN acerca de esta definición de “asuntos de interés público” en *Abood vs. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977): “It is no doubt true that a central purpose of the First Amendment was to protect the free discussion of governmental affairs... But our cases have never suggested that expression about philosophical, social, artistic, economic, literary, or ethical matters—to take a nonexclusive list of labels—is not entitled to full First Amendment protection”.

expresión sería, para este autor, una forma de poner a examen el uso del poder por los gobernantes, es decir, un medio de control de la actuación de los poderes públicos.<sup>829</sup>

Por último, distintos autores han atribuido a la libertad de expresión una función política al servir de cauce para la resolución pacífica de los conflictos y garantizar el cambio social de forma ordenada. Tanto EMERSON<sup>830</sup> como NIMMER<sup>831</sup> o GREENAWALT<sup>832</sup> entienden que el camino de la paz social está en la oportunidad de discutir libremente y proponer alternativas, alejando la necesidad del recurso de la violencia.

STEIN expresa la conexión sistemática entre libertad de expresión y principio democrático de la siguiente forma: “Hoy se sabe que para la realización de la democracia no es suficiente garantizar la elección universal inmediata, libre, igual y secreta del cuerpo legislador. Estos principios únicamente garantizan que la voluntad del pueblo será debidamente representada. Pero no impiden que la voluntad del pueblo sea doblegada antes de manifestarse. Por ello, deben completarse con garantías que aseguren la libre formación de la opinión y de la voluntad”<sup>833</sup>.

---

<sup>829</sup> BLASI, V., “The Checking Value in First Amendment Theory”, *American Bar Foundation Research Journal*, 1977, págs. 521 y ss.

<sup>830</sup> Este autor se refiere a la función de “promover ordenadamente el cambio social, manteniendo un equilibrio entre estabilidad y cambio” EMERSON, T.I., *Toward a General Theory of the First Amendment*, *op. cit.*, págs. 7-15

<sup>831</sup> La libertad de expresión cumple una función de válvula de seguridad al lograr que se aleje el recurso a la violencia como medio para alcanzar los objetivos que se persiguen si se permite a los hombres que expresen libremente sus propósitos. NIMMER, M.B., *Nimmer on Freedom of Speech. A treatise on the theory of the First Amendment*, *op. cit.*, pág.1-53.

<sup>832</sup> GREENAWALT, K., “Speech and Crime”, *American Bar Foundation Research Journal*, 1980, págs. 647 y ss. Su argumento sería el siguiente: Quienes están resentidos porque no han obtenido la satisfacción a sus pretensiones por parte de las Instituciones tienen, al menos, la oportunidad de cambiarlas por la vía pacífica, si convencen de ello al resto. La libertad de expresión aunque a veces contribuya a una división de opiniones, también permite la estabilidad social.

<sup>833</sup> STEIN, E., *Derecho Político*, *op. cit.*, pág. 127.

Sin embargo, que la democracia necesite de la libertad de expresión no la convierte en fundamento de la protección de esta última, o al menos no exclusivamente, como sostiene NIMMER. Los términos deben invertirse y afirmar que una de las funciones de la libertad de expresión en un sistema democrático —si se quiere la más importante— es garantizar el pluralismo mediante la libre formación de la opinión. Cuando una expresión determinada cumple con todas las funciones asignadas a la libertad de expresión difícilmente puede admitirse su restricción. Pero aun cuando la función de ilustrar no pueda predicarse de un mensaje concreto, ello no implica que éste quede fuera del ámbito constitucionalmente reconocido a la libertad de expresión.

*C. La progresiva autonomía de la libertad de información por medios de difusión para la función democrática de la libertad de expresión. La garantía institucional de la opinión pública*

De cuantas funciones se han atribuido a la libertad de expresión es, quizás, la función de ilustración, tanto sobre asuntos de relevancia pública como en cuanto garantía del intercambio de ideas u opiniones, la más importante y la que mayor calado aporta en el enfrentamiento de esta libertad con otros derechos o intereses. Para TRIBE, quienes defienden la libertad de expresión como un fin en sí mismo, al servicio de la realización personal y el desarrollo de la personalidad del hombre yerran, a veces, al olvidar que las implicaciones más importantes de la libertad de expresión tienen que ver con la decisión de vivir en Democracia<sup>834</sup>.

Como se ha dicho, la libertad de expresión favorece que los ciudadanos accedan a la información necesaria para que sus decisiones sean libre y fundadamente tomadas, permite controlar a los poderes públicos, proponer cambios sociales, económicos o

políticos, expresar el disenso y garantizar, en definitiva, el pluralismo de opiniones. Sin duda, la democracia manifiesta un interés por la libertad de expresión incluso superior al que reivindicamos como particulares<sup>835</sup>.

La irrupción de los medios de comunicación en este panorama no ha hecho sino acrecentar las expectativas por las libertades de expresión y de información, puesto que la actividad de dichos medios reúne, al menos en teoría, las condiciones óptimas para que dicha función se cumpla: la información puede llegar a más y más variada audiencia, dar acceso a los particulares y, en especial, a los grupos minoritarios a la tribuna pública para manifestar el disenso, contribuir al control de los poderes públicos con más garantías de inmunidad y eficacia que las que tendría un particular, etc.<sup>836</sup>.

También lo entendieron así, desde el principio, los constituyentes. El reconocimiento explícito de los medios de difusión como vehículo de ejercicio de la libertad de expresión no puede ser interpretado, simplemente, como una reiteración lingüística. No, al menos, en el lenguaje del legislador y, menos, en el del constituyente. Algún sentido propio cabe atribuir al texto explícito de los artículos 20.1.d) CE, del artículo 5.1 de la Ley Fundamental de Bonn, la Primera Enmienda a la Constitución

---

<sup>834</sup> TRIBE, L.H., *American Constitutional Law*, *op. cit.*, págs. 788. Esto se podría obviar si se distinguiesen los fundamentos de las funciones de la libertad de expresión y tuviera el necesario reflejo en el tratamiento jurídico de esta libertad en relación con otros valores.

<sup>835</sup> Extensamente, LAPORTA, F.J., "El derecho a informar y sus enemigos", *op. cit.*, págs. 14-19.

<sup>836</sup> Que así ocurra en la práctica es cuestión diferente. En la actualidad, algunas distorsiones esenciales se están produciendo en los mecanismos de funcionamiento de los medios de comunicación y, en orden decreciente, más en los audiovisuales que en los escritos. El producto informativo es tratado con criterios propios de mercado más que de comunicación, esto es, se busca maximizar el beneficio y minimizar el coste de manera que el resultado final no siempre se compadece muy bien con las pretensiones iniciales. La rápida sucesión de acontecimientos, la globalización y el rápido acceso a la información de las nuevas tecnologías han provocado un tratamiento de la información poco o nada riguroso ni crítico. *Vid.* VIVES ANTÓN, T.S., "La libertad como pretexto", *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

norteamericana, el artículo 37 de la Constitución portuguesa o el apartado 1 del artículo 10 del CEDH, por citar sólo algunos ejemplos.

En Europa el camino seguido para la emancipación de la libertad de información por medios de difusión vino de la mano de la formulación de diversas teorías sobre la función ordenadora y de garantía de los derechos fundamentales en el sistema. La dogmática de los derechos fundamentales liderada por la doctrina alemana a partir de los años treinta del siglo XX significó un cambio de perspectiva respecto de la tradicional contemplación de su naturaleza liberal como derechos públicos subjetivos o derechos de defensa frente al Estado. El distinto cambio de planteamiento se tradujo en un nuevo tratamiento jurídico del contenido y los límites de los derechos fundamentales, de sus relaciones mutuas y del papel del legislador en la determinación de todos estos aspectos<sup>837</sup>. A partir de los años cincuenta, la doctrina alemana aboga por la “doble naturaleza” de los derechos fundamentales al afirmar que éstos son derechos públicos subjetivos de los individuos que cuentan, además, con una vertiente institucional, que cumplen una función social y son susceptibles de configuración normativa. Las nuevas teorías desarrolladas a partir de los años cincuenta giran en torno al carácter principal de los derechos fundamentales y a su consideración como un sistema pleno de valores y pretensiones<sup>838</sup>.

En el caso de la libertad de expresión, el cambio más significativo ha sido atribuirle un papel protagonista específico a la comunicación de información veraz por medios de difusión como vehículo privilegiado para la conformación de la opinión pública, institución esencial en un sistema democrático plural. Mediante el intercambio y

---

<sup>837</sup> Sobre la evolución de la dogmática de los derechos fundamentales en general, véase lo dicho al respecto en el apartado primero de este Capítulo.

<sup>838</sup> G. Dürig, K. Hesse y P. Lerche son los autores que más han contribuido junto a R. Alexy y P. Häberle al desarrollo de la nueva dogmática de los derechos fundamentales en Alemania en la línea apuntada en el texto.

el debate de informaciones y opiniones relevantes, la libertad de prensa —que obviamente no es un concepto estrictamente constitucional, sino un término importado de la tradición histórica<sup>839</sup>— cumple su rol de ser funcional a uno de los valores democráticos fundamentales: el pluralismo.

La proyección de la doctrina de la función institucional de los derechos fundamentales sobre la libertad de expresión, ha resultado definitiva para la conformación del derecho a comunicar y recibir información veraz a través de los medios de difusión, mediante unas garantías específicas y distintas de las asignadas tradicionalmente a la libertad de expresión. Y, sobre todo, ha contribuido a reforzar la función institucional de la prensa como vehículo de conformación de la opinión pública<sup>840</sup>. De hecho, en la Constitución alemana junto a la libertad de información se encuentra en el artículo 5.1 la libertad de prensa, que goza de independencia como garantía institucional<sup>841</sup>.

Así como la libertad de expresión se sigue concibiendo generalmente como derecho individual de libertad cuyo ejercicio concurre, sin más, a la conformación de la

---

<sup>839</sup> Una materia vastamente abordada en la legislación histórica española ha sido, precisamente, la regulación de la prensa y la imprenta. Un estudio histórico exhaustivo sobre esta cuestión puede encontrarse en la obra de MIRA BENAVENT, J., *Los límites penales a la libertad de expresión en los comienzos del régimen constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

<sup>840</sup> LAPORTA, F.J., “El derecho a informar y sus enemigos”, *op. cit.*, págs. 16-17 destaca la existencia de tres dispositivos institucionales dirigidos a la profesión informativa y su entorno: la llamada posición preferente del derecho a la información en materia de control de constitucionalidad, el privilegio del secreto del periodista y la cláusula de conciencia.

<sup>841</sup> Según el Tribunal Constitucional alemán la garantía institucional de la prensa como portadora y difusora de la opinión pública comprende el derecho público subjetivo de los periodistas a expresar su opinión en forma apropiada, libremente y sin trabas, como cualquier otro ciudadano. *Vid.* sentencia BVerfGE 10, 121. También se afirma que “la finalidad de la libertad de prensa es facilitar y garantizar la formación de una opinión pública libre” BVerfGE 25, 268 y que “la información incorrecta no es un bien jurídico susceptible de protección desde el punto de vista de la libertad de expresión BVerfGE 54, 219, mientras que la libertad de expresión es contemplada como constitutiva por antonomasia del orden democrático: “(...) carece de importancia si la expresión de una opinión puede ser considerada sin valor o

opinión pública, la libertad de información —por influencia de esta dogmática institucional— se caracteriza, sobre todo, por su trascendencia social. Aun cuando sus defensores reconozcan el interés individual en la difusión de informaciones, supeditan su protección a la garantía de tutela del interés colectivo, de manera que la relevancia pública de éstas —y no sólo su veracidad— se convierte en un elemento definitorio del contenido del derecho. Para algunas teorías funcionales la opinión pública llega a erigirse en el instituto que garantiza el pluralismo, valor esencial en democracia, y a cuya conformación se ordena la libertad de información<sup>842</sup>. El contenido del derecho, el ámbito de ejercicio constitucionalmente protegido queda conformado por la necesidad de contribuir a la formación de la opinión pública libre<sup>843</sup> a la que se dispensa protección jurisdiccional inmediata.

A mi juicio, la consideración doctrinal de la opinión pública como institución con relieve constitucional, ha servido positivamente para dotar de un contenido más amplio a las libertades de expresión e información a cuya conformación van dirigidas. Sólo así se explica que hayan podido ganar peso en el debate, las cuestiones relativas a la libertad interna (no solo externa) de la prensa o se hayan denunciado los problemas derivados de la concentración de los medios, de forma que una vez superada la tradicional contemplación de las libertades como inmunidades frente al Estado, hoy se aboga por su

---

desacertada, si tiene un fundamento racional o emocional” BVerfGE 7, 208, BVerfGE 25, 265, BVerfGE 30,347 y BVerfGE 61,7.

<sup>842</sup> Vid. BASTIDA FREJEDEO, F.J., *El régimen jurídico de la comunicación social*, op. cit., págs. 9-10.

<sup>843</sup> Existe una abundante jurisprudencia de nuestro propio TC que parece corroborar esta concepción cuando, por ejemplo, se afirma que el objeto de la libertad de información se reduce a hechos veraces y, además, de relevancia pública (entre otras, SSTC 6/1988, 171/1990, 143/1991); cuando se asigna un valor preferente a la libertad de información frente a otros derechos fundamentales porque está al servicio de una opinión pública libre que es un bien esencial de la vida democrática (STC 104/1986); o cuando se afirma que esta prevalencia alcanza su más alto grado cuando el derecho se ejerce por los profesionales de la información a través de los vehículos institucionales de formación de la opinión pública (STC 165/1987).

defensa por medio del Estado<sup>844</sup>. Desconocer la trascendencia social y política que estas libertades poseen en democracia y asignarles mera protección como derechos individuales merma extraordinariamente su contenido. Ahora bien, se corre igualmente el riesgo de cercenar su debido espacio por el camino contrario, es decir, condicionando su reconocimiento y tutela preferente al cumplimiento por parte de la prensa o de los particulares de funciones institucionales.

#### 4. Toma de posición sobre el fundamento de estas libertades

Lo cierto es que la defensa de la libertad de expresión se ha esgrimido tradicionalmente desde la perspectiva de un derecho individual frente al que el poder político ejerce una amenaza por la vía de silenciar el debate sobre asuntos públicos, bien adoptara éste la forma de monarca absoluto, bien de mayoría gobernante<sup>845</sup>. Ello sería una buena explicación de porqué las garantías constitucionales a favor de la libertad de expresión tradicionalmente se han dirigido —y no sólo en los Estados Unidos precisamente— a evitar estos riesgos<sup>846</sup>.

---

<sup>844</sup> Vid. FISS, O., *The Irony of Free Speech*, *op. cit.*; GRABER, M., *Transforming Free Speech (The Ambiguous Legacy of Civil Libertarianism)*, *op. cit.* Críticamente, WEINSTEIN, J., "Taking Liberties with the First Amendment", *Law and Philosophy*, núm. 17, 1998, págs. 160-168.

<sup>845</sup> Precisamente la doctrina norteamericana desarrolló las teorías sobre la libertad de expresión en aquellos momentos en que ésta se hallaba en más grave peligro por la acción del gobierno: CHAFEE escribió en los albores de la segunda guerra mundial; MEIKLEJOHN en los años cincuenta y EMERSON en los setenta, cuando el temor a la amenaza del comunismo llevó a los más altos índices de intolerancia ideológica y política en Estados Unidos.

También da cuenta de ello LAPORTA, F.J., "El derecho a informar y sus enemigos", *op. cit.*, pág. 14.

<sup>846</sup> Así, por ejemplo, las garantías de nuestro art.20 CE se dirigen a prohibir la censura, a garantizar el valor social de los medios de comunicación, a evitar el secuestro administrativo de las publicaciones, etc.

Sin embargo, no son los riesgos ni sus correspondientes garantías constitucionales las que conforman el contenido de un derecho o libertad<sup>847</sup>. El mayor o menor valor político de un discurso para el debate, no es lo que fundamenta su libre emisión-recepción por los ciudadanos; esto sólo constituye un aspecto del valor social de estas libertades y un mayor apoyo para su tutela frente a otros intereses, pero no su razón de ser<sup>848</sup>.

La funcionalidad para la democracia que indudablemente caracteriza a las libertades de expresión y, según opinión generalizada, sobre todo, de información no es, sin embargo, su rasgo definitorio. Es cierto que la democracia es autogobierno y que éste precisa conceptualmente de aquella libertad para disponer de ciudadanos-gobernantes con capacidad de decisión, esto es, libremente informados y decididos<sup>849</sup>.

Ahora bien, ello no implica que las libertades de expresión e información deban su existencia a la consecución de tal fin. Son, si se quiere, más funcionales que otros

---

<sup>847</sup> HÄBERLE mantiene que los derechos están históricamente condicionados, en cuanto resultan de los peligros concretos para el ciudadano frente a la sociedad y el Estado y se reformulan nuevamente al cambiar la naturaleza de esos peligros. Vid. HÄBERLE, P., "Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Exposición y crítica", *op. cit.*, pág. 15.

<sup>848</sup> De hecho, en los Estados Unidos se ha adjudicado tradicionalmente a la Primera Enmienda un mero efecto de reconocimiento, y no de otorgamiento de las libertades de pensamiento. Ello explicaría la particular posición que ocupan dichas libertades en las relaciones entre los particulares y el gobierno, porque al tratarse de presupuestos de libertad, son previos al pacto social, innegociables en su esencia, y por tanto, sólo limitadamente restringibles por el poder político.

<sup>849</sup> VIVES ANTÓN, T.S., ya mantenía en 1977 en su artículo "Reforma política y Derecho penal", *op. cit.* y, posteriormente en *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1977, pág. 12, que la libertad de expresión era imprescindible para alcanzar el consenso democrático. "La inclusión de la libertad de expresión y de difusión del pensamiento en el elenco de derechos individuales sobre el que ha de asentarse un régimen constitucional es absolutamente inexcusable. Pues un régimen de tal naturaleza no puede, de suyo, ser establecido sino a partir de un *consensus*, imposible allí donde la libertad de expresión no existiese; y menos aún puede prescindir de ella una vez en funcionamiento, por cuanto la comporta conceptualmente".

LAPORTA, F.J., "El derecho a informar y sus enemigos", *op. cit.*, págs. 14-19 se refiere a ella como "condición estructural de nuestro mundo social y político" y no concibe la democracia sin la

derechos para ese propósito de participación política democrática, pero son algo más que eso<sup>850</sup>. En primer lugar porque el autogobierno, estrictamente considerado, se reduce sólo a unos cuantos campos, y la expresión de opiniones, ideas o informaciones veraces desborda legítimamente con mucho ese terreno. Existen otros espacios públicos, y también privados, que les son propios a las referidas libertades y que no pueden ser desconocidos o relegados en la definición del derecho.

El poder político, en tanto que ejerce una actividad pública es objeto de atención de los medios de comunicación, suele sentirse amenazado y, a su vez, responde ejerciendo su amenaza sobre la prensa; ello hace que históricamente y aun más ahora, se precise articular garantías<sup>851</sup> en favor del control de su labor por los medios de difusión o, mejor dicho, del debate público y el pluralismo de opiniones frente al poder<sup>852</sup> —hoy no sólo ya político, sino, sobre todo, económico—. Ahora bien, no cabe extender estos atributos de funcionalidad democrática a todo discurso emitido por los medios de

---

“maximización de la información en una sociedad deliberante”, pues el “derecho general a saber” constituye el sustrato de sus decisiones políticas.

