

## I. COMENTARIOS MONOGRAFICOS

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESION: UNA VALORACION (\*)

*SUMARIO: 1. Concepto de la libertad de expresión.—2. Delimitación frente a la libertad de información.—3. Consideración institucional y preferente de las libertades de expresión e información.—4. Los derechos al honor y a la intimidad como límites penales de las libertades de expresión e información.—5. Especial referencia a la relación entre la libertad de expresión y el derecho al honor de los cargos públicos.—6. Nuevo sentido del derecho al honor.—7. Otros límites penales.—8. La libertad de expresión en el ámbito de las relaciones privadas.—9. Doctrina constitucional sobre radiotelevisión.—10. Apéndice. Sentencias citadas.*

### 1. CONCEPTO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Son muchos los aspectos de la libertad de expresión abordados por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) a lo largo de su jurisprudencia. En cambio, el concepto de esta libertad es tratado con bastante parquedad, circunstancia en la que han podido influir tanto el tratarse de un derecho inequívoco, suficientemente conocido en su significado, como la propia precisión del artículo 20.1.a) de la Constitución Española (en adelante CE), al definirlo como derecho «a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción». Poco se puede añadir a lo que dice este artículo. Quede, por tanto, la idea de la aceptación tácita por el TC de esta libertad, como referente a la facultad de transmisión por cualquier medio de lo sentido o pensado por el hombre.

No obstante, hay otros aspectos de este derecho fundamental que sí han sido abordados por el TC. Tal es su —podríamos decir— multifacetismo, al existir diversas manifestaciones de lo que no es otra cosa que un mismo derecho o libertad. Así, la libertad de enseñanza es expresión de la libertad ideológica y religiosa, pero también del derecho a expresar y difundir el propio pensamiento (STC 5/1981, f. 7). Por su

---

(\*) El presente estudio constituye en lo fundamental el contenido de una comunicación presentada a las Jornadas sobre la libertad de expresión, organizadas por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, en Cuenca, noviembre de 1991. Se ha ampliado para dar mayor proyección a algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional (TC), y para recoger otros aparecidos con posterioridad.

Agradezco a los organizadores de estas Jornadas su autorización para dar a la luz el texto que sigue.

parte, el derecho a la libre creación literaria, artística y científica no es sino una concreción de la genérica libertad de expresión (STC 153/1985). Y es que, en efecto, no es sólo el artículo 20 CE quien los relaciona entre sí, sino también cualquier mínima reflexión sobre los mismos. La educación y la creación literaria, artística, científica y técnica son uno de los vehículos a través de los que se transmite el pensamiento humano, por lo que si se reconoce la libre expresión de este último, embebido está el reconocimiento de estas proyecciones. Con ello no quiere decirse que sea inútil este doble reconocimiento, pues el mismo puede servir al mejor afianzamiento de la libertad básica, actuando como recordatorio de que esas muestras son sólo reflejo de ese haz fundante.

Por otra parte, tal y como tradicionalmente había sido considerada por el Derecho constitucional, la libertad de expresión pertenece al grupo de los derechos individuales de inmediato disfrute, que no requieren por parte de los poderes públicos otra postura que la puramente pasiva, esto es, de no cometer actos positivos que los lesionen. Así lo proclama la STC 77/1982, f. 1, al señalar que este derecho y la libertad de información nacen directamente de la CE, por lo que su titular no tiene por qué aguardar a su reconocimiento administrativo para poder ejercerlo. Este pronunciamiento se efectuó en un recurso ante la aparición inmotivada de un nuevo diario el lunes por la mañana, colisionando con el monopolio legal que hasta ese momento ostentaba la llamada «Hoja del Lunes». Por consiguiente, al ser de ejercicio directo, no necesitado de desarrollo legal, le resultan inoponibles los límites provenientes de la anterior legislación, que no estén reconocidos o amparados por la propia CE, como sería el caso del derecho al honor. Esta idea se repite en la STC 53/1983, donde se dice que el depósito previo de las publicaciones, instaurado por los artículos 12 y 14 de la Ley de Prensa e Imprenta de 1966, constituye una censura previa, incompatible con la CE. De estas sentencias se deduce que los límites legales tienen un sentido excepcional cara a la libertad de expresión, y que no pueden existir otros que los que guarden una relación directa o indirecta con lo previsto en la CE.

Quede, por tanto, constancia del reconocimiento del TC de la libertad de expresión como un derecho genérico de libre comunicación, derecho no necesitado de desarrollo legal para un inmediato disfrute. En un momento haremos referencia a otros pronunciamientos que constituyen una matización, excepción o contradicción con esta idea básica.

## 2. DELIMITACIÓN FRENTE A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN

### 2.1. *Distinción subjetiva entre ambas libertades*

Para la mejor comprensión del sentido de la libertad de expresión para el TC, resulta aconsejable examinar su postura respecto a un derecho muy cercano, como es la libertad de información del artículo 20.1.d)

CE. A nuestro juicio, en este punto no reina la claridad deseable, ya que los repetidos intentos por diferenciar una y otra libertad se han producido con diversos equívocos e incongruencias. Así, hay SSTC (6/1981 y 12/1982) en las que se advierte que una y otra libertad son atributos del que gozan todos los ciudadanos por igual. En cambio, hay otras en las que parece introducirse un matiz diferencial. La STC 168/1986 señala que la libertad de información es primordialmente un derecho de la colectividad y de cada uno de sus miembros. Las SSTC 165/1987 y 105/1990 nos hablan de que los derechos del artículo 20 CE tienen un nivel máximo de protección cuando son ejercidos por los profesionales de la información, lo que parece implicar una titularidad cualificada de estos últimos respecto a los ciudadanos comunes. Habría así