<sup>850</sup> Por ello nos parece inadecuado constitucionalmente abogar por una dogmática institucional-funcional de los derechos fundamentales que convertiría la libertad de expresión en un instrumento garantizable sólo en la medida en que su ejercicio resultara funcional para la democracia. En el mismo sentido *Vid.* VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Estado democrático e información: el derecho a estar informado*, *op. cit.*, págs. 59 y 62-64.

<sup>851</sup> Con razón argumenta JIMÉNEZ CAMPO, J., “Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, que la articulación de mayores garantías a favor de un derecho puede obedecer a una experiencia histórica, a la constatación de que han existido grandes amenazas que exigen grandes cautelas. Pero no son esas mayores garantías las que convierten en fundamental a los derechos, sino que son un mero exponente de su importancia. La libertad de expresión sirve como pocos otros derechos para ilustrar esta aseveración, dada la redacción del art.20 en sus distintos apartados.

<sup>852</sup> Precisamente lo que antes se cuestionaba, la intervención del Estado en el campo de la libertad de expresión, puede convertirse hoy por hoy en una demanda, pues los riesgos que amenazan a la libertad no tienen su origen en las mismas causas, ni cuentan con medios suficientes para disuadirlos. Existe una importante corriente de liberales en Norteamérica que empiezan a cuestionar esta pasividad del Estado respecto a los abusos de la libertad de expresión: monopolios, censuras internas en los medios, exclusión de la presencia de colectivos minoritarios en los foros de debate, sectarismo ideológico, etc. *Vid.* BARRON, J., “Access to the Press - A New First Amendment Right”, *80 Harvard Law Review*, 1967, pág. 1641 y ss.; del mismo autor *Freedom of the Press for Whom?*, Indiana University Press, Bloomington (Indiana),

difusión (ni, por consiguiente, las especiales garantías que a él se asocian) ni tampoco exclusivamente a éste<sup>853</sup>, o pretender sólo la tutela del discurso político, porque esta función, además de ser parcial, no constituye el fundamento último de las libertades de expresión y de información.

Nuestra Constitución se inserta en una tradición liberal que, como afirma VILLAVERDE, “no pretende someter a la sociedad a la consecución, defensa o adhesión de un específico orden democrático”<sup>854</sup>, sino que está fundada sobre la idea de libertad y de sometimiento de toda injerencia sobre la misma, o sobre los derechos fundamentales que representan sus distintas manifestaciones, a un canon procedimental basado en la idea de proporcionalidad. De manera que difícilmente puede interpretarse su sistema de derechos fundamentales desde una perspectiva funcional (ni siquiera funcional-democrática) orientada a fines y menos llegar a posiciones de preferencia o exclusión de unos derechos frente a otros con referencia a esos fines. Aun cuando la expresión de determinadas opiniones no cumpla papel alguno en la conformación de la opinión pública o pueda ser tenida por inútil o extravagante, no por ello deja de merecer reconocimiento al abrigo del derecho fundamental. Las libertades de expresión y de información juegan, pero no sólo, un papel en democracia. Ante todo deben seguir contemplándose como parcelas de libertad personal del individuo que las ejerce en nombre propio y sin más consideraciones.

A estas alturas parece ocioso tener que precisar que el aspecto iusfilosófico de la fundamentación de estas libertades es autónomo de la perspectiva dogmática

---

1973; GRABER, M., *Transforming Free Speech (The Ambiguous Legacy of Civil Libertarianism)*, op. cit.; FISS, O., *The Irony of Free Speech*, op. cit.

<sup>853</sup> En una reciente sentencia (STC 199/1999) el TC ha precisado la interpretación de la referencia a los medios de difusión del artículo 20.1, d); según se dice no sólo incluye a los medios de comunicación *stricto sensu* (prensa escrita, radio, televisión) sino a cualquier modalidad o vehículo de comunicación, empezando por los propios particulares.

constitucional. Por ello puede afirmarse sin reparos que, desde esta primera perspectiva, el fundamento de las libertades de expresión y de información —como el de todos los derechos fundamentales— descansa en la idea de dignidad de la persona, de autonomía moral del ser humano que, en la tradición cultural a la que pertenecemos “no puede ser tomado como un objeto sino como un fin en si mismo”, siguiendo el paradigma kantiano. Ello permite identificar las libertades de expresión e información, en principio, con el derecho individual a “hacer uso público de la propia razón”<sup>855</sup> sobre cualesquiera asuntos en condiciones de igualdad con el resto de individuos y en el marco del sistema de los derechos fundamentales, esto es, garantizando la máxima virtualidad posible a todos y cada uno de ellos.

En nuestro sistema podemos distinguir, desde una perspectiva filosófico-jurídica y siguiendo a DWORKIN, dos conceptos distintos: los principios y las políticas. Los derechos de expresión pertenecen a la primera categoría, no a la segunda, y por ello no son susceptibles de limitación en nombre de cualesquiera intereses colectivos mayoritarios coyunturales. Sólo un interés legítimo extraordinario (la amenaza de un mal inminente u otro riesgo grave) podría sobreponerse al derecho individual, porque en eso consiste precisamente la vigencia del derecho: su resistencia frente a cualesquiera intereses sociales<sup>856</sup>. En todo caso, se puede hallar un paralelismo en nuestra dogmática constitucional con la propuesta de DWORKIN empleando la propia categoría constitucional de derecho fundamental tal y como ha sido definida anteriormente, esto es, como espacio resistente a la acción del legislador mediante la articulación de unas garantías precisas (contenido esencial, proporcionalidad, habilitación legal), pudiendo, además, extenderlas a todos los derechos constitucionales.

---

<sup>854</sup> VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Estado democrático e información: el derecho a estar informado*, *op. cit.*, pág.59.

<sup>855</sup> RAWLS, J., *Sobre las libertades*, *op. cit.*, pág. 104.

Hay que dar, sin duda, una adecuada relevancia a la implicación con la democracia que indudablemente caracteriza a estas libertades. En este punto me adhiero a la perspectiva dogmática sobre los derechos fundamentales propuesta por VILLAVERDE y que denomina “democrático-procedimental”; como el propio autor reconoce, se trata de una variante de la dogmática funcional-democrática en la medida en que, precisamente, toma en consideración la dimensión democrática de los derechos fundamentales pero no mediante una funcionalización de carácter sustantivo, sino procedimental: “La función política democrática de estas libertades individuales no se realiza con un sometimiento de la garantía de su disfrute a la ejecución de un determinado orden de valores democrático, sino con la garantía efectiva de la libertad individual misma”. La libertad de expresión es “el procedimiento que establece la CE para realizar su principio democrático en el artículo 20.1”<sup>857</sup>.

Sólo así podría darse una relevancia adecuada al aspecto objetivo de estas libertades, a la indudable dimensión política de las libertades de información y expresión, sin menoscabo de su naturaleza de derechos de libertad individual asentados en la dignidad. A partir de tal concepción se está en mejores condiciones de abordar las relaciones entre derechos fundamentales y de determinar en función de sus respectivos contenidos, el alcance de las limitaciones legales a su ejercicio.

---

<sup>856</sup> DWORKIN, R., *Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1985, pág. 387.

<sup>857</sup> VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Estado democrático e información: el derecho a estar informado*, *op. cit.*, pág.59. Más adelante (pág. 308) el autor hace aun más explícita esta idea: “El principio democrático y de la soberanía popular del art. 1 y la dignidad, el desarrollo de la persona y sus derechos inviolables del art. 10.1, no imponen al art. 20 contenido o límite implícito o explícito alguno (...) sino que son relevantes tal y como los concreta el art. 20.”

5. Las libertades de expresión y de información como derechos fundamentales en la Constitución Española

A. *Enunciado normativo de las libertades de expresión y de información: CE, DUDH, CEDH, PIDCP*

En su artículo 20.1, la Constitución reconoce y protege —entre otros— el derecho a la libre expresión y difusión por cualquier medio del pensamiento, las ideas y opiniones, así como el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. Como es sabido, dichos derechos, o más correctamente, los preceptos que los enuncian, se ubican en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución dedicado a los Derechos fundamentales y las libertades públicas. Comúnmente se toma el enunciado del apartado a) como el reconocimiento de la libertad de expresión, mientras que el apartado d) se identifica con el derecho a la información<sup>858</sup>.

“Artículo 20.1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier medio de reproducción.

(...)

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.”

Junto a éste, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 proclama en su artículo 19 que:

---

<sup>858</sup> BASTIDA FREJEDO, F.J., *La libertad de antena, op. cit.* y *El régimen jurídico de la comunicación social, op. cit.*

“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

El artículo 19 del PIDCP de 19 de diciembre de 1966 señala en sus dos primeros apartados lo siguiente:

“1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito, o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.”

Por último, el texto del apartado 1 del artículo 10 del CEDH de 14 de noviembre de 1950 dice:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.”

Debemos tener presente estos tres textos internacionales ya que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.1 de nuestra Constitución, la interpretación de cualquier norma relativa a los derechos fundamentales debe hacerse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España. Pese a todo, no cabe admitir una hipertrofia del alcance aplicativo de los tratados internacionales bajo pena de conculcar el incuestionable principio de taxatividad que

rige la interpretación de los preceptos constitucionales. Así lo ha expresado el TC en su STC 38/1981, F.J. 4º al calificar dichos textos como “instrumentos valiosos para configurar el sentido y alcance de los derechos”. Por tanto, debe mantenerse la eficacia de los tratados en el terreno que le es propio, es decir, como “canon de interpretación que contribuye a la mejor identificación de los derechos” sin convertirlos, pues, “en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales” (STC 64/1991, FJ 4º)<sup>859</sup>.

Este principio hermenéutico merece ser recordado especialmente en relación con los derechos de expresión, objeto de nuestro estudio, ya que su reconocimiento formal, como hemos visto, difiere considerablemente de unos textos a otros y, lo que es más importante, de dichos textos con relación a nuestra Constitución. En efecto, una de las primeras singularidades que cabe destacar del texto constitucional español respecto a los textos internacionales es el reconocimiento diferenciado que ofrece entre el derecho a dar y recibir información y la libertad de expresión<sup>860</sup>.

---

<sup>859</sup> Como con razón apunta MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pág. 16 y 17, esta interpretación acerca del alcance de la cláusula del art. 10.2 CE es más acertada que aquellas otras que atribuyen al contenido de dichos textos el papel de servir a la identificación del contenido constitucionalmente declarado de los derechos (STC 36/1991, FJ 5º) o que “configuran el canon de constitucionalidad, aun cuando sin carácter autónomo” (STC 50/1995, FJ 4º). Este autor nos advierte de que “la práctica seguida ocasionalmente por el TC —que acude inmediatamente al artículo 10.2 sin apurar las posibilidades hermenéuticas que nuestro propio texto constitucional ofrece, de tal modo que dichos tratados y, especialmente, la jurisprudencia del TEDH inundan a menudo las resoluciones del TC en materia de derechos fundamentales— no dejan de fomentar la imagen de que estos derechos no son sino lo que el TEDH quiere que sean”.

<sup>860</sup> Resulta difícil predicar autonomía sistemática o material de la libertad de información respecto a la libertad de expresión en el conjunto de textos internacionales arriba reproducidos pues, de su simple lectura cabe deducir que lo que entendemos por libertad de información está expresamente incluida en la libertad de expresión.

Este enunciado diferenciado que ofrece la Constitución de 1978 resulta singular también desde un punto de vista histórico<sup>861</sup>. En efecto, no existe precedente alguno en nuestra historia constitucional que avale la autonomía del derecho a la información respecto de la libertad de expresión<sup>862</sup> —puesto que de la vigencia de ésta no hay dudas debido a su expreso reconocimiento en todos los textos constitucionales—<sup>863</sup>. Pese a ello, no se puede sostener fundadamente que la libertad de imprimir y publicar las ideas y opiniones sin previa censura de la que hablaban las Constituciones de 1812 (art. 371), de 1837 (art.2), de 1845 (art.2), de 1869 (art.17), de 1876 (art. 13) y de 1931 (art. 34)<sup>864</sup> no se extendiera también, naturalmente, a las informaciones sobre hechos<sup>865</sup>.

---

<sup>861</sup> La libertad de expresión y la libertad de información tienen un pasado histórico común —más bien un único precedente, el de la expresa consagración constitucional en solitario de la libertad de expresión, del que se descolgó en 1978 el segundo de los derechos—.

<sup>862</sup> En el mismo sentido, VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Estado democrático e información: el derecho a estar informado*, op. cit., pág.49.

<sup>863</sup> Vid. MUÑOZ LORENTE, J., *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, op. cit., págs. 39-40, donde recoge en nota (15), los preceptos constitucionales históricos que proclaman —algunos sólo formalmente— la libertad de expresión sin referencia alguna al derecho a la información.

No obstante, si existe una materia vastamente abordada en la legislación histórica española ésta ha sido, precisamente, la regulación de la prensa y la imprenta, en particular, el ejercicio de la libertad de expresión e información de la prensa y, sobre todo, su responsabilidad por el ejercicio de estos derechos. Vid. VIVES ANTÓN, T.S., *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*, op. cit., págs. 17-55 y MIRA BENAVENT, J., *Los límites penales a la libertad de expresión en los comienzos del régimen constitucional español*, op. cit.

Aunque a diferencia de otras Constituciones como la alemana, hoy en día no asociamos la libertad de información con medios de comunicación, es evidente su íntima conexión, por lo que procede, al menos desde un punto de vista histórico, relacionar ambos contenidos bajo el *nomen iuris* de libertad de prensa. Ello fuerza a calificar el tratamiento más amplio que de estos derechos ofrece la Constitución española de 1978 —que se refiere a cualquier medio de difusión— como un giro conceptual respecto a sus precedentes (Cfr. MUÑOZ LORENTE, J., op. cit., págs. 38-41). En este sentido, VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Estado democrático e información: el derecho a estar informado*, op. cit., pág. 49.

<sup>864</sup> RICO LINAGE, R., *Constituciones Históricas*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1994.

<sup>865</sup> En el trabajo de AGUILERA FERNÁNDEZ, A., *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información (Posibilidades y límites constitucionales)*, Comares, Granada, 1990, pág.6, se mantiene que en España no se reconoció la libertad de expresión hasta la Constitución de 1869, ya que, para este autor la libertad de publicar e imprimir de la que hablan las tres primeras Constituciones

Que la libertad de información no haya tenido autonomía jurídica en el pasado no le resta vigencia ni, desde luego, impide asignarle entidad propia y diferenciada de la libertad de expresión en el sistema de los derechos fundamentales consagrados hoy constitucionalmente<sup>866</sup>. Tampoco cabe oponer resistencias a su reconocimiento y vigencia real en el marco de los textos internacionales: su contenido, con nombre propio o integrado en el de libertad de expresión —empleado en un sentido más amplio— está proclamado y garantizado<sup>867</sup>.

Ahora bien, debe advertirse desde este momento que el distinto tratamiento jurídico que se dispensa a una u otra libertad, sin embargo, no deriva de un fundamento distinto de ambos derechos, que a nuestro entender no lo tienen, sino de que su objeto es diverso, y a veces también sus funciones, por lo que algunos de los límites a su ejercicio se determinan de forma distinta<sup>868</sup>.

Lo cierto es que la proclamación contenida en el artículo 20.1 de la Constitución de 1978 ha singularizado especialmente el derecho a la información, pues en ella se hace referencia explícita al derecho a la libre comunicación y recepción de información veraz por cualquier medio de difusión. Tres caracteres novedosos se pueden reseñar de una

---

españolas se identifica con la libertad de prensa. Para sostener esta afirmación es preciso entender que la expresión de ideas por medio de la prensa es un derecho distinto a su expresión por cualesquiera otros medios, algo que estimamos incorrecto. Aunque la libertad de prensa es un concepto autónomo, no es un derecho autónomo de la libertad de expresión de ideas o de la libertad de comunicación de informaciones, sino una manifestación específica de estas por razón del medio empleado.

<sup>866</sup> Un estudio histórico completo sobre la libertad de expresión puede encontrarse en la obra de MIRA BENAVENT, J., *Los límites penales a la libertad de expresión en los comienzos del régimen constitucional español*, op. cit.

<sup>256</sup> El TEDH se ha referido expresamente a ello aunque el CEDH no haga referencias específicas a la libertad de prensa al decir que los principios aplicables a la libertad de expresión son de particular importancia para aquélla. STEDH caso Sunday Times c. Reino Unido, de 26 abril de 1979.

<sup>868</sup> Lo mismo puede decirse de otros ordenamientos constitucionales como el de Estados Unidos, cuya Primera Enmienda del "Bill of Rights" reconoce la libertad de expresión ("freedom of speech") y de prensa ("freedom of the press"). En la Ley Fundamental de Bonn también se proclaman separadamente uno y otro contenido en su art. 5.1, al igual que ocurre en el artículo 37 de la Constitución portuguesa.

primera lectura de este artículo 20 en su apartado 1, d): en primer lugar, la doble manifestación o dirección del derecho: dar y recibir información; en segundo lugar, la garantía de la publicidad de los contenidos, al vincular su ejercicio con los medios de difusión —de los que puede hacer uso cualquiera de sus titulares, siéndolo todos los ciudadanos—; y, por último, la exigencia de veracidad al definir su contenido protegido<sup>869</sup>.

Si a ello añadimos el tratamiento diferenciado que la jurisprudencia efectúa, derivado de la interpretación que ha llevado a cabo el TC de los distintos apartados del art. 20 CE, no queda más remedio que tratarlos doctrinalmente como dos derechos fundamentales con contenidos distintos, aunque íntimamente vinculados.

Desde la STC 6/1981, F.Jº 4, el Tribunal Constitucional ha venido considerando que la libertad de expresión y difusión de pensamientos, ideas y opiniones, y la de comunicar y recibir información veraz son diversas, por más que entre ambas se aprecien elementos que las emparentan, el primero de los cuales es, evidentemente, su naturaleza de derechos fundamentales.

---

<sup>869</sup> En la doctrina penal española se han ocupado numerosos autores del contenido y los límites al ejercicio de las libertades de expresión e información, fundamentalmente desde la perspectiva de la tutela penal del honor y, en menor medida, de otros derechos fundamentales. Así, entre las monografías cabe citar a ALONSO ÁLAMO, M., "Protección del honor. Sentido actual y límites constitucionales", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1983; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, op. cit.; ÁLVAREZ VIZCAYA, M., *Libertad de expresión y principio de autoridad: el delito de desacato*, op. cit.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión*, Tecnos, Madrid 1987; CARMONA SALGADO, C., *Libertad de expresión e información y sus límites*, Edersa, Madrid, 1991; FERNÁNDEZ PALMA, R., *El delito de injuria*, Aranzadi, Pamplona, 2001; JAÉN VALLEJO, M., *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Colex, Madrid, 1992; MIRA BENAVENT, J., *Los límites penales a la libertad de expresión en los comienzos del régimen constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; MORALES PRATS, F., *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Destino, Barcelona, 1984; MUÑOZ LORENTE, J., *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, op. cit.; OTERO GONZÁLEZ, P., *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, op. cit.; VIVES ANTÓN, T.S., *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*, op. cit.

El parentesco es tal que, en dicha resolución, se llega a considerar el derecho a comunicar información como una subespecie de la libertad de expresión. Así, se señaló que:

“La libertad de expresión que proclama el art. 20.1 a) 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 (arts. 20.4 y 53.1) admite. Otro tanto cabe afirmar respecto del derecho a comunicar y recibir información veraz (art. 20.1 d), 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 y cuya explicitación diferenciada sólo se encuentra en textos constitucionales recientes, es derecho del que gozan también, sin duda, todos los ciudadanos, aunque en la práctica sirva, sobre todo, de salvaguardia a quienes hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión específica; el derecho a recibir es en rigor una redundancia (no hay comunicación cuando el mensaje no tiene receptor posible), cuya inclusión en el texto constitucional se justifica, sin embargo, por el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social.”

La segunda línea de proximidad podría encontrarse en la especial trascendencia democrática que caracterizaría a ambas libertades en tanto que garantizan

“el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política.”

Que se trata de derechos distintos lo resaltan, sin embargo, las SSTC 105/1983, F.J.º11, 168/1986, F.J.º2 o 165/1987, F.J.º10, al reconocer que las dos presentan matices peculiares que modulan su respectivo tratamiento jurídico, impidiendo confundirlas indiscriminadamente, pues, según la STC 6/1988, FJº 5, “presentan un diferente contenido y es posible señalar también que sean diferentes sus límites y efectos, tanto ad extra como ad intra, en las relaciones jurídicas (...)”.

Pese a admitir tales diferencias, se ha señalado que en su aplicación práctica, cuando frente a una determinada manifestación pública se alza una pretensión de limitación, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa (STC 6/1988, F.J.º5) pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión.

En la jurisprudencia constitucional esta distinción se ha pretendido establecer en muchas ocasiones de forma abstracta, atendiendo al objeto de protección de cada una de estas libertades. Paradigmáticamente, la STC 107/1988, F.J.º2, ha recordado que:

“(...) nuestra Constitución consagra por separado la libertad de expresión —art. 20.1 a)— y la libertad de información —art. 20.1 d)—, acogiendo una concepción dual que se aparta de la tesis unificadora, defendida por ciertos sectores doctrinales, y acogida en los arts. 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York y 10.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de Roma. Según esa configuración dual —que normativiza en el campo constitucional la progresiva autonomía que ha ido adquiriendo la libertad de información respecto de la libertad de expresión en la que tienen su origen y con la cual sigue manteniendo íntima conexión y conserva elementos comunes— la libertad del artículo 20.1 a) tiene por objeto la expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto

amplio dentro del cual deben también incluirse las creencias y juicios de valor y el de la libertad del art. 20.1 d), el comunicar y recibir libremente información sobre hechos, o tal vez más restringidamente, sobre hechos que puedan considerarse noticiables.

Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, por el otro, (...) tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad de ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, independientemente de la parte a quien incumba su carga, la legitimidad constitucional del derecho a informar, según los términos del art. 20.1 d) de la Constitución, y, por tanto la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información por no operar, en el ejercicio de aquélla, el límite interno de veracidad que es aplicable a ésta, lo cual conduce a la consecuencia de que aparecerán desprovistas de valor de causa de justificación las frases formalmente injuriosas o aquellas que carezcan de interés público y, por tanto, resulten innecesarias a la esencia del pensamiento, idea u opinión que se expresa.”

Uno de los ejemplos más claros de este problema lo representa la comunicación periodística pues, las más de las veces, como se ha expresado en la STC 171/1990, F.J.º9, es exposición tanto de hechos como de opiniones. En efecto,

“(...) la comunicación periodística supone ejercicio no sólo del derecho de información, en el que los aspectos institucionales y la tutela del receptor de la información resulta más relevante, sino también del derecho más genérico de expresión, por lo que la libertad de prensa exige el reconocimiento de un espacio de inmunidad constitucionalmente protegido no sólo para la libre circulación de noticias, sino también para la libre circulación de ideas y de opiniones.”

Por ello, como veremos al analizar el contenido de estos derechos, es necesario precisar un método para determinar, ante cada concreto contenido expresivo, si estamos ante el ejercicio de la libertad de expresión o la de información, pues, atendiendo a la respuesta que se da a este dilema, unos u otros serán los cánones de determinación de su ámbito protegido y las posibilidades de restricción a su ejercicio concreto.

Cuestión distinta, a los efectos de esta reflexión, es la funcionalidad de esta distinción para la tarea que pretendo (delimitar las posibilidades de restringir el campo de legítimo ejercicio de las libertades de expresión e información a través de los medios de difusión en garantía del juez imparcial), pues en la mayor parte de las ocasiones, como se ha expuesto ya, los mensajes que pueden poner en riesgo el desarrollo del proceso contienen tanto informaciones de hecho como valoraciones sobre los mismos, por lo que su incidencia se produce indiscriminadamente desde uno u otro derecho.

**B. *Su reconocimiento como derechos fundamentales: la doble naturaleza o dimensión de las libertades de expresión e información***

Ya se opte por un concepto amplio de cuáles sean los derechos fundamentales — que integraría a todos los del Capítulo II, Título primero de la CE— o por uno estricto —de ellos, sólo la Sección Primera—, la naturaleza de las libertades proclamadas en el artículo 20.1 CE está fuera de discusión. El artículo 20.1 se ubica en la “selecta” Sección Primera de la CE y comparte, con el resto de los derechos fundamentales, su fuerza para hacerse valer frente al legislador y la garantía de su tutela jurisdiccional específica a través del recurso de amparo<sup>870</sup>.

---

<sup>870</sup> Para otros autores, como JIMÉNEZ CAMPO, son derechos fundamentales tanto los contenidos en la Sección primera como los de la Segunda del referido Capítulo II, por lo que, a su juicio, carece de sentido esta distinción efectuada por el TC entre los derechos de la Sección primera, a los que denomina propiamente derechos fundamentales y los de la segunda, a los que llama derechos constitucionales. JIMÉNEZ CAMPO, J., “Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, pág.450.

Ya he dicho que el Tribunal Constitucional ha rechazado expresamente tratar unitariamente las libertades de expresión e información, pese a reconocer la misma doble naturaleza jurídica a ambas: son derechos de libertad y son garantías institucionales.

Al concebirlos como derechos de libertad, es decir, como derechos de inmediato disfrute que no requieren de los poderes públicos otra postura que la puramente pasiva o de simple abstención<sup>871</sup>, los contenidos del art. 20.1 CE se vinculan con la idea de dignidad de la persona<sup>872</sup>, condición de su desarrollo individual y social<sup>873</sup>, pues la libertad de expresión lo que, en definitiva garantiza, es la autonomía moral de todos en la sociedad.

El aspecto institucional de estas libertades se asocia, por el contrario, con el principio democrático. En Democracia, la opinión pública, aquella a cuyo criterio confiamos las más importantes decisiones de gobierno mediante sufragio universal, es el resultado de un proceso de debate en libertad, de un intercambio de ideas sin restricciones previas que ha de estar abierto por igual a todos para evitar el denominado

---

<sup>871</sup> STC 77/1982, FJº 1: “Frente a la postura del recurrente es preciso afirmar que se trata de ejercitar parte del contenido del derecho fundamental del art. 20.1 a) y d) de la CE y que no tiene porqué ser generalmente reconocido expresa y formalmente por la Administración, ya que el mismo nace directamente de la CE y su titular no tiene por consiguiente para ejercitarlo que esperar a un previo reconocimiento administrativo. Y ello porque, tal como está configurada constitucionalmente dicha libertad, el ejercicio de la misma no exige con carácter general más que la pura y simple abstención por parte de la Administración, la ausencia de trabas o impedimentos de ésta y no el reconocimiento formal y explícito de que tal libertad corresponde a sus respectivos titulares. Se trata de una de las libertades de los sujetos particulares que no exigen más que una mera actitud de no injerencia por parte de los poderes públicos.”

<sup>872</sup> STC 6/1981, voto particular del Magistrado D. Plácido Fernández Viagas: “El art. 20 de la Constitución, que regula el derecho a la expresión del pensamiento y su difusión, así como el derecho a la información, tiene un fundamento común con el 16 que garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto y ambos responden al imperativo que proclama el art. 10 del libre desarrollo de la personalidad, base del orden político y de la paz social”.

<sup>873</sup> El mismo fundamento le asigna SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, pág.78.

“efecto silenciador” de la libertad de expresión, antes referido<sup>874</sup>. De este método de debate se espera la propuesta más razonable para la satisfacción de las necesidades de la comunidad, y aunque ello no resulte así en cada caso concreto, es el único método que permite afirmar como válida una determinada verdad que oriente la acción de gobierno. Como en tantos otros ámbitos jurídicos, es la razonabilidad del método la que permite presumir que el resultado será acertado<sup>875</sup>.

La dimensión social y política de la prensa en las sociedades modernas ha contribuido a facilitar, en gran parte, la filtración de este aspecto institucional o dimensión objetiva de los derechos fundamentales con relación a las libertades de comunicación mediante su contribución a la conformación de la opinión pública. Ya en una de sus primeras sentencias (STC 6/1981, F.J.º3) el Tribunal Constitucional iniciaba su razonamiento acerca de una supuesta lesión del art. 20 CE que habría causado el acuerdo de suspensión de la actividad de los medios de comunicación social del Estado, señalando que:

“(…) El art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política. 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

---

<sup>874</sup> Nos referimos a la expresión que OWEN FISS emplea y que apunta a los propios efectos devastadores que determinada concepción de la libertad de expresión produce sobre su vigencia en condiciones de igualdad y, especialmente, a la dificultad de acceso de las minorías por falta de protección efectiva del Estado al ejercicio de sus derechos de expresión. FISS, O., *The Irony of Free Speech*, *op. cit.*

<sup>875</sup> LAPORTA, F.J., “El derecho a informar y sus enemigos”, *op. cit.*, págs. 15-16.

todos los ciudadanos, y la interdicción con carácter general de determinadas actuaciones del poder (*verbi gratia* las prohibidas en los apartados 2 y 5 del mismo art. 20), pero también una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social y, en razón de ello, a quienes profesionalmente los sirven”.

Para, inmediatamente a continuación, señalar (FJº 4):

“(…) La libertad de expresión que proclama el art. 20.1 a) 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 (arts. 20.4 y 53.1) admite. Otro tanto cabe afirmar respecto del derecho a comunicar y recibir información veraz (art. 20.1 d), fórmula que, como es obvio, incluye dos derechos distintos, pero íntimamente conectados. El derecho a comunicar (...) es derecho del que gozan también; sin duda, todos los ciudadanos, aunque en la práctica sirva, sobre todo, de salvaguardia a quienes hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión específica(...). Son estos derechos, derechos de libertad frente al poder y comunes a todos los ciudadanos (...)”.<sup>876</sup>

Por ello, cabe denunciar aquí un error que ha sido habitual en las construcciones doctrinales al uso: al ejercer la prensa más habitualmente las libertades de expresión y, sobre todo, de comunicación<sup>877</sup> y atribuírsele, por ello, el papel de colaborar

---

<sup>876</sup> Las SSTC 76/1995 y 176/1995 califican el ejercicio de las libertades de expresión e información por los medios de comunicación como “función constitucional”.

<sup>877</sup> Coincidimos totalmente con MUÑOZ LORENTE en que no cabe asociar exclusivamente la libertad de información con la prensa frente a la libertad de expresión que correspondería o de la que serían titulares la generalidad de los ciudadanos. La distinción entre uno u otro derecho no recae en la titularidad del mismo o en el soporte a través del cual se ejerce la difusión, sino en su distinto objeto. *Vid.* MUÑOZ



decisivamente en la conformación de la opinión pública, se ha llegado a olvidar con facilidad la llamada dimensión subjetiva de estos derechos para llegar a una inadecuada sobredimensión del aspecto objetivo: se ha proyectado así, indebidamente, la naturaleza institucional no sólo ya al contenido del derecho ejercido, pretendiendo delimitarlo por referencia al cumplimiento de determinadas funciones, sino incluso a quienes sean sus titulares, señalando que lo es la prensa misma<sup>878</sup> con categoría autónoma de garantía institucional.

Por capital que quiera entenderse su papel en democracia, ni la prensa es un órgano integrante en la estructura del Estado —los medios de comunicación en general, no lo son—, ni su actividad se corresponde con el común entendimiento de lo que son las funciones públicas<sup>879</sup>. Aun cuando no quepa dudar de la trascendencia social y política de los medios de comunicación, esto no implica, de ningún modo, la posibilidad de reconocerles también una especial trascendencia jurídica<sup>880</sup>. Como afirma HÄBERLE, estas libertades son de naturaleza específicamente espiritual y de comunicación y ello no obsta para reconocer que desarrollan, además, una función democrática, pues la Democracia vive de debates y argumentos<sup>881</sup>.

Si se conviene en la necesidad de dar una adecuada dimensión a la doble naturaleza de estos derechos y no sobrevalorar el aspecto institucional u objetivo ni, mucho menos, atribuir la titularidad de estos derechos a los medios de comunicación en

---

LORENTE, J., *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, *op. cit.*, págs. 71 a 77, y bibliografía citada sobre la posición de la doctrina en relación a esta cuestión.

<sup>878</sup> Anteriormente nos hemos hecho eco de numerosas sentencias del Tribunal Constitucional alemán en las que se proclama que la prensa es una garantía institucional independiente.

<sup>879</sup> En contra, STEIN, E., *Derecho Político*, *op. cit.*, pág. 134.

<sup>880</sup> Sobre el debate en torno a esta cuestión suscitado en la doctrina alemana, da cuenta SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, págs. 102 y 103.

exclusiva, hay que recomendar una lectura más atinada de la jurisprudencia constitucional, pues no ha sido ésta precisamente la que ha provocado los equívocos, sino sus “exégetas”.

El Tribunal Constitucional ha mantenido una postura coherente respecto a esta cuestión: desde la inicial STC 6/1981 F.J.º 4, antes citada, se dijo que

“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 deriva de ello ningún privilegio y desde luego no el de transformar en su favor, lo que para el común de los ciudadanos es derecho de libertad, en un derecho de prestación que los legitime para exigir de los poderes públicos la creación o el mantenimiento de medios de comunicación a través de los cuales puedan expresar sus opiniones o comunicar información”.

Por eso, incluso en aquellas sentencias en las que el Tribunal adjudica un malentendido valor preferente a estas libertades, al señalar que alcanzan el máximo nivel cuando son ejercidas por los profesionales de la información a través de la prensa (entendida en sentido amplio), matiza que:

“(…) esto, sin embargo, no significa que la misma libertad no deba ser reconocida en iguales términos a quienes no ostentan igual cualidad profesional, pues los derechos de la personalidad pertenecen a todos sin estar subordinados a las características personales del que los ejerce, sino al contenido del propio ejercicio(…)”. STC 165/1987, F.J.º10.

En esta última sentencia, como vemos, se reitera la condición de estas libertades como derechos de la personalidad, como derechos de libertad, por lo que se garantiza

---

<sup>881</sup> HÄBERLE, P., “Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia del Tribunal

que los procesos de comunicación de los ciudadanos se desenvuelvan libres de interferencias o intromisiones de las autoridades estatales<sup>882</sup>. Ello no es obstáculo para destacar la vertiente objetiva antes mencionada respecto al derecho a comunicar y recibir información, pues constituyen la garantía institucional de una opinión pública libre, cuando se den ciertos requisitos.

#### Para el Tribunal Constitucional

“el art. 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, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática” (STC 6/1981, F.J.º3).

Por ello las libertades del art. 20, no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, es decir, derechos de libertad, lo que básicamente significa ausencia de interferencias o de intromisiones de las autoridades estatales en el proceso de comunicación sino que “significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático” (SSTC 6/1981, F.J. 3º; 240/1992, FJº 3).

Dicho de otro modo, el art. 20 defiende también la libertad en la formación y en el desarrollo de la opinión pública, pues la libertad en la expresión de las ideas y los pensamientos y en la difusión de noticias es necesaria premisa de la opinión pública libre (STC 12/1982, F.J.º3)<sup>883</sup>.

---

Constitucional Federal Alemán. Exposición y crítica”, *op. cit.*, pág.33.

<sup>882</sup> En el mismo sentido se pronuncian las SSTC 6/1981, FJº 3, 74/1982, FJº 3 y 77/1982, FJº 1.

<sup>883</sup> Doctrina muy reiterada, entre otras, en las SSTC 107/1988, 171/1990 y 172/1990.

Por ello, y de acuerdo con BASTIDA<sup>884</sup>, no conviene magnificar ni desvirtuar el aspecto funcional de estos derechos para el sistema democrático<sup>885</sup>. Desde luego, no cabe someter la protección constitucional de la expresión de opiniones y de la comunicación de informaciones a condiciones que derivan del estricto cumplimiento de funciones democráticas, o de otro tipo<sup>886</sup>. La finalidad del artículo 20.1 CE no es la formación de la

---

<sup>884</sup> BASTIDA FREIJEDO, F.J., *El régimen jurídico de la comunicación social*, op. cit. págs. 220 y 256. En el mismo sentido, VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Estado democrático e información: el derecho a estar informado*, op. cit., pág. 309.

<sup>885</sup> Alguna doctrina apunta a la influencia que en esta tendencia a la institucionalización de estas libertades ha podido ejercer la jurisprudencia alemana. En aquel país, como es sabido, la Constitución consagra estas libertades en dos párrafos separados del artículo 5.1 a los que se ha atribuido, respectivamente, orientaciones dogmáticas diversas. En el primer párrafo se reconoce el derecho de todos a expresar y difundir libremente su opinión por medio de la palabra, el escrito o la imagen y de informarse sin trabas en las fuentes accesibles a todos, mientras que en el segundo párrafo, en cambio, se garantizan la libertad de prensa y la libertad de información por radio y cinematografía y se prohíbe la censura. Al párrafo primero se le atribuye la condición de derecho de libertad, en tanto que al segundo se le ha dispensado un tratamiento marcadamente institucional. MÜNCH, I. VON, *Grundgesetz Kommentar*, 2ª ed., C.H. Beck, Munich, 1981, págs. 251-257.

En todo caso, convendría recordar que la formulación constitucional es formal y materialmente distinta en la LFB y en la CE y, por tanto, las construcciones dogmáticas sobre la primera no pueden proyectarse automáticamente a la segunda. de las diferencias con más trascendencia entre los dos textos es la referencia a los medios de comunicación. En nuestra CE —a diferencia de la alemana— no se asocian a la libertad de información sino que se consagra “el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”. Esta referencia a los medios de difusión no es indicativa de la titularidad del derecho, sino del medio de ejercicio y, además, tampoco puede identificarse con el restrictivo concepto de medios de comunicación de masas (prensa, televisión, radio), sino cualquier forma de llegar al público ( mítines, anuncios, comunicados, concentraciones, etc.).

<sup>886</sup> Un errado entendimiento del aspecto institucional de los derechos fundamentales que tienda a olvidar su componente de derechos subjetivos de libertad puede funcionalizar políticamente su tratamiento en exceso, con la correspondiente merma de su protección. Con ello el objetivo, sin duda loable, que presidía la institucionalización de estos derechos (reconocerles un especial valor jurídico y, con ello, una mayor inmunidad frente al intento silenciador del poder político) puede convertirse definitivamente en un fracaso.

En el mismo sentido, vid. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”, op. cit., pág. 104, que recoge una cita de SCHMITT GLAESER que reproducimos: “si se da la preferencia a un rendimiento político frente al privado y, correspondientemente, se gradúa la protección del Estado, existe, por tanto, una determinación del contenido del uso del derecho fundamental. Y entre la acentuación de la expresión de la opinión política y la acentuación de una determinada opinión política sólo hay una diferencia de grado”. SCHMITT

opinión pública libre —como si de un instituto autónomo se tratara—, sino la de garantizar la libre concurrencia de opiniones plurales. “La esencia de la democracia está en el proceso, no en los fines ni en institutos autónomos; no en la formación de una ‘opinión pública libre’, sino en la ‘formación libre’ de la opinión pública”<sup>887</sup>.

C. *Contenido y límites de los derechos a las libertades de expresión y de información*

a) *Interpretación del contenido de estos derechos y de sus límites. La falacia de la posición preferente frente a los demás derechos*

Nuestra Constitución proclama en los apartados a) y d) del artículo 20.1 CE las libertades de expresión y de información a las que acompañan una serie de garantías específicas descritas en los apartados 2, 3 y 5 del mismo precepto articuladas en su favor<sup>888</sup>. El artículo 20 se completa con un apartado 4 en el que se declaran como límites constitucionales a las libertades reconocidas en el apartado 1: en primer lugar, los derechos reconocidos en el propio Título I (especialmente los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia) y, en segundo lugar, los preceptos de las leyes que lo desarrollan.

La Constitución delimita el contenido de las libertades de expresión y de información mediante esta doble vía: por un lado, al apuntar en la propia norma que enuncia estos derechos los rasgos principales de su perfil: su objeto, sus posibles

---

GLAESER, W. “Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1988, pág.293.

<sup>887</sup> BASTIDA FREIJEDO, F.J., *La libertad de antena*, op. cit., pág. 220.

<sup>888</sup> El artículo 20 contiene como garantías de los derechos reconocidos en su apartado primero las siguientes: Prohibición de que su ejercicio se restrinja mediante censura previa (apdo. 2), ordenación legal de los medios de comunicación social dependientes del Estado respetando el pluralismo social y la diversidad lingüística y garantizando el acceso a los mismos de los grupos sociales y políticos (apdo. 3) y,

titulares y los espacios de libertad cuyo ejercicio en principio ampara y los que, por el contrario, excluye; pero, además, opera una determinación de su contenido de forma mediata al declarar, en este caso explícitamente<sup>889</sup>, que los demás derechos fundamentales y las leyes que desarrollen el Título I representan un límite a los mismos<sup>890</sup>.

¿Cómo debe interpretarse el alcance de tales declaraciones para la determinación del contenido de estos derechos? ¿Acaso el límite que representan los mencionados derechos fundamentales sobre los derechos de expresión e información es de diferente entidad a la delimitación que con carácter general opera entre todos los demás derechos del sistema?

Teniendo en cuenta los criterios y principios interpretativos que rigen con carácter general para todas las normas constitucionales que sirven al reconocimiento de los derechos<sup>891</sup>, podemos abordar con cierta garantía de acierto la determinación del contenido de los derechos constitucionales a las libertades de expresión y de información y de su delimitación con el resto de derechos fundamentales, en especial,

---

por último, titularidad jurisdiccional exclusiva en el secuestro de publicaciones, grabaciones u otros medios de información (apdo.5).

<sup>889</sup> Muchos autores sostienen que la previsión del artículo 20.4 tiene un carácter declarativo, pues de la propia idea de sistema y de la vigencia del principio de equivalencia de los derechos fundamentales se deriva como conclusión necesaria que éstos se limitan recíprocamente. En todo caso, no debe ignorarse que junto a los derechos fundamentales el artículo 20.4 reconoce también como límite los preceptos de las leyes que desarrollan el Título I, que en modo alguno cabe interpretar como una simple redundancia referida a los preceptos que desarrollan derechos fundamentales: en el Título I hay normas que enuncian derechos y normas que no lo hacen.

<sup>890</sup> Dejamos para más adelante el análisis de la cláusula contenida en el art. 20.4 CE en virtud de la cual expresamente se declara que las libertades de información y opinión tienen su límite en los derechos reconocidos en el Título Primero. En efecto, más adelante se ofrecerá una interpretación acerca de la trascendencia de dicha cláusula para las relaciones entre ambos grupos de derechos, los que se reconocen como límite y los que resultan por éstos limitados, pero por el momento baste decir que ello no implica ninguna suerte de jerarquización u ordenación entre ellos.

<sup>891</sup> *Vid. infra* el primer apartado de este Capítulo

los reconocidos en el artículo 24.2 CE. En todo caso, debemos obviar algunos errores que, no por habituales, son menos graves:

Ninguno de los derechos reconocidos en el artículo 20.1 CE ostentan una posición superior o preferente en el sistema de los derechos fundamentales y, mucho menos, poseen carácter absoluto. La idea de límite es consustancial a los derechos pues un conjunto de potestades ilimitadas es una tiranía<sup>892</sup>, de forma que cabe afirmar que ninguno de los derechos reconocidos en la Constitución, tampoco los del artículo 20.1, poseen carácter absoluto.

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional parece haberse apoyada en la idea de preferencia o jerarquía, al menos durante cierta época. En una primera etapa, que RODRÍGUEZ BEREJO<sup>893</sup> fija entre 1981 y 1986, honor, intimidad y propia imagen aparecen como límites absolutos a las libertades de expresión e información. Así se explica que sistemáticamente se inadmitieran demandas de amparo de la libertad de expresión frente a condenas por atentados a aquella clase de derechos<sup>894</sup>: se presumía *iuris et de iure* que los límites eran previos al ejercicio de la libertad de expresión, de manera que ni el legislador ni el juez podían fijarlos o aplicarlos inconstitucionalmente: el primero por carecer de limitaciones en su discrecionalidad para tutelar el honor y el segundo porque para otorgarla no estaba sometido a más consideraciones que las de

---

<sup>892</sup> Además de que la idea de derechos ilimitados resulta incompatible con la de igualdad en el disfrute de los derechos, de respeto por los mismos derechos ajenos. La idea de límite es inherente al concepto de derecho. *Vid.* AGUIAR DE LUQUE, L., “Los límites de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, pág.10; ASÍS ROIG, R. DE, “Sobre los límites de los derechos”, *op. cit.*, pág.112.

<sup>893</sup> RODRÍGUEZ BEREJO, A., “La libertad de información, la jurisprudencia constitucional”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 72, 1997, págs. 2-7.

<sup>894</sup> En esta época cabe situar, entre otro, los AATC 413 y 414/1983, 215/1984, 171/1985 y 480/1986. En dichas resoluciones el Tribunal rechaza entrar a pronunciarse sobre la reclamación al entender que “no puede constituir violación de la libertad de expresión la resolución, fundada en derecho, de un tribunal penal que, apreciando la existencia de un delito de injurias, protege el derecho al honor del ofendido frente a la extralimitación del condenado en el uso de aquella libertad” (ATC 480/1986, F.J.º único).

constatar que efectivamente se da una lesión del honor. Así pues —y en eso el Tribunal era coherente— tratándose de una cuestión de legalidad, nada justificaba una intromisión del TC sobre las decisiones de los tribunales ordinarios.

En una segunda etapa, que siguiendo con la opinión de mismo autor<sup>895</sup> se inicia con la STC 104/1986, a la que sigue la STC 159/1987, se afirma la necesidad de que los tribunales ordinarios incorporen alguna referencia a la libertad de expresión en el proceso de motivación de la sentencia, de forma que se pondere entre ambos bienes en conflicto: libertad de expresión y honor, en este caso. Lo llamativo de las citadas resoluciones es la ausencia de toda valoración acerca de cómo procede hacer dicha ponderación, limitándose el TC a exigir únicamente que ésta sea razonada. Los límites a la libertad de expresión dejan de ser absolutos, pero el Tribunal empieza entonces a referirse a la libertad de expresión como valor preferente.

Esta suposición de que ciertos derechos ocupan una posición preferente frente a otros en el sistema tampoco cabe admitirla y, de hecho, aun cuando la declaración se contiene en numerosos *obiter dicta*, no fundamenta la *ratio decidendi* del Tribunal, ni aun en esa época. El constituyente no estableció una jerarquía entre los derechos fundamentales y no puede admitirse interpretación alguna que proceda a hacerlo así, sin violar la norma constitucional<sup>896</sup>. Declarar la preferencia de unos derechos frente a otros es admitir, siquiera implícitamente, un método de evitación de conflictos, no de solución

---

<sup>895</sup> RODRÍGUEZ BEREJO, A., “La libertad de información, la jurisprudencia constitucional”, *op. cit.*, pág. 6.

<sup>896</sup> JIMÉNEZ CAMPO, J., “Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, págs. 471 y 472 rechaza la idea de jerarquización de derechos fundamentales por vía judicial —en realidad, por cualquier vía— apelando al llamado “principio de equivalencia” y, en concreto, emplea como ejemplo la supuesta posición preferente del derecho a la información sobre los derechos de la personalidad que mantienen numerosos autores desde la disciplina penal, civil y constitucional.

a los mismos o, como dice VIVES, romper el nudo en lugar de deshacerlo<sup>897</sup>. Respecto de la posición preferente de la que habla el propio TC en sus sentencias<sup>898</sup> para referirse, precisamente, a la libertad de información frente al derecho al honor o la intimidad hay que decir que sólo puede ser entendida como una **preferencia de resultado**, no como una posición de partida. En realidad, más bien, preferencia de determinados contenidos que se definen como constitutivos del ejercicio legítimo del derecho frente a otros que no lo son (y, por tanto, hay pretensiones que ceden ante los primeros, pero no relegan el derecho)<sup>899</sup>.

Por ejemplo, si frente a la pretensión de silenciar una información deshonrosa se impone la legitimidad de su difusión cuando es veraz y de relevancia pública, eso no afecta al contenido del derecho al honor ni debilita su posición jurídica frente a la libertad de información. El derecho que ha sido invocado de forma improcedente no resulta afectado ni en su contenido (en algún caso, sólo se hace referencia a algo que se excluye de él) ni mucho menos en su posición jurídica frente a otro u otros derechos del sistema. Bien podría afirmarse que el derecho al honor prevalece —en realidad las

---

<sup>897</sup> VIVES ANTÓN, T.S., “Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Código Penal de 1992”, *op. cit.*, pág. 173 y ss.

<sup>898</sup> *Vid.*, por ejemplo, la STC 404/1997 de 25 de noviembre (ponente, Gimeno Sendra) F.J.º 2: “Según reiterada doctrina de este Tribunal, en el conflicto entre las libertades reconocidas en el art. 20 CE y otros derechos y bienes jurídicamente protegidos, no cabe considerar que sean absolutos los derechos y libertades contenidos en la Constitución, pero tampoco puede atribuirse ese carácter absoluto a las limitaciones a que han de someterse esos derechos y libertades (por todas, STC 179/1986)”. Pero más adelante afirma: “(...) el valor preponderante de las libertades del art. 20 de la Constitución sólo puede ser apreciado y protegido cuando aquéllas se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general, por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces un máximo nivel de eficacia justificada frente a los derechos garantizados por el art. 18.1 CE en los que no concurre esa dimensión de garantía de la opinión pública libre y del principio de legitimidad democrática (Así, por ejemplo, SSTC 107/1988, 51/1989, 172/1990 y 3/1997)”.

<sup>286</sup> También se manifiesta el TC en contra de la equiparación entre la llamada “posición preferente” y “valor jerárquico” a partir de la STC 240/1990, y siguiendo esta línea las SSTC 178/1993, 336/1993 y 42/1995. Para ello, había sido de gran utilidad los votos particulares que anteriormente había firmado el Magistrado Díaz Eimil a las SSTC 121/1989, 105/1990, 171/1990 y 172/1990.

pretensiones de tutelarlos— excepto cuando la lesión trae causa en expresiones o informaciones veraces sobre hechos con relevancia pública. En realidad no se está declarando una jerarquía de derechos sino procediendo a una simple diferenciación entre pretensiones legítimas de restringir —amparadas en la tutela de derechos constitucionalmente protegidos— e ilegítimas, bien porque no integran el contenido constitucional reconocido, *prima facie*, al derecho o porque la injerencia sobre el otro resulta formal o materialmente improcedente.

Sin embargo, hay que reconocer que una de las ideas más arraigadas y profusamente enunciadas por nuestra doctrina es la de que la Constitución consagra un *orden* de valores. Esta idea no puede aceptarse sin muchas matizaciones, como argumenta JIMÉNEZ CAMPO<sup>900</sup>, si se conviene en que nuestra Constitución es una norma de carácter vinculante, abierta, histórica y positiva; precisamente este último calificativo alude a la idea de que no existen otros valores metajurídicos vinculantes, no hay una suerte de normatividad superior previa e inmanente a la que apelar para interpretar y aplicar los preceptos constitucionales, incluidos los que se refieren a derechos fundamentales. La Constitución —continúa exponiendo este autor— no traduce ni expresa un orden o sistema objetivo de valores, por ello no cabe introducir una jerarquización entre sus enunciados con referencia a dicho “metasistema”. Esto sirve tanto para despreciar interpretaciones puramente historicistas como iusnaturalistas. La jurisprudencia del TSFA en alusión a esta idea se expresó de modo rotundo: las interpretaciones historicistas implican entregar a los muertos el reino de los vivos.

HESSE<sup>901</sup>, para rechazar lo que denomina la presunción de partida favorable de las libertades frente a sus límites alude, precisamente, al supuesto conflicto interpretativo

---

<sup>900</sup> JIMÉNEZ CAMPO, J., “Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, págs. 471 y 472.

<sup>901</sup> HESSE, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, págs. 46-47.

entre la libertad de expresión y sus límites constitucionales en el marco del artículo 5.1 de la Ley Fundamental de Bonn. Si dicha posición de partida favorable a los derechos frente a sus límites se rechaza en aquel sistema, en el nuestro, como veremos, resulta una conclusión reforzada por cuanto que esos límites traen causa, además, en derechos igualmente fundamentales.

Por la misma razón, tampoco cabe emplear como regla de solución en este último caso la ponderación<sup>902</sup> de derechos: no existe, como sostiene HESSE, una relación entre un “objetivo” constante (el derecho a la libertad de expresión) y uno o más “medios” variables (sus límites)<sup>903</sup>. La ponderación sólo tiene sentido en la jurisdicción constitucional como sinónimo de delimitación, definición o determinación de los contenidos de los derechos fundamentales por referencia a las circunstancias que respectivamente legitiman su ejercicio en caso de concurrencia pero, desde luego, carece de toda base como “método” de solución a un “conflicto” entre derechos fundamentales por parte de la jurisdicción ordinaria; cuando la ley ya se ha manifestado a favor de la tutela de una u otra pretensión para el caso en que dicha concurrencia de ejercicios se produzca<sup>904</sup> el juez se limita a valorar si se dan los presupuestos legales para su

---

<sup>290</sup> Desde 1986 se alude en la doctrina del TC español a la “ponderación” como solución del conflicto entre derechos fundamentales. El juez, se dice, ha de ponderar o pesar los derechos en juego, inclinándose por el que haya de prevalecer. La técnica se corresponde con el test del “balancing” de la jurisprudencia del TSFA o con el “Güterabwägung” del Tribunal Constitucional Federal alemán.

En la Sentencia del TC 404/1997 de 25 de noviembre, F.J.º 2 citada anteriormente se emplea ese concepto en un sentido bien diferente, no como ponderación entre derechos sino como juicio de las circunstancias concurrentes en un caso concreto “con el fin de determinar si la conducta del agente está justificada por hallarse dentro del ámbito de las libertades de expresión e información, de suerte que si tal ponderación falta o resulta manifiestamente carente de fundamento, se ha de entender vulnerado el citado precepto constitucional (SSTC 104/1986, 107/1988 y 51/1989, entre otras)”

<sup>903</sup> HESSE, K, *Escritos de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, pág.46.

<sup>904</sup> El entrecomillado expresa mi adhesión por aquellas opiniones que, como la de VIVES ANTÓN, sostienen que éste no es, precisamente, un método racional de solución. Esta técnica de la ponderación (“balancing”) está vacía de contenido y, por ello, se ha ido renunciando a ella en la jurisprudencia constitucional progresiva, aunque no explícitamente; para ponderar es preciso tener el criterio que resuelva la ponderación, y las reglas para realizar la ponderación no están en la CE y no las ha establecido tampoco

aplicación, no a revisar las valoraciones del legislador ni a suplantarle efectuando una inconstitucional jerarquización de derechos fundamentales que son equivalentes.

De la misma idea de sistema de derechos equivalentes se deriva que los límites a su ejercicio que establezcan las leyes con base en la tutela de otros derechos fundamentales no deben interpretarse ni aplicarse judicialmente de forma restrictiva —a diferencia de su propio contenido que merecería una interpretación expansiva—. Si la norma legal que fija los límites a las libertades de expresión y de información trae causa en la tutela de otro derecho fundamental, no hay otros parámetros para interpretarla y aplicarla que los que corresponde a toda lectura de la ley constitucionalmente conforme, esto es, respetuosa con los derechos fundamentales<sup>905</sup>.

Y, para terminar, dos últimas advertencias: La resolución entre pretensiones contrapuestas relativas a sendos derechos fundamentales por parte del TC no permite sostener como conclusión necesaria que las pretensiones que “ceden” están excluidas definitivamente del contenido del derecho ni lo que finalmente se “impone” se incorpora como contenido esencial e intocable. El método que emplea el TC de diferenciar las pretensiones que son legítimas de las que no lo son se refieren tanto a formas de ejercicio como a límites. En ocasiones, la razón favorece a uno de los derechos en liza porque la pretensión contraria, aun persiguiendo un fin legítimo exige una injerencia desproporcionada en el otro derecho, o carece de habilitación legal, y ello en nada altera

---

el TC. La ponderación queda así al buen sentido del Juez ordinario o del propio juez constitucional, lo que no puede generar sino inseguridad ya que, finalmente, es el criterio personal del juzgador el que define la regla de solución. Cfr. VIVES ANTÓN, T.S. en COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.), BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E. y CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, pág.650; VIVES ANTÓN, T.S., “Sentido y límites de la libertad de expresión”, *op. cit.*, pág.368; VIVES ANTÓN, T.S., “La libertad como pretexto”, *La libertad como pretexto, op. cit.*, págs. 404-408.

<sup>905</sup> Ello no debe confundirse con la necesaria interpretación restrictiva que preside la labor hermenéutica del penalista, en general. Toda limitación de libertad, y las leyes penales siempre la comportan desde el momento que sancionan conductas mediante penas, debe interpretarse por ese motivo rigurosamente.

la definición de contenidos de los respectivos derechos. La respuesta descansa en un análisis de la categoría de derechos fundamentales y en las exigencias para su limitación, que excede de la simple contemplación del artículo 20.4. Cuando esos dos derechos se invoquen simultáneamente en idénticas circunstancias sólo podrá resultar amparada una de ambas pretensiones, pero ello no cierra invariablemente la definición de contenidos de cada derecho respectivo, ni altera la posibilidad de que en otro supuesto el resultado sea precisamente el opuesto<sup>906</sup>.

Por ejemplo, determinadas pretensiones de condena en relación con la defensa del honor no tienen cabida en vía penal pero sí civil, y ello no implica un cambio acerca del contenido del derecho constitucional al honor o de su delimitación con la libertad de expresión, sino de la valoración acerca de la proporcionalidad de la medida de limitación del derecho a la información<sup>907</sup>. Cuando, por ejemplo, el TC entiende vulnerado el derecho a la libertad de información de quien ha sido condenado por injurias al imputar verazmente un hecho falso deshonoroso, no se ha declarado que la pretensión del ofendido no constituya lesión de su derecho al honor ni se ha limitado, en consecuencia, su contenido, ni se ha relegado su importancia frente al derecho a la información. Bien puede entenderse que la pretensión se ampara por desproporción de los medios empleados para tutelar el honor (vía penal) que, en cambio, se reconoce lesionado y que puede justificar una indemnización por los daños sufridos —en cuyo caso se entiende implícitamente que forma parte del contenido constitucionalmente protegido del honor el que no se impute un hecho injurioso falso—. Sobre ello volveremos más adelante, al analizar las estrictas exigencias de tutela penal de los derechos fundamentales.

---

<sup>906</sup> Nuevamente: eso sería dejar en manos del legislador el sistema de los derechos fundamentales con eficacia constitutiva.

<sup>907</sup> En el seno de la Sala Segunda del TC se está produciendo un interesante debate a propósito de esta cuestión y del alcance que, en su caso, cabe atribuir a las sentencias penales sobre delitos contra el honor de la que da cuenta en un artículo LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “El proceso penal como proceso de

Por la misma razón, cuando uno de ellos se oponga a pretensiones de un tercer derecho, la delimitación se establecerá con idénticos parámetros hermenéuticos, pero el resultado puede arrojar algún déficit o superávit de legítimas pretensiones de ejercicio frente a las anteriormente reconocidas<sup>908</sup>. No debe olvidarse que la concreta regulación legal<sup>909</sup> de los derechos condiciona este resultado<sup>910</sup> y el legislador cuenta con cierto margen de discrecionalidad para preferir otorgar su tutela a unas u otras pretensiones<sup>911</sup>.

Comenzaré por hacer referencia al objeto y la titularidad de los derechos a la libre expresión y comunicación de información que determinan, en primera instancia, el contenido de estos derechos y después a cómo se concretan los límites que operan los demás derechos sobre ellos.

---

amparo del derecho al honor: comentario a la STC 21/2000", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 7, 2001, págs. 405-441.

<sup>908</sup> Por ejemplo, la relevancia de la información veraz resulta una condición necesaria y suficiente para amparar una supuesta información sobre hechos injuriosos como ejercicio legítimo del derecho a la información frente a la pretensión de tutela del honor y la intimidad, pero ni es condición necesaria ni suficiente para amparar una información veraz que se enfrenta a la pretensión de proteger un secreto de estado o el secreto del sumario.

<sup>909</sup> Y aquí no distinguimos entre desarrollo, afectación o regulación del ejercicio de los derechos, pues en todos los casos se condiciona el resultado.

<sup>910</sup> El control sobre la constitucionalidad de una decisión legislativa, administrativa o judicial que se somete al tribunal constitucional no opera en el vacío, sino sobre un caso litigioso concreto dentro de un margen de libre configuración político-constitucional. En el mismo sentido, BÖCKENFÖRDE, E.W., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, op. cit., págs. 42-43.

<sup>911</sup> La vigencia de los principios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica antes reconocidos nos llevan inexorablemente a aceptar esta conclusión: junto a la integridad de la Constitución existe un principio de libertad política que corresponde ejercer, entre otros, al legislador de los derechos fundamentales, y ambos postulados merecen idéntica observancia.

b) *Titularidad*

Libertad de expresión y libertad de información se proclaman en nuestra Constitución separadamente, pero en ambos casos, su titularidad se atribuye a todos los ciudadanos<sup>912</sup>:

“La libertad de expresión que proclama el art. 20.1 a) 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 (arts. 20.4 y 53.1) admite. Otro tanto cabe afirmar respecto del derecho a comunicar y recibir información veraz (art. 20.1 d), fórmula que, como es obvio, incluye dos derechos distintos, pero íntimamente conectados. El derecho a comunicar, que (...) es derecho del que gozan también; sin duda, todos los ciudadanos, aunque en la práctica sirva, sobre todo, de salvaguardia a quienes hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión específica; el derecho a recibir es en rigor una redundancia (no hay comunicación cuando el mensaje no tiene receptor posible), cuya inclusión en el texto constitucional se justifica, sin embargo, por el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social. (...)” (STC 6/1981 F.J.º 4)

---

<sup>912</sup> “(...) no puede compartirse el giro efectuado por la Sentencia dictada en sede de apelación al considerar, que la ponderación llevada a cabo por el Juez a quo tuvo por objeto el conflicto existente entre el derecho del acusado a la libertad de información y el derecho de los querellantes al honor (fundamento jurídico 1. de la Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 12 de junio de 1993); ni, mucho menos, la afirmación, contenida en el fundamento jurídico 2. de esta última resolución, de que este Tribunal Constitucional ‘considera que en el art. 20 se distingue entre un derecho para el común de los ciudadanos, en su apartado a), y otro para los profesionales de la comunicación, en el d)’, lo que le lleva a concluir que fue el derecho a la libertad de información el realmente ejercido en el supuesto enjuiciado” (STC 78/1995, FJº 3).

Carece de todo fundamento la opinión de quienes entienden que los periodistas tienen reforzada su libertad de expresión frente al resto de los ciudadanos. Los derechos fundamentales corresponden a todos los ciudadanos por igual y con la misma intensidad, la frecuencia de su uso no otorga posiciones de privilegio, especialmente protegidas o preferentes<sup>913</sup>.

Dicho principio ha sido destacado por el Tribunal Constitucional en muchas de sus primeras sentencias, al señalar que

“(…) 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 deriva de ello ningún privilegio y desde luego no el de transformar en su favor, lo que para el común de los ciudadanos es derecho de libertad, en un derecho de prestación que los legitime para exigir de los poderes públicos la creación o el mantenimiento de medios de comunicación a través de los cuales puedan expresar sus opiniones o comunicar información”. (STC 6/1981, F.J.º4).

Por tanto, mayor frecuencia en su uso, pero ni titularidad exclusiva ni contenido reforzado. Y ello pese a que, en multitud de resoluciones, el Tribunal ha asignado el

---

<sup>913</sup> STC 168/1986, FJº 2: “Como este Tribunal ha puesto de relieve en anteriores decisiones (...) el texto del art. 20.1 d) de la Constitución, distinto del que se refiere a la difusión de pensamientos, ideas y opiniones (art. 20.1 a) reconoce dos derechos, íntimamente conectados (...) de tal manera que los sujetos de este derecho son no sólo los titulares del órgano o medio difusor de la información o los profesionales del periodismo o quienes, aun sin serlo, comunican una información a través de tales medios, sino, primordialmente, ‘la colectividad y cada uno de sus miembros’. Al incluir estos derechos en el art. 20, la Constitución tiene en cuenta ciertamente la posición jurídica subjetiva de quienes comunican la información, pero protege también, con la garantía reforzada que otorga a los derechos fundamentales y libertades públicas, la facultad de cada persona y de la entera colectividad de acceder libremente al conocimiento, transmitido por los medios de comunicación, de los hechos de relevancia realmente acaecidos.”

máximo valor a estas libertades cuando son ejercidas por los profesionales de la información a través de la prensa (entendida en sentido amplio):

“Los titulares de este derecho subjetivo en que se traduce al lenguaje jurídico la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones, derecho fundamental además con una más intensa protección por tal naturaleza, sus sujetos activos, somos todos los ciudadanos, sin ceder a la tentación de identificar el fin y los medios, la función y sus servidores. Ahora bien, existen algunos cualificados, como son en principio los periodistas que prestan un trabajo habitual y retribuido, profesional por tanto, en los medios de comunicación, como síntesis de la definición que encabeza el proyecto de Carta Europea. En tal sentido ha dicho este Tribunal que la protección constitucional de la libertad de expresión ‘alcanza un máximo nivel cuando (...) es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción’ (STC 165/1987), donde se incluyen sus modalidades cinematográfica, radiofónica o televisiva, cuya actividad hemos calificado también como “función constitucional” (STC 76/1995) por formar parte del sistema de frenos y contrapesos en que consiste la democracia, según dijeron en 1812 las Cortes de Cádiz, para prevenir “la arbitrariedad de los que nos gobiernan”<sup>914</sup>.

Mas, es la propia resolución citada la que destacó que:

“(...) Esto, sin embargo, no significa que la misma libertad no deba ser reconocida en iguales términos a quienes no ostentan igual cualidad profesional, pues los derechos de la personalidad pertenecen a todos sin estar subordinados a

---

<sup>914</sup> Idéntico texto se recoge en la STC 176/1995, F.J.º 2

las características personales del que los ejerce, sino al contenido del propio ejercicio (...)” (STC 165/1987, F.Jº 10).

c) *Objeto: pensamientos, ideas, opiniones y hechos. Libertad de expresión y libertad de información, criterios diferenciales*

El art. 20.1.a) CE habla de “pensamientos, ideas y opiniones” como objeto de la libertad de expresión. El 20.1.d), más escueto, se refiere exclusivamente a la “información veraz”.

Si bien no aparecen excesivos problemas al delimitar en abstracto el objeto de cada uno de estos derechos, su concreción en los casos reales resulta más compleja<sup>915</sup>. Esta tarea, sin embargo, resulta decisiva<sup>916</sup>, pues como he reiterado, el diverso alcance de

---

<sup>915</sup> La complejidad la añade, a veces, el propio Tribunal en la medida en que pretende calificar un supuesto concreto como ejercicio de una u otra libertad exclusivamente para, después, aplicarle los criterios que respectivamente legitiman dicho ejercicio. “En este caso, se mezclan en la demanda, como hemos dicho, referencias a la libertad de expresión y a la libertad de información y aun siendo la libertad de expresión un concepto más amplio que tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones (SSTC 6/1988, 123/1993 y 76/1995), aquí vino a señalarse como preponderante la de información, porque, si bien el deslinde de esas dos libertades no suele ser total y absoluto, puesto que la de opinión se apoya en mayor o menor medida en afirmaciones fácticas y éstas, a su vez, pueden verse afectadas por aquella (SSTC 190/1992 y 136/1994), en el supuesto que nos ocupa los recurrentes aseguran que perseguían primordialmente exponer unos hechos que, según dicen, conocían e incluso habían investigado. Pero no son sólo estos hechos los que fundan las condenas por injurias que se impugnan, sino el sesgo y la intencionalidad al relatarlos y las conclusiones y calificaciones que con los mismos atribuyeron los recurrentes a las personas mencionadas, puesto que la Sentencia del Tribunal Supremo sanciona, no tanto por los hechos ‘que podrían ser materia meramente informativa’ sino por los epítetos ofensivos, que no son ‘imprescindibles’ para la información o para el juicio valorativo que ésta merezca” (STC 200/1998 F.J.3º).

<sup>916</sup> “De acuerdo con este abundante cuerpo doctrinal, en caso de duda sobre la verdadera naturaleza de la libertad pretendidamente ejercida, si de expresión o de información, deberá procederse a la individualización de la misma atendiendo al elemento preponderante. Individualización que se hace indispensable en la medida en que cada una de ellas merece un tratamiento constitucional diferenciado, dado que no son confundibles entre sí las condiciones exigidas para su legítimo ejercicio; pues mientras que en el caso de la libertad de expresión lo esencial es que no se empleen expresiones injuriosas o vejatorias, cuando de lo que se trata es de la libertad de información resulta además decisivo el canon de la veracidad de la noticia y su relevancia para la formación de la opinión pública (STC 123/1993). Para lo

la protección que cada uno de estos derechos otorga<sup>917</sup>, y los diferentes requisitos de su ejercicio, obligan a identificar cual es el derecho que se pretende ejercer en cada caso concreto<sup>918</sup>.

---

cual cabe establecer, con carácter general, el criterio de que la libertad en juego será la de expresión cuando su ejercicio haya supuesto la exteriorización de pensamientos, ideas y opiniones, con inclusión de las creencias y de los juicios de valor; se tratará, en cambio, de la libertad de información cuando lo publicado verse sobre hechos que puedan considerarse noticiables” (STC 78/1995, F.J.º2).

<sup>917</sup> Un buen ejemplo de las trascendentales consecuencias de una identificación errónea de los derechos en juego aparece reflejada en el Voto particular formulado por el Magistrado Vives Antón (al que se adhirió el Sr. González Campos), en la STC 200/1998:

“En los votos discrepantes formulados a las SSTC 76, 78 y 79/1995, así como en el articulado ante la STC 46/1998, he sostenido la idea de que la libertad de expresión precisa, para desarrollarse según las exigencias del Estado de Derecho que la Constitución proclama, un ‘amplio espacio’, es decir, un ámbito exento de coacción lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angosturas, esto es, sin timidez y sin temor.

Y ese amplio espacio es imprescindible, no sólo para la libertad de opinión y crítica, sino también para la libertad de información. Pues el derecho a informar no puede quedar reducido a la transmisión de una serie de datos deshilvanados. El derecho a informar comprende también la posibilidad de formar y transmitir hipótesis reconstructivas, que transformen los datos en un suceso. Claro que esas hipótesis, como los datos en que se basan, sólo forman parte de la libertad de información constitucionalmente garantizada si son veraces.

Pues bien: esta exigencia (la de veracidad) es la única relevante en el caso que nos ocupa. En efecto, dejando a un lado algunas expresiones equívocas (“lobo”, “tiburón”) que en el contexto concreto más bien resultan elogiosas que ofensivas, en el presente caso no hay más que imputaciones de hecho (unos datos —estancia de varios días en una suite— y una interpretación, prácticamente inevitable, aunque muy bien pueda ser falsa, en términos de relación amorosa). Y las imputaciones de hecho no pueden ser enjuiciadas atendiendo a si resultan o no ofensivas, como si constituyeran juicios de valor. Si se trata de personas y hechos con relevancia pública y las informaciones se han obtenido lícitamente, el único criterio que determina su protección constitucional es la veracidad. Y, con ese mismo canon, la veracidad, hay que enjuiciar las informaciones relativas a las actividades económicas ilícitas, que se reputan ofensivas.

En consecuencia, y dado que la Sentencia condenatoria ni siquiera puso en tela de juicio la veracidad de las informaciones, sino que partió de ella, ha de concluirse que, al aplicar a imputaciones de hecho el canon de ofensividad, sometió la libertad de información a límites distintos de los constitucionalmente establecidos. Pues los hechos son lo que son y, si resultan ofensivos, eso no puede cargarse en la cuenta del informador, que sólo responde de la relevancia, licitud y veracidad de lo que transmite.”

<sup>918</sup> También en la STC 172/1990, F.J.º3, se expresa que “(...) es de especial importancia distinguir entre pensamientos, ideas, opiniones y juicios de valor, de un lado, y hechos, del otro, puesto que tal distinción delimita teóricamente el respectivo contenido de los derechos de libre expresión y de información, siendo propio de este último la recepción y comunicación de hechos.

Ocurre, sin embargo, que en la práctica es frecuente y normal que en la información se incluyan elementos valorativos que no llegan a desnaturalizar el derecho a la información, siempre que el elemento

“(…) Una disección analítica de las normas de la Constitución antes invocadas, dentro de este contexto, pone de manifiesto que en ellas se albergan dos derechos distintos por su objeto y a veces por sus titulares. En efecto, en un primer aspecto, se configura la libertad de pensamiento o ideológica, libertad de expresión o de opinión, mientras en otro, se construye el derecho de información con un doble sentido, comunicarla y recibirla. El objeto allí es la idea y aquí la noticia o el dato. Esta distinción, fácil en el nivel de lo abstracto, no es tan nítida en el plano de la realidad donde —como otras semejantes, por ejemplo hecho y derecho— se mezclan hasta confundirse, aun cuando en éste no haya ocurrido así” (STC 34/1996, F.J.º4).

En un primer momento el Tribunal Constitucional resolvió que para valorarlos y calificarlos jurídicamente en uno u otro apartado del art. 20.1 CE, debía atenderse al elemento que apareciese como “preponderante”. (STC 6/1988, F.J.º 5, reiterado en la 223/1992, F.J.º1 y la 136/1994, F.J.º1).

Así en la STC 6/1988, F.J.º 5 podemos leer:

---

preponderante de lo comunicado sea el informativo, debiéndose a este respecto señalar que la valoración de los hechos constituye también un elemento fundamental del derecho de información, en el que se incluye la actitud crítica, incluso enérgica o áspera, siempre que los términos en que se exteriorice no sean desmesurados o desproporcionados con la finalidad de oposición o repulsa que la misma pretende, no siendo, por ello, exigible que las informaciones difundidas por los medios de comunicación social, que no se limiten al simple comunicado de noticias, sean neutrales o estrictamente objetivas, ya que lo contrario equivaldría a limitar el principio de pluralismo más allá de lo que consiente su condición de valor esencial de la sociedad democrática, dejando reducida la libertad de información a inocua transmisión mecánica de hechos noticiables.

Esta mezcla de descripción de hechos y opiniones, que ordinariamente se produce en las informaciones, determina que la veracidad despliegue sus efectos legitimadores en relación con los hechos, pero no respecto de las opiniones que los acompañen o valoraciones que de los mismos se hagan, puesto que las opiniones, creencias personales o juicios de valor no son susceptibles de verificación y ello determina que el ámbito de protección del derecho de información quede delimitado, respecto de esos elementos valorativos, por la ausencia de expresiones injuriosas, que resulten innecesarias para el juicio crítico, careciendo de sentido alguno introducir, en tales supuestos, el elemento de veracidad, puesto que, en todo caso, las expresiones literalmente vejatorias o insultantes quedan siempre fuera del ámbito protector del derecho de información.”

“Lo expresado en su día por el señor (...) posee los rasgos que permiten definir su comportamiento como ejercicio de la libertad de información a que se refiere el art. 20.1 d) de la Constitución, como es lógico sin entrar a considerar todavía si en el ejercicio de su derecho se atuvo o no a los límites que le cernían en el seno de la relación laboral en que se encontraba inmerso. Las declaraciones por las que el actor fue despedido se formularon y se entendieron por los receptores, como relativas a ‘hechos’, cualquiera que fuese su veracidad y éste es el elemento preponderante que en tales declaraciones cabe detectar. No se opone a ello el dato de que la mención se refiera a un comportamiento genérico del empleador sin referencias puntuales o sin especiales concreciones, pues un comportamiento genérico es también un conjunto de hechos. Y el que algunas de las manifestaciones vertidas en torno a tales hechos entrañaran algún juicio de valor o alguna dosis de crítica no es suficiente para relativizar el carácter preponderante del elemento informativo.”<sup>919</sup>

---

<sup>919</sup> Otro ejemplo de determinación del elemento preponderante puede verse en la STC 223/1992, F.J.º 1 antes citada: “(...) pues bien, la lectura atenta y sosegada del texto publicado en el ‘Punt Diari’ el 29 de enero de 1986 bajo la firma de (...) deja meridianamente claro que la finalidad principal del autor es la crítica de una cierta actividad municipal, cuya carga de profundidad se pone en la acusación de que ha existido una confabulación entre el Ayuntamiento y el propietario de cierto inmueble para declararlo en ruina. Todo ello en principio pudiera estar dentro de una lícita libertad de expresión desde el momento en que se hace a través de un periódico, su contenido consiste en una opinión, cualesquiera que fuere su sentido, el objeto es una manifestación concreta de la política local y los destinatarios (los miembros de la Corporación y por conexión el particular directamente implicado) ofrecen una relevancia pública evidente. Sin embargo, el análisis no termina ni puede terminar ahí. La cuestión es más compleja y para desentrañarla hay que seguir leyendo.

En efecto, en ese esquema dialéctico aparece de pronto una figura distinta del Ayuntamiento y el propietario, a quien se achaca, como copartícipe del contubernio, de esa ‘clarísima jugada’ ‘para llevar el agua a su molino’, una serie de hechos concretos. Veamos cuáles. “Se encarga la dirección de la obra al Sr. (...) que en el año 1977 dirigió... las obras de reparación total del tejado que ha sufrido el desplome. Ahora ese mismo técnico informa de la solicitud pidiendo la declaración de ruina y por causa de la misma techumbre de cuya restauración él tuvo la responsabilidad” (...) “bajo su dirección se encauza un aparatoso montaje teatral de andamios y laberintos de tela metálica que sería la envidia de cualquier circo”. “Además y como medida de seguridad ¡claro está! se pide permiso al Ayuntamiento para desmontar otra viga maestra que ahora resulta que no tiene suficiente sustentamiento en la pared (...)” “manifestaciones del arquitecto de obra difícil (...)”. La transcripción del texto refleja que, respecto del técnico contiene en proporción mayoritaria un relato que pretende ser objetivo y ofrecer como datos de la argumentación un conjunto de acaecimientos. Por tanto, para el sedicente ofendido se está en el campo del derecho a la

Posteriormente, cabe apreciar que se ha corregido el criterio —al menos implícitamente— proponiéndose que se valoren jurídicamente de forma independiente los juicios de valor de las afirmaciones de hechos aunque aparezcan en un mismo texto, puesto que los cánones de una y otra pueden concurrir en un mismo texto y la legitimidad de un elemento no excluye la ilegitimidad del otro. Así, en la STC 200/1998, F.J.º 3, se admite la concurrencia, en un mismo texto, de informaciones y opiniones, y se analiza cada una conforme a sus propios cánones, por cuanto la condena por injurias se basó tanto en el contenido de las informaciones como en el sesgo de las valoraciones que se hacían sobre las mismas:

“En este caso, se mezclan en la demanda, como hemos dicho, referencias a la libertad de expresión y a la libertad de información y aun siendo la libertad de expresión un concepto más amplio que tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones (SSTC 6/1988, 123/1993 y 76/1995), aquí vino a señalarse como preponderante la de información, porque, si bien el deslinde de esas dos libertades no suele ser total y absoluto, puesto que la de opinión se apoya en mayor o menor medida en afirmaciones fácticas y éstas, a su vez, pueden verse afectadas por aquélla (SSTC 190/1992 y 136/1994), en el supuesto que nos ocupa los recurrentes aseguran que perseguían primordialmente exponer unos hechos que, según dicen, conocían e incluso habían investigado. Pero no son sólo estos hechos los que fundan las condenas por injurias que se impugnan, sino el sesgo y la intencionalidad al relatarlos y las conclusiones y calificaciones que con los mismos atribuyeron los recurrentes a las personas mencionadas, puesto que la Sentencia del Tribunal Supremo sanciona, no tanto por los hechos ‘que podrían ser materia meramente informativa’ sino por los epítetos ofensivos, que no son

---

información, aun cuando desde la perspectiva de los demás pudiera ser prevalente la libertad de expresión. En el carácter accidental e incidental, marginal en suma, de la alusión al Señor (...) respecto del planteamiento general del artículo periodístico, hemos de situar el énfasis, porque la colisión de derechos

‘imprescindibles’ para la información o para el juicio valorativo que ésta merezca.”

También la STC 57/1999, F.J.º 7 opta por valorar la legitimidad de ejercicio del derecho afectado en función del contenido constitucional del mismo<sup>920</sup>. El análisis de los dos derechos, a la expresión y a la libre comunicación de información, desde sus respectivos contenidos, aun cuando aparezcan unidos en una sola acción comunicativa, aparece de nuevo en la STC 187/1999. Del giro producido a favor de una mayor precisión en el tratamiento de estos derechos es específicamente significativa la STC 192/1999<sup>921</sup>.

---

tiene un aspecto subjetivo —el titular de cada uno de ellos— que no cabe ignorar. Así pues, el elemento preponderante aquí es el informativo.”

<sup>920</sup> “Según se relató en los antecedentes con más detalle, el recurrente fue despedido por unas declaraciones a la prensa, efectuadas tras un accidente aéreo en el que habían fallecido el comandante y un piloto, declaraciones en las que exponía la existencia de irregularidades en el mantenimiento de los aviones y en determinados servicios de ‘Aviación Civil’. Así pues, la actuación del recurrente versó sobre hechos noticiables y de interés general, y no sobre opiniones acerca de la situación expuesta, por más que la lectura de la noticia evidencia un juicio negativo sobre aquélla. Ello permite concluir que el derecho fundamental de referencia, objeto de cuestión en el presente recurso, es el de libertad de información, si se tiene en cuenta la jurisprudencia constitucional sobre las diferencias existentes entre la libertad de expresión y la libertad de información, y respectivas notas características (SSTC 6/1988, 107/1988, 105/1990, 171/1990, 172/1990, 223/1992 y 4/1996, entre otras)”.

<sup>921</sup> “Centrada así la cuestión litigiosa, el examen que este Tribunal debe hacer del asunto habrá de comenzar por precisar si se está únicamente ante el ejercicio del derecho a comunicar información, como así parecen plantearlo todas las partes en el proceso, o si, en cambio, el reportaje periodístico no es la simple narración de unos hechos, sino también la crítica del proceder de cierta persona al hilo del acaecimiento de ciertos hechos. Pues de poder calificar la información de ‘noticia’, esto es, de comprobarse que al socaire de la narración de ciertos hechos se formularon también determinados juicios críticos, a estos últimos no cabrá someterlos al canon de su veracidad, sólo aplicable a aquella narración (SSTC 6/1988, 107/1988, 51/1989, 105/1990, 240/1992, 173/1995, entre muchas), sino el propio de la libertad de expresión. Así, pues, habrá que comprobar, primero, la veracidad de la información y, segundo, la ausencia en las opiniones expresadas a la sazón de calificaciones formalmente injuriosas o innecesarias para la información que se divulga (STC 134/1999, fundamento jurídico 3, y las allí citadas).

El art. 20.1 CE, en efecto, garantiza dos derechos fundamentales conexos pero distintos, el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos y las opiniones (apartado a), y el derecho a la comunicación libre de información veraz (apartado d). En un caso, nuestro texto constitucional protege la libre difusión de creencias y juicios de valor personales y subjetivos, mientras que en el otro garantiza la divulgación de hechos. Sin embargo, es cierto que, en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos, pues

d) *Límites y fronteras. El contenido constitucionalmente posible y el contenido esencial*

Señala el TC que las diferencias entre los derechos a la libertad de expresión y de información alcanzan, en ocasiones, a sus límites —al margen de su objeto y, a veces de sus titulares— (STC 34/1996, F.J.º4). Antes de precisar el alcance de tales diferencias en relación con dichos límites debe identificarse previamente cuáles son y con qué alcancen operan pues, como ya hemos visto anteriormente, el término límite admite distintos significados. En cualquier caso, como ya hemos visto, todos los derechos tienen límites que no sólo dan cuenta de su perfil, sino que le permiten cumplir con su función procedimental de distribución de bienes.

Resulta prioritario comenzar por determinar cuáles son los llamados límites necesarios o fronteras (“Grenzen”), esto es, “los que permiten identificar los rasgos identificativos que permiten distinguir a un determinado derecho fundamental”<sup>922</sup>. El TC así lo entiende cuando dice que todos los derechos tienen “límites necesarios” que resultan de su propia naturaleza (STC 5/1981, F.J.º 7). Junto a estos, alguna doctrina se refiere, además, a una específica clase de fronteras que son los límites “directos”, es decir, a las “reducciones del ámbito de los derechos que el constituyente decide incorporar expresamente a fin de proteger los intereses generales”<sup>923</sup>. Para ello citan en su apoyo la STC 11/1981, F.J.º 7, cuando dice que “La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos en algunas ocasiones”.

---

a menudo el mensaje sujeto a escrutinio consiste en una amalgama de ambos. Por esta razón, procede examinar en primer lugar la veracidad de aquélla y, a continuación, la ausencia de expresiones formalmente injuriosas o innecesarias para la crítica que se formula (SSTC 6/1988, 107/1988, 59/1989, 105/1990, 171 y 172 de 1990, 190/1992, 123/1993, 178/1993, 76/1995, 138/1996, 204/1997, 1/1998), pues, como venimos diciendo, el art. 20.1 CE ni protege la divulgación de hechos que no son sino simples rumores, invenciones o insinuaciones carentes de fundamento, ni tampoco da amparo a las insidias o insultos (STC 105/1990 y 178/1993).”

<sup>922</sup> MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, op. cit., pág. 15.

Para fijar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos, que es una labor hermenéutica, el intérprete debe concretar cuáles son dichos esos límites necesarios o conceptuales, pues son los que contribuyen a perfilar el campo propio de cada derecho. Este análisis ofrece como resultado un haz de facultades, garantías y poderes como manifestación o proyección del bien jurídico a cuya tutela se dirige la proclamación o reconocimiento del derecho, y sobre la que operará después el legislador con un cierto margen de arbitrio<sup>924</sup>.

En el caso de los derechos a las libertades de expresión e información, ya la norma constitucional establece los propios perfiles de cada uno positiva y negativamente, esto es, por un lado haciendo referencia expresa a su objeto, titulares y contenido (de los que se deducen las llamadas fronteras del concepto o, como hemos visto, límites inherentes o necesarios) y, por otro, determinando lo que queda fuera de él mediante la inserción de determinados límites directos (como la exigencia de veracidad en la información).

Así, lo que es el contenido *prima facie* protegido de libertad de expresión se deduce del artículo 20.1 a) CE —expresión y difusión por cualquier medio de pensamientos, ideas y opiniones—, teniendo en cuenta que las referencias a hechos noticiables se excluyen de su definición al pertenecer al campo de la libertad de información del 20.1, d). El derecho a la libre comunicación de información, por su parte, ampara las que se realicen de forma veraz a través de un medio de difusión, de manera que no forma parte del derecho ni la comunicación inveraz, ni otro tipo de manifestaciones distinta de la información.

La primera advertencia que cabe hacer al contenido de los derechos de libre expresión e información es que, salvo contadas excepciones, en que el medio empleado

---

<sup>923</sup> *Ibidem*.

<sup>924</sup> VIVES ANTÓN, T.S., "Sentido y límites de la libertad de expresión", *op. cit.*, pág. 370.

se halla indisolublemente unido al contenido de lo que se desea expresar, el contenido y los medios no pertenecen a la misma categoría conceptual. Si eso es así, una restricción de los medios no es concebible como una limitación del contenido del derecho y, por tanto, no está sometida a las mismas exigencias que son aplicables a los límites estrictos. Pero es que tampoco cabe entender siquiera que se trata de un auténtico **límite externo**, ya que tampoco opera una restricción subjetiva del derecho. Recurriendo al ejemplo más tópico, no se puede sostener que se está limitando (ni objetiva ni subjetivamente) la libertad de expresión cuando se prohíbe a un sujeto alterar con gritos el orden en un juzgado porque se discrepa de alguna resolución adoptada. Como dice VIVES, prohibir ese modo de expresión, no afecta al contenido del derecho a la libertad de expresión<sup>925</sup>, ni a sus formas de ejercicio, ni a sus titulares, pues la libertad de manifestar la discrepancia sigue vigente y no toda pretensión de expresarse representa ejercicio del derecho<sup>926</sup>.

---

<sup>925</sup> VIVES, propone un ejemplo claro de este tipo de actos: “puedo manifestar mi entusiasmo o mi desaprobación ante una decisión del Gobierno; pero si lo hago tocando fuertemente un tambor a las tres de la madrugada, o incendiando la cosecha del vecino en razón de su ideología, las sanciones que puedan serme aplicables no implican límite alguno a la libertad de expresión”. VIVES ANTÓN, T.S., “Sentido y límites de la libertad de expresión”, *op. cit.*, págs. 370-371.

<sup>926</sup> Una de las enseñanzas de la doctrina constitucional norteamericana clásica es la de la distinción entre libertad de expresión y expresión, pues no todo lo que se expresa se corresponde con el ejercicio de un derecho. *Vid.* EMERSON, MEIKLEJOHN y TRIBE. En estas acciones que incorporan contenidos expresivos o mensajes llamadas en Estados Unidos “expression-plus” se incluyen aquellas acciones que constituyen el soporte a través del cual se manifiesta una idea, que la expresión misma las comporta, que están íntimamente a ella vinculadas, como por ejemplo, la quema de una bandera, o el uso de determinados símbolos. Para CORTNER, al igual que sostiene EMERSON, estas acciones tampoco son totalmente inmunes, pero no alcanzan el nivel de protección de las genuinas expresiones; así, la legitimidad de sus prohibición se presume con tal de que se pruebe que se dirige a la tutela de otros intereses afectados por el acto en sí, y siempre que no tenga como objetivo ni afecte directamente al contenido del mensaje. *Vid.* CORTNER, R.C., *The Supreme Court and Civil Rights Policy*, *op. cit.*, págs. 121-123.

Tampoco las llamadas reglas de orden son supuestos de limitación subjetiva ni de delimitación objetiva del derecho<sup>927</sup> pues lo que persiguen es, precisamente, favorecer el mayor espacio de igual libertad para todos. Como tales se incluye, por ejemplo, el control de los tiempos de las intervenciones en un debate, los turnos de palabra y, en general, cualesquiera reglas que ordenando de algún modo el tiempo o la forma de ejercicio de los intervinientes en un debate favorecen, en última instancia, que todos puedan maximizar el ejercicio de su libertad en condiciones de igualdad, tanto la de hablar, como la de escuchar.

La definición constitucional de la libertad de información somete la legitimidad de “comunicar o recibir una información por cualquier medio de difusión” a una sola exigencia específica: la veracidad. Por lo tanto la mendacidad aparece como el límite inmanente (directo) que marca la frontera del derecho esto es, el contenido constitucionalmente reconocido a la libertad.

“Cuando la Constitución requiere que la información sea ‘veraz’ no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas, cuando estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como hechos haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose así de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado.” (STC 6/1988, F.J.º 5).

Sin veracidad, la información carece de reconocimiento constitucional porque el art.20.,d) CE realiza una delimitación directa del derecho en este sentido y lo hace

---

<sup>927</sup> Utilizo aquí la terminología empleada por JIMÉNEZ CAMPO para referirse a las clases de límites constitucionales a los derechos en función de su objeto. JIMÉNEZ CAMPO, J., “Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, págs. 457-463.

fundadamente. Desde luego, la transmisión de hechos falsos no informa, pero su emisión se ampara, pese a todo, cuando el sujeto la proporciona verazmente. Cualquiera que sea la concepción que se mantenga del derecho permite apoyar esta exigencia de tutelar la veracidad y no la verdad objetiva<sup>928</sup>. Desde la perspectiva funcional del derecho, esto es, dado el rol de este derecho como medio de conformación de la opinión pública, lo falso no informa, pero restringir la legitimidad de la conducta sólo a las informaciones ciertas desalentaría el ejercicio del derecho y el resultado, a la postre, sería más gravoso que el daño prevenido: no se comunicaría sobre nada, ni cierto ni falso por temor a las consecuencias. Así que para estar en condiciones de dar y recibir lo que es cierto se debe permitir también parte de lo inexacto. Desde la perspectiva del derecho como derecho de libertad, su reconocimiento obedece, sobre todo, a la exigencia de respetar aquel aspecto de la dignidad personal vinculado a la necesidad del hombre de expresarse y comunicar, con independencia de cualquier otra finalidad social; y así, basta para reconocer como ejercicio del derecho que el que habla crea fundadamente estar en lo cierto. Informar con veracidad esconde, en este último sentido, una redundancia, pues parece obvio que sin veracidad no se desea informar, sino desinformar.

El deber de diligencia del informador cuya observancia permite afirmar la veracidad de lo informado no puede confundirse ni con la verificación estricta y exhaustiva de los hechos ni con la transmisión de meros rumores, insinuaciones o noticias gratuitas. Así lo ha explicado el Tribunal constitucional:

---

<sup>928</sup> En la doctrina se ha discutido largamente acerca del requisito de veracidad, su alcance y su protección, pese a que el TC desde el principio interpretó la naturaleza subjetiva de este elemento. El problema derivaba, seguramente, de la propia dicción del precepto penal que castigaba en el antiguo Código penal las calumnias e injurias consistentes en la *falsa* imputación de un delito. Se interpretó por algún sector doctrinal que falsa se oponía a verdadera, es decir, a la correspondencia entre lo imputado y lo realmente acontecido para que la libertad de expresión resultara salvaguardada en los casos en los que la imputación, pese a ser deshonrosa, desvelara un hecho cierto y así eludir el castigo de su autor. El problema es que con esa interpretación no se tutelaba suficientemente la libertad de expresión, antes al contrario, pues el temor a equivocarse que implicaba la sanción penal disuadía el ejercicio del derecho. *Vid.* más ampliamente al respecto, el siguiente Capítulo.

“Su precisión, que es la del nivel de razonabilidad en la comprobación de los hechos afirmados, viene informada por los criterios profesionales de actuación periodística (SSTC 219/1992, F. 5 y 240/1992, F. 7) y dependerá en todo caso de las características concretas de la comunicación de que se trate (STC 240/1992, F. 7).” (STC 171/1990, F.J.º 5).

Además de las fronteras conceptuales, la inserción de los derechos a la libre expresión y comunicación de información veraz en el conjunto del sistema de los derechos fundamentales —si se quiere por efecto de la previsión específica del artículo 20.4 CE, o por deducción de la propia idea de sistema de derechos vigente en nuestra Constitución— obliga también a delimitar su contenido legítimo con referencia a los demás. Como ya dije, la Constitución debe permanecer vigente en su integridad<sup>929</sup>, de manera que cualquier interpretación que se haga de una de sus normas debe ser compatible con la vigencia de las demás. Esto significa que todos los derechos fundamentales deben poder coexistir y que las respectivas determinaciones de sus contenidos deben respetar los de los demás.

En el caso de las libertades del artículo 20.1 la propia Constitución, como ya se ha dicho, refuerza esta afirmación al mencionar explícitamente que los demás derechos constituyen un límite a las mismas. En este caso, y aun permaneciendo en el terreno de la delimitación de contenido constitucionalmente protegible, no es que los demás derechos sean un límite o frontera conceptual, sino que delimitan indirectamente el contenido de los demás<sup>930</sup>.

Dicha delimitación se aborda con arreglo a diversos criterios que, como he repetido tantas veces, van conformando la tradición jurídica. Así, por ejemplo, la

---

<sup>316</sup> Referencia al principio de concordancia práctica

vigencia del derecho a la intimidad ha excluido del campo de legítimo ejercicio del derecho a la información aquellos contenidos íntimos y carentes de relevancia social<sup>931</sup>. El Tribunal hace manifiesta expresión de lo que se entiende por relevancia pública y así:

“En este sentido hemos declarado que el ejercicio de la libertad de información se justifica en relación con su conexión con asuntos públicos de interés general por las materias a las que se refieren y por las personas que en ellas intervienen (SSTC 107/1988 y 171/1991). Asimismo hemos destacado que la protección constitucional de la libertad de información se reduce si ésta no se ‘refiere a personalidades públicas que, al haber optado libremente por tal condición, deben soportar un cierto riesgo de una lesión de sus derechos de la personalidad’ (STC 195/1987), por lo que, en correspondencia, se debilitaría en los supuestos de información u opinión sobre conductas privadas carentes de interés público (STC 105/1990).” (STC 138/1996, F.J.º 3).

Es evidente que el resto de los derechos fundamentales y no sólo de los especialmente citados en el artículo 20.4 CE (honor, intimidad, propia imagen) pueden limitar el contenido de la libre comunicación de información, aunque la mayoría de supuestos en que el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse a este respecto lo ha hecho con relación a estos derechos<sup>932</sup>. Parece lógico que así sea porque la mayoría de pretensiones que amparan los llamados derechos de la personalidad reconocidos en el artículo 18 directamente afectan al ejercicio de la libertad de expresión o de información mientras que no puede afirmarse lo inverso, esto es, que las

---

<sup>930</sup> En el mismo sentido, JIMÉNEZ CAMPO, J., “Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, pág. 462.

<sup>931</sup> “Forma parte del acervo jurisprudencial de este Tribunal el criterio de que la comunicación que la Constitución protege es la que transmite información veraz relativa a asuntos de interés general o relevancia pública (entre muchas otras, SSTC 6/1988, 171/1990, 219/1992 y 28/1996)” (STC 143/1991).

<sup>932</sup> Y en menor medida respecto de la protección de la juventud y la infancia.

pretensiones de informar u opinar afecten ni siempre ni mayoritariamente a dichos derechos.

También el derecho al honor constituye un límite a esta libertad *ex art. 20.4 CE*, de suerte que la delimitación entre ambos se efectúa con arreglo a la proscripción de las injurias formales, junto al ya conocido criterio del interés general que el asunto del que se informa tenga,

“pues, en otro caso, el derecho a la información se convertiría en una cobertura formal para atentar abusivamente y sin límite alguno contra el honor y la intimidad de las personas mediante expresiones y valoraciones injustificadas por carecer de valor para la formación de la opinión pública sobre el asunto de que se informa (...) No merecen, por tanto, protección constitucional aquellas informaciones en que se utilicen insinuaciones insidiosas y vejaciones dictadas por un ánimo ajeno a la función informativa o cuando se comuniquen, en relación a personas privadas, hechos que afecten a su honor y que sean innecesarios e irrelevantes para lo que constituye el interés público de la información” (STC 138/1996, F.J.º 3).

Respecto de la libertad de expresión, en todo caso, el constituyente no ha efectuado otra delimitación directa de su contenido en el artículo 20.1 a) que la de asignar el objeto sobre el que recae el ejercicio de libertad: expresar y difundir por cualquier medio pensamientos, ideas y opiniones. Lo que sí opera, naturalmente, es la delimitación indirecta, es decir, la derivada de la vigencia de otros derechos e intereses constitucionales, que exige al Tribunal ir fijando criterios para analizar la constitucionalidad de los límites que unos operan frente a otros.

Así, por ejemplo, la proscripción de las injurias formales deriva de la relevancia reconocida al honor como límite constitucional a la libertad de expresión, y la ilegitimidad de las opiniones vertidas sobre hechos pertenecientes a la esfera privada del

sujeto deriva del reconocimiento del derecho a la intimidad, siempre que unas y otras resulten innecesarias al fin legítimo de la expresión de que se trate. Veamos como ejemplo un extracto de la jurisprudencia del TC en que así se afirma:

“La libertad de expresión es más amplia que la libertad de información por no operar, en el ejercicio de aquélla, el límite interno de veracidad que es aplicable a ésta, lo cual conduce a la consecución de que aparecerán desprovistas de valor de causa de justificación las frases formalmente injuriosas o aquéllas que carezcan de interés público y, por tanto, resulten innecesarias a la esencia del pensamiento, idea u opinión que se expresa.” (STC 107/1988, F.J.º2).

Se puede decir que el contenido asignado en primera instancia al derecho resulta modulado en segunda instancia por la propia existencia de otros derechos, o que los contenidos de los derechos se delimitan unos con otros. La Constitución, sencillamente, afirma que las libertades de expresión y de información tienen su límite en los demás derechos y en los preceptos de las leyes que desarrollen el Título I. Por lo tanto, cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la Ley resulta inconstitucional, pero incluso también mediando una Ley en cuanto ésta intente fijar otros límites que los que la propia Constitución admite, como se afirmó en la STC 6/1981.

La pregunta acerca de si existen límites implícitos o extraconstitucionales<sup>933</sup> —entendiendo por tales cualesquiera otros distintos al honor, intimidad, propia imagen y protección de la juventud y de la infancia— debe reformularse a la vista del art. 20.4 CE, ya que si esta norma expresamente los reconoce<sup>934</sup> —aunque deja su concreción, en

---

<sup>933</sup> Como los califica RODRÍGUEZ BEREJO, A., “La libertad de información, la jurisprudencia constitucional”, *op. cit.*, pág.5.

<sup>934</sup> Nos referimos, naturalmente, al resto de derechos del Título I y a los preceptos de las leyes que lo desarrollen.

ocasiones, al desarrollo legislativo— no pueden calificarse como extraconstitucionales. Así sucede con el interés del Estado por que no se revelen determinadas informaciones declaradas secretas (secreto de Estado, del sumario, etc.) o inoportunas (jornada de reflexión preelectoral), con el de algunos particulares o empresas por restringir la difusión de informaciones reservadas por su interés comercial o industrial, o las restricciones a la libertad de expresión en el ámbito de las relaciones laborales<sup>935</sup> o de colectivos especiales<sup>936</sup>. Aquí no se contraponen derechos fundamentales sino derechos y otros intereses constitucionalmente legítimos que, con sus pretensiones, limitan el ejercicio de las referidas libertades en supuestos concretos. Se trata, ya ahora sin discusión terminológica, de auténticos **límites** impuestos por el legislador. Para determinar el alcance de tales limitaciones, habrá que atender al tenor de la norma en que se establezcan las mismas, cuyo control corresponde en última instancia al Tribunal Constitucional. Esos límites cuentan, entre otros, con la barrera infranqueable del respeto por el contenido esencial del derecho sobre el que operen.

El contenido esencial de los derechos reconocidos en el artículo 20.1 a) y d) CE se determina de forma independiente en cada caso y por referencia a pretensiones de tutela de otros derechos e intereses, pero es un concepto operativo frente al legislador. La difusión de informaciones de relevancia pública veraces integran el contenido más resistente del derecho a la información frente a las pretensiones del derecho a la intimidad y al honor. Sin embargo, ello es así tras un proceso más bien complejo y en absoluto unánimemente compartido. Baste recordar que hasta la entrada en vigor del CP de 1995, el desacato (ofensa a la autoridad o sus agentes) no sólo estaba tipificado como

---

<sup>935</sup> “La existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que modula el ejercicio de los derechos fundamentales, de manera que manifestaciones de los mismos que en otro contexto pudieran ser legítimas, no tienen porqué serlo necesariamente dentro del ámbito de esa relación contractual, dado que todo derecho ha de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.” (STC 4/1996, F.J.º4).

<sup>936</sup> Funcionarios civiles o militares, cuerpos y fuerzas de seguridad, etc.

delito sino que para su apreciación resultaba indiferente que la conducta recayera sobre información veraz y de relevancia pública; es dudoso que contenidos informativos de esa índole pudieran pensarse sin menoscabo de la libertad de información constitucionalmente protegida<sup>937</sup>, y ello aun cuando se admitiera que las informaciones falsas no constituían contenido esencial del derecho a la información, al menos en su enfrentamiento con el principio de autoridad<sup>938</sup>. Respecto de la libertad de expresión el núcleo esencial se haya constituido por “el derecho al disentimiento razonado”<sup>939</sup>.

Las pretensiones que integran dicho contenido esencial pueden ser más o menos numerosas en cada derecho y sistema concreto, y tienen que ver básicamente con el fundamento de su reconocimiento y con las funciones que se le asignen al derecho en cuestión. En el caso de las libertades de expresión e información he afirmado su especial relevancia como presupuesto para el sostenimiento del sistema democrático más allá de la trascendencia particular que tiene su reconocimiento para cada ciudadano individualmente considerado. Precisamente por ello, se han calificado como esenciales un más amplio catálogo de pretensiones de ejercicio que las que se reconocen a otros derechos<sup>940</sup>.

---

<sup>937</sup> En el mismo sentido se pronunció casi unánimemente la doctrina penal. Vid. ÁLVAREZ VIZCAYA, M., *Libertad de expresión y principio de autoridad: el delito de desacato*, op. cit. págs. 174-175 y 290-302 y bibliografía allí citada.

<sup>938</sup> Ni siquiera existía unanimidad en la doctrina acerca de la posibilidad de exculpación por la vía de la *exceptio veritatis* en el supuesto de desacato calumnioso. ÁLVAREZ VIZCAYA, M., *Libertad de expresión y principio de autoridad: el delito de desacato*, op. cit., págs. 280-290 y bibliografía allí citada.

<sup>939</sup> VIVES ANTÓN, T.S., “Sentido y límites de la libertad de expresión”, op. cit., pág. 371.

<sup>940</sup> Tan constitucional resulta desde el respeto al contenido esencial, la legislación penal que tutela el honor y la intimidad hoy, que la que regía con el CP derogado, y es evidente que la tutela penal del honor ha cedido hoy, mientras que la de la intimidad se ha reforzado. En ambos casos, el contenido esencial de las libertades de expresión e información se ha mantenido al margen (la prohibición de injurias formales no afecta al contenido esencial de la primera, ni la penalización de la revelación de datos reservados de carácter particular opera en el de la segunda).

Sin embargo, lo que en el terreno de los conceptos aparece meridianamente claro, se convierte en algo mucho más problemático cuando se desciende al campo de la articulación jurídica práctica. Siguen apareciendo supuestos de pretensiones contrapuestas e igualmente amparables en sendos derechos para las que no se ha establecido criterio de delimitación constitucional ni legal. Precisamente son un ejemplo de ello las de tutela frente a los riesgos que para el derecho a un juez imparcial representan determinadas actividades informativas. Aquí ya no se puede seguir sosteniendo que el problema se resuelve aplicando los criterios hermenéuticos de delimitación del contenido propio de cada derecho, pues éstos se hallan ya definidos correctamente, con la mayor amplitud posible y amparan como legítimas, respectivamente, pretensiones contrapuestas. La solución no pasa por redefinir las fronteras de cada derecho y que separan la libre comunicación de información y expresión y el derecho a un juez imparcial, sino valorar si la pretensión de tutela de uno de los derechos (juez imparcial, en este caso) que opera una restricción en el ejercicio del otro (libertad de expresión e información) está o no constitucionalmente justificada.

En estos casos podemos a su vez distinguir dos situaciones bien distintas: que exista una ley que expresamente regule el supuesto planteado amparándolo o prohibiéndolo, o que no exista tal regulación. En ausencia de ley que regule la situación, el ejercicio de la libertad de expresión o de información que lesione las pretensiones del otro derecho podrá ser impugnado jurisdiccionalmente por quien esté legitimado para ello (mediante la acción declarativa que corresponda y, en último caso ante el TC, que ofrecerá una respuesta u otra según sea el problema que se le presenta<sup>941</sup>). La segunda

---

<sup>941</sup> El Tribunal se enfrenta a problemas y peticiones radicalmente diferentes si el titular del derecho que se estima vulnerado (por ejemplo honor) pretende tal declaración por falta de tutela de los órganos judiciales ante quienes ha solicitado infructuosamente que se prohíba el ejercicio a su oponente (libertad de información) que si, por el contrario, el titular del derecho ejerciente (libertad de información) que ha sufrido una prohibición o restricción de ejercicio a favor de la tutela del otro, pretende que se declare que tal actuación es una injerencia inconstitucional en su derecho. En el primer caso, el Tribunal no puede resolver la cuestión sin analizar los contenidos del derecho y declarar el alcance que merece la tutela del

hipótesis planea sobre la existencia de una ley que regule el supuesto conflicto amparando una de ambas pretensiones, en ocasiones la de seguir informando en menoscabo del otro derecho, y en el resto de casos prohibiendo hacerlo precisamente en atención a la defensa del derecho al juez imparcial. Aquí el legislador ya se está limitando en puridad el derecho, no delimitándolo, y esos límites que precisan en última instancia el campo de legítimo ejercicio, se deben fijar, interpretar y aplicar de conformidad con la Constitución, para cuya garantía se establece el control del Tribunal Constitucional<sup>942</sup>.

La limitación legal, en todo caso, no opera una restricción del contenido constitucional objetivo del derecho, sino de determinada forma de ejercicio, de manera que el juez que declare la prohibición o habilitación para actuar bajo las prescripciones de dicha norma no está, en puridad resolviendo un conflicto y, menos aún, limitando derechos. El juez en estos casos se ciñe a aplicar la norma<sup>943</sup> que hace explícita la opción del legislador sobre el límite al ejercicio legítimo del derecho en un supuesto concreto. Ante un tipo legal que concreta limitadas restricciones a la libertad de expresión o información del individuo en defensa de otros bienes no puede el juez ya efectuar ninguna suerte de ponderación entre los derechos fundamentales afectados sin vulnerar frontalmente el principio de legalidad.

---

mismo en el ordenamiento frente a una actuación ilícita, mientras que en el segundo se analiza únicamente, la legalidad y proporcionalidad de una medida restrictiva de un derecho. Sobre el distinto enfoque entre unos y otros casos con referencia a la jurisprudencia constitucional norteamericana en materia de libertad de expresión, *vid.* WEINSTEIN, J., "Taking Liberties with the First Amendment", *Law and Philosophy*, núm. 17, 1998, págs. 159-175.

<sup>942</sup> Esa interpretación de la ley conforme a la CE exige no desconocer el contenido de los derechos fundamentales en juego, tal y como se ha expuesto con detalle en el apartado 1 de este Capítulo.

<sup>943</sup> Eso sí, de forma constitucionalmente adecuada, pues la interpretación y aplicación de la norma deberá ser conforme con los principios constitucionales que rijan la materia concreta a que se aplica, lo cual es especialmente importante en el ámbito de los tipos penales. Así lo establecen, entre otras, las SSTC 137/1997, 151/1997, 232/1997, 189/1998, 49/1999, 127/2001).



## 6. Contenido constitucional del derecho y ejercicio legítimo: valoración de las conductas que ponen en riesgo la imparcialidad

Una vez que hemos identificado la clase de conductas que generan riesgos graves e inminentes para la imparcialidad hemos de llevar a cabo, todavía, un último análisis. Se trata de valorar dichas conductas a la luz de los derechos e intereses constitucionalmente protegidos, tanto de la libertad de expresión, como del derecho a dar y recibir información veraz, del derecho a un proceso público, o el principio de publicidad de actuaciones judiciales. En el caso de que las conductas vengan referidas a derechos, habrá que distinguir, en su caso las que forman parte de su contenido constitucional (sea o no esencial) o, por el contrario, se realizan al margen de éste, es decir, que son ajenas a dichos derechos y libertades.

Como ya ha quedado explicado a lo largo de este trabajo, la declaración constitucional de la libertad como valor superior del ordenamiento y la propia existencia de un sistema de derechos fundamentales exige emplear un método como éste a la hora de pretender la tutela de un derecho con incidencia en el ámbito de otro u otros que implican un sacrificio de la libertad o, si se prefiere, de un ámbito o aspecto de la misma. La cuestión es de la máxima importancia si la legitimidad de la intervención penal debe adecuarse a los parámetros constitucionales de la proporcionalidad y ésta proyecta exigencias diversas en unos u otros supuestos.

Por ello la valoración que voy a efectuar a continuación se lleva a cabo respecto de las conductas sobre las que se ha efectuado ya un primer juicio de relevancia por su potencial lesividad. Siguiendo el orden de exposición empleado anteriormente cabe distinguir ahora aquellos riesgos provenientes del acceso de los medios de comunicación a la información judicial, los que derivan de la publicación de informaciones perjudiciales y, por último, los resultantes de la crítica y presiones a sus protagonistas y demás intervinientes.

En relación con el **acceso** a la información ya hemos visto que en el ámbito de las actuaciones judiciales penales los medios tienen un campo de acción muy reducido. En efecto, las actuaciones judiciales propiamente dichas son accesibles a los medios de comunicación sólo cuando lo sean para el público en general, es decir, cuando se refieran a actuaciones presididas por el principio de publicidad (art. 120 CE) en tanto la ley no las haya contemplado como excepción. En esos supuestos la prensa suele gozar de la consideración de *primus inter pares*, pues con su presencia sirve de correa de transmisión entre lo acontecido en el juzgado o tribunal y el público en general. Cualquier información sobre lo acontecido en la vista es objeto legítimo del derecho a la información y, aun más: forma parte del contenido esencial del derecho a la misma. Ello no obsta a que se puedan decretar limitaciones o restricciones a la actuación (captación de imágenes, toma de vídeo, etc.) o presencia de los medios de comunicación durante las sesiones, pero para ello debe concretarse su ámbito, objeto y el fundamento para su adopción<sup>944</sup>. La libertad de información del art. 20.1 d) CE no impide limitar o prohibir el acceso a determinados juicios y mucho menos impedir el acceso a determinados medios de comunicación<sup>945</sup> (principalmente medios audiovisuales)<sup>946</sup>. Como ya dije, una limitación al medio de expresión raras veces puede ser calificada como una auténtica limitación al contenido del derecho, máxime si la publicidad queda garantizada con la presencia de ciertos testigos o incluso del público ordinario (al margen del mediático) y

---

<sup>944</sup> Las limitaciones o restricciones deben fundarse en un fin legítimo, ser adecuadas para la finalidad para la que se establecen, establecerse en condiciones de igualdad y resultar proporcionadas.

<sup>945</sup> Nos referimos, claro está, a medios en sentido genérico, no a un concreto medio de comunicación, es decir, un determinado periódico, revista, canal de radio o de televisión.

<sup>946</sup> Recogemos la opinión crítica de ANDRÉS IBÁÑEZ al respecto por ser muy significativa: "(existe un desfase cultural) en la actitud de muchos tribunales ante el fenómeno de la publicidad televisiva, que en nuestro país ha llevado a una irreflexiva conversión de tantas salas de justicia en platós, sin siquiera un mínimo de reflexión y no obstante la probada influencia transformadora, o, mejor dicho, fuertemente distorsionadora, que ese medio ejerce sobre las actitudes y el propio clima del juicio oral. Puesto que, como ha escrito con agudeza Bourdieu, el mercado televisivo, esencialmente presidido por la tiranía de los índices de audiencia, proyecta esa perversa lógica mercantil sobre todo lo que trata, con independencia de

el derecho del público a recibir información de lo que acontece durante el mismo se obtiene por otras vías.

En cambio, durante la fase previa al procesamiento y que comienza con las primeras diligencias policiales de investigación la prensa no es, no debe ser, destinatario de un trato o consideración preferente por parte de las autoridades. La eventual relevancia de los hechos o las personas sometidas a investigación no prevalece indiscriminadamente frente al interés del Estado en la eficacia de la investigación y eventual preparación del juicio<sup>947</sup> ni, por supuesto, frente a los derechos que asisten al investigado. El derecho a la intimidad puede no servir como límite inamovible frente a la eventual relevancia pública de los hechos sometidos a investigación en algunos casos en los que la prensa pretende hacerse eco de la noticia, pero no obstante persisten otros derechos e intereses que permiten impedir legítimamente la difusión de ciertas informaciones, imágenes o datos relacionados con una investigación y, por tanto, el acceso a los mismos. La institución del secreto del sumario es el mejor exponente como límite sobre la libertad de dar y obtener información acerca de las diligencias de la investigación judicial.

En cuanto a su **publicación**, el TC ha declarado que si los datos a los que no se tiene acceso legítimo no pueden ser objeto de difusión, ello “implica un límite del derecho a informar, pero sólo de modo derivado”, es decir, “en la medida en que aquello que se quiera difundir o comunicar haya sido obtenido ilegítimamente quebrando el

---

cuáles puedan ser las consecuencias para los valores en juego”. Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Legalidad, Jurisdicción y Democracia, hoy”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 6, 1997.

<sup>947</sup> Más en teoría que en la práctica forense. En Estados Unidos, por ejemplo, no se plantea el problema con la misma intensidad ni frecuencia porque la investigación policial a instancias del Ministerio público —aunque controlada judicialmente— es, formal y materialmente, reservada. Dada la estructura adversativa o contradictoria del proceso penal americano la jurisprudencia no ofrece a este respecto información relevante que pueda sernos útil: al tratarse de información secreta no se alega en ningún caso conflicto con la Primera Enmienda: ni se puede exigir acceso ni legítima difusión de la información, en todo caso secreta.

secreto del sumario”, esto es, mediante lo que la ley llama una revelación indebida. Si ello es así en relación con el secreto del sumario, lo mismo cabe deducir de cualquier otro supuesto de obtención indebida de la información, esto es, en los supuestos de intromisión ilegítima en el derechos a la intimidad o la imagen (por el objeto o medios empleados) o la debida protección de los menores, quebrantamiento del secreto profesional, de funcionario, de Estado, etc. Es decir, hay supuestos en los que aun cuando la difusión de la información resulte calificables *prima facie* como ejercicio del referido derecho a la información veraz, la actuación puede prohibirse legalmente en la medida en que resulte necesario y proporcionado a la finalidad de preservar otros intereses relevantes, dado que no forma parte del contenido esencial del derecho a la información.

Por el contrario, la publicación de información obtenida lícitamente y de carácter relevante constituye un ámbito legítimo de ejercicio de la libertad de información frente a la cual sólo unas pocas pretensiones pueden oponerse con éxito. Desde luego carecería de la necesaria relevancia la alegación de que con ella se entorpece la eficacia de la investigación y su prohibición, por tanto, resultaría inconstitucional. En efecto, el derecho a la información, como hemos visto, abarca diversos contenidos en atención a la función que corresponde a este derecho en una sociedad democrática y que incluye — por lo que se refiere a nuestro terreno en concreto, la información judicial— no solamente el derecho a divulgar libremente hechos noticiables sino, también, el derecho del público a conocerlos. Entre estos supuestos se incluyen los mencionados ejemplos de difusión de informaciones referentes a hechos objeto de un sumario a las que se haya tenido acceso lícitamente.

Ahora bien, como ya dije, no es el legítimo interés del Estado en la eficaz persecución de los delitos el único relevante en estos casos, y lo que no puede impedirse en nombre del mismo, podría justificar, en cambio, una prohibición de publicación total o parcial —de ciertos hechos, datos o imágenes— si ello resulta necesario para

garantizar otros derechos fundamentales. En la valoración de los riesgos debe tenerse en cuenta que concurren diversos intereses y, muy especialmente, el del procesado a su honor, a su intimidad, a su imagen y, sobre todo, a un juicio justo e imparcial, a la presunción de inocencia, etc. Si cabe limitar o prohibir el ejercicio de las libertades del 20.4 CE en ciertos supuestos en los que se estima necesario para garantizar adecuadamente el respeto a otros derechos e intereses fundamentales es porque esas prohibiciones no afectan a su contenido esencial. Sin duda, la veracidad de la información, la trascendencia social de lo transmitido, la preferencia de la información sobre las opiniones acerca del desarrollo del proceso y, en último caso, la discreción y respeto a los datos íntimos de los implicados cuyo conocimiento no sea imprescindible para el público, son algunos de los cánones que permiten delimitar la legitimidad de las actuaciones<sup>948</sup>.

El propio Tribunal Constitucional reconoce en su STC 171/1990 FJº 9 que las libertades de expresión e información reconocidas en el art. 20.1 de la CE no amparan únicamente la comunicación objetiva y aséptica de los hechos,

“sino que incluye también la investigación de la causación de los hechos, la formulación de hipótesis posibles en relación con esa causación, la valoración probabilística de esas hipótesis y la formulación de conjeturas sobre esa posible actuación”.

Desde luego, el Tribunal fue lejos en su interpretación del alcance reconocido con carácter general a los derechos del art. 20.1 CE pues semejantes afirmaciones no tienen en cuenta el hecho de que, al margen de la posible incidencia de la actividad periodística

---

<sup>948</sup> No obstante, la indeterminada y a veces indefinida legislación vigente en materia civil y penal convierte el control judicial de la actividad informativa sobre los procesos en un mecanismo algo incierto para garantizar los derechos de unos y otros implicados con efectividad. Las propuestas de autorregulación se pueden convertir indebidamente en autocensura, esto es, censura interna de los medios por temor a

sobre los derechos al honor o la intimidad de la víctima, los hechos objeto de investigación y difusión estaban siendo sometidos a investigación judicial para su posterior enjuiciamiento. Ciertamente que no se le había planteado al Tribunal semejante cuestión, por lo que reconocer, prima facie, como contenido legítimo de las libertades del art. 20.1 CE la realización de tales actividades frente a la pretensión de amparo del honor y la intimidad no excluye la posibilidad de reconocer, al mismo tiempo, que existen limitaciones necesarias para la preservación de otros derechos e intereses igualmente dignos, pues la Constitución aspira a ser aplicada íntegramente y los derechos fundamentales constituyen, como ya se ha dicho, un sistema. Por lo tanto, cuando el ejercicio de dichas libertades en los términos descritos por el TC implique la vulneración de otros derechos fundamentales no puede seguir afirmándose, sin más, la preferencia de aquéllas sobre éstos, ni viceversa. La vigencia simultánea y con el mayor contenido posible de todos los derechos y libertades precisa de una interpretación constitucional rigurosa de la Constitución y, en su caso, de las leyes que desarrollen los derechos fundamentales. En definitiva, es posible que el ejercicio de alguna de esas actividades periodísticas socave los derechos fundamentales del procesado y, en esos casos, el TC puede determinar la ilegitimidad de dicho ejercicio o la constitucionalidad de la medida legal o judicial adoptada prohibiéndolo o sancionándolo. El propio Tribunal Constitucional reconoce en su STC 171/1990 FJº 9 que las libertades de expresión e información reconocidas en el art. 20.1 de la CE no amparan únicamente la comunicación objetiva y aséptica de los hechos,

“sino que incluye también la investigación de la causación de los hechos, la formulación de hipótesis posibles en relación con esa causación, la valoración probabilística de esas hipótesis y la formulación de conjeturas sobre esa posible actuación”.

---

asumir responsabilidades, de manera que la opción por una regulación legislativa lo más exhaustiva posible sigue constituyendo nuestra opción preferente.

Desde luego, el Tribunal fue lejos en su interpretación del alcance reconocido con carácter general a los derechos del art. 20.1 CE pues semejantes afirmaciones no tienen en cuenta el hecho de que, al margen de la posible incidencia de la actividad periodística sobre los derechos al honor o la intimidad de la víctima, los hechos objeto de investigación y difusión estaban siendo sometidos a investigación judicial para su posterior enjuiciamiento. Ciertamente que no se le había planteado al Tribunal semejante cuestión, por lo que reconocer, prima facie, como contenido legítimo de las libertades del art. 20.1 CE la realización de tales actividades frente a la pretensión de amparo del honor y la intimidad no excluye la posibilidad de reconocer, al mismo tiempo, que existen limitaciones necesarias para la preservación de otros derechos e intereses igualmente dignos, pues la Constitución aspira a ser aplicada íntegramente y los derechos fundamentales constituyen, como ya se ha dicho, un sistema. Por lo tanto, cuando el ejercicio de dichas libertades en los términos descritos por el TC implique la vulneración de otros derechos fundamentales no puede seguir afirmándose, sin más, la preferencia de aquéllas sobre éstos, ni viceversa. La vigencia simultánea y con el mayor contenido posible de todos los derechos y libertades precisa de una interpretación constitucional rigurosa de la Constitución y, en su caso, de las leyes que desarrollen los derechos fundamentales. En definitiva, es posible que el ejercicio de alguna de esas actividades periodísticas socave los derechos fundamentales del procesado y, en esos casos, el TC puede determinar la ilegitimidad de dicho ejercicio o la constitucionalidad de la medida legal o judicial adoptada prohibiéndolo o sancionándolo.

Los casos cuya valoración resulta más controvertida son, probablemente, los que se refieren al ejercicio de la libertad de expresar ideas u opiniones. Ya hemos visto que los riesgos más relevantes para la imparcialidad del juez se producen directa o indirectamente por efecto de las campañas de prensa. En algunos casos la campaña se dirige en forma de críticas y presiones al juez, pero en otras, el objeto inmediato son las partes y sus actuaciones aunque en último término, alcancen también a aquél. En las referidas campañas se suelen mezclar informaciones, pseudo-informaciones y críticas

abiertas pero lo que las identifica frente a lo que no pasa de ser una amplia cobertura periodística es, precisamente, que constituyen una estrategia para la manipulación e interferencia en el desarrollo y resultado del proceso. En tales casos ni la expresión de juicios de valor ni la manifestación de hechos se atiene al sentido propio de ejercicio de libre opinión e información y, lo que resulta aun más claro, invade de lleno el campo de la independencia y exclusividad de la función jurisdiccional y el derecho a un juicio justo e imparcial.

En la doctrina y jurisprudencia norteamericanas se ha apuntado que uno de los factores que más coadyuvan a la indebida publicación de informaciones nocivas previas al juicio y hasta la realización de los llamados juicios paralelos es, precisamente, la actuación de las autoridades encargadas de la investigación. Las informaciones que publican los medios de comunicación suelen tener como procedencia los datos suministrados interesadamente por alguna de las partes e incluso desde instancias oficiales; por su parte, el cruce de declaraciones entre la defensa y las acusaciones favorece el espectáculo mediático en detrimento del debate procesal. En nuestro país, a diferencia de lo que ocurre en aquellas latitudes, incluso las autoridades judiciales se prestan, en ocasiones, a participar del espectáculo ofreciendo ruedas de prensa, haciendo declaraciones o filtrando actuaciones incluso antes de que sean conocidas por los interesados<sup>949</sup>.

Precisamente en lo que se refiere a este supuesto hay que recordar que las autoridades oficiales no pueden invocar derecho o deber alguno a suministrar información pero tampoco las partes de un proceso gozan de total libertad para

---

<sup>949</sup> No parece necesario recordar los excesivamente conocidos casos en que así se ha operado e incluso la sanción que ha impuesto el órgano de gobierno del poder judicial a alguno de sus integrantes. Cuanto menos, el Pleno del CGPJ se ha visto en la obligación de adoptar diversos acuerdos recomendando severamente a sus señorías la imprescindible reserva que debe presidir sus actuaciones y la necesidad de mantenerse apartados del debate mediático. *Vid.* Acuerdo del CGPJ de 5 de noviembre de 1986 y declaración del Pleno del CGPJ de 2 de julio de 1997.

manifestarse respecto de los hechos objetos de un sumario o un juicio o las actuaciones de los intervinientes en el mismo sea el mismo juez o el Ministerio fiscal, las partes, los testigos o peritos —excepción hecha, y con matices, respecto de lo que permita el derecho de defensa del investigado—. El juez, el fiscal, el personal de la administración de justicia o la policía que conocen de tales hechos deben preservarlos al máximo del conocimiento de terceros y cualquier exceso constituye una infracción relevante de su deber, bien de naturaleza disciplinaria, bien penal. No obstante, cabe defender que cuando los asuntos tengan relevancia pública, los medios de comunicación puedan recabar una cierta información por parte de dichas instancias oficiales, y éstas suministrarla, siempre que no comprometan los derechos ajenos y los deberes inherentes a su función pública. En cuanto a los abogados y sus representados, rige como hemos visto, el secreto de sumario externo, de manera que pueden informar sólo acerca de determinados elementos del proceso mientras no caigan precisamente bajo el campo de dicho secreto y durante el resto del proceso, disponen libremente de cuantos hechos relevantes y públicos conozcan. A salvo queda también su libertad de opinión acerca del modo en que se lleva a cabo la instrucción o las actuaciones de las partes o testigos, indudablemente más amplia, pero sin olvidar lo que a este respecto ha advertido el TEDH: los abogados son una figura central en la administración de justicia al situarse en un punto intermedio entre los Tribunales y los ciudadanos, de manera que su libertad de expresión está también restringida en cuanto al modo (circunstancias de tiempo y lugar) y al objeto de su ejercicio en la medida en que resulte necesario para mantener la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia.

Es indudable que la estrategia de la defensa o la acusación, el interés informativo, el empresarial y el del público tienen distinto alcance, y a veces algo difuso, pero junto a todos ellos —especialmente frente a los dos últimos— también rigen el derecho a la intimidad, al honor, a la presunción de inocencia y al juicio justo, cuyos contenidos no pueden afectarse indiscriminadamente. En el caso de las críticas realizadas durante el curso del procedimiento, he dicho que su peligrosidad intrínseca es bastante heterogénea

dependiendo de quien sea el destinatario: las críticas personales al titular del órgano judicial o a su actuación son, no sólo graves, sino potencialmente peligrosas tanto para el derecho a un juez imparcial como, sobre todo, para el prestigio de la institución judicial y la confianza en su función de administrar justicia. Las críticas a la actuación de las partes pueden incidir gravemente en su estrategia, lo que será ciertamente más preocupante en el caso del acusado, por cuanto afecta nuevamente a una de las garantías de su derecho a un juicio justo; tampoco debe desdeñarse las que se dirijan a la acusación, porque pueden alterar sus legítimas pretensiones y resultar, en definitiva, alterada la del acusado. Lo mismo cabe decir de las presiones que se dirijan a los testigos, peritos, etc.: en último término alterarán las estrategias de la defensa o la actuación indebidamente, lo que en último lugar se puede proyectar en la decisión del juez. Este último supuesto, con todo, resulta menos grave genéricamente en relación con el derecho a un juez imparcial y con independencia de su relevancia intrínseca (por cuanto pueden constituir delitos de obstrucción a la justicia del art. 464 CP si, por ejemplo, se cometen con violencia o intimidación).

En definitiva, en algunos casos en que se enfrente la libertad de expresión con los derechos del procesado a la presunción de inocencia (cuya vertiente extraprocesal se tutela a través del honor) y a un juicio justo, la pretensión de acometer una campaña de desprestigio puede lesionar irremediamente dichos derechos y para evitarlos ser preciso prohibir tal clase de publicaciones que, desde luego, no pueden calificarse como supuestos de ejercicio constitucionalmente legítimo. En esos caso la medida prohibitiva (o restrictiva) puede resultar adecuada, necesaria y proporcionada a la tutela.

En el sistema constitucional norteamericano, a falta de un reconocimiento explícito de los derechos al honor y la intimidad, el debate se centra en la forma de conjugar las garantías de publicidad e imparcialidad de la Sexta Enmienda (juicio justo)

con la libertad de expresión y de prensa proclamadas en la Primera<sup>950</sup>. Especialmente importante fue en este sentido la jurisprudencia dictada por el TSFA durante la llamada era Warren, en la que destacan las sentencias de los casos *Irvin vs. Dowd*<sup>951</sup> y *Sheppard vs. Maxwell*<sup>952</sup>, entre otras. En la primera, a propósito de la llamada publicidad perjudicial<sup>953</sup>, se sentaron los criterios para hacer compatibles las garantías de publicidad del juicio e imparcialidad del jurado que conforman la esencia de un juicio justo (“fair trial”); en la segunda se determinaron las medidas que legítimamente debían adoptar los jueces frente a los excesos de información en garantía del derecho a un juicio justo. Es decir, el contenido esencial del derecho a un juicio justo en Estados Unidos lo forman tanto las garantías de publicidad como de imparcialidad y ello no sólo permite, sino que exige que se adopten medidas para evitar el vaciamiento de este derecho cuando existe un riesgo claro e inminente de que la actuación de los medios de comunicación pueda llegar a influir en la decisión del jurado (bien sea a causa de una campaña de prensa, bien por el exceso o tipo de cobertura del caso o por el contenido de ciertas publicaciones). En cualquier caso, no se exige prueba de que efectivamente el jurado haya sido influido en su decisión, pero sí que la conducta entrañe un riesgo real, y se presume que determinada clase de actos, en abstracto, lo comportan, (publicación de antecedentes penales o de pruebas prohibidas) mientras que de otros se debe probar su potencial lesividad en el caso concreto (como es el caso de publicaciones hostiles al acusado).

---

<sup>950</sup> Es significativo que las demandas de los medios de comunicación frente a la adopción de medidas prohibitivas o restrictivas a su actuación por parte de los Tribunales se articularon durante mucho tiempo a través de la Sexta Enmienda (garantía de publicidad) y sólo en un momento muy posterior, a través de la Primera Enmienda. Y, además, cuando se apeló a la Primera Enmienda, se argumentó que era el derecho del público a conocer sobre los asuntos judiciales lo que en mayor medida pesaba en el conflicto, aun por encima del derecho de la prensa a acceder al juicio o publicar sobre el mismo en tanto que asunto público.

<sup>951</sup> 366 U.S. 717 (1961).

<sup>952</sup> 384 U.S. 333 (1966).

<sup>953</sup> Véase EMERSON, T.I., *The System of Freedom of Expression*, op. cit., págs. 459-465.

A modo de conclusión: la mayoría de las conductas que ponen en riesgo la garantía de un juicio justo e imparcial provienen de actuaciones amparadas por el contenido abstracto de los derechos a la libertad de expresión e información. Ello debe ser tenido en cuenta a la hora de valorar la justificación de cualquier medida restrictiva que se pretenda para favorecer la tutela de aquel derecho. En los casos en que se trata de campañas de prensa es más que dudosa la calificación de las diferentes conductas que abarcan como supuestos recogidos bajo el paraguas de protección del art. 20.1 CE. Ello exige un análisis caso por caso y aplicar, en consecuencia, distintos cánones para su eventual prohibición y sanción penales ya que, incluso en los supuestos que no constituyan legítimo ejercicio, el juicio de proporcionalidad debe, en todo caso, proscribir el llamado efecto desaliento sobre los derechos de expresión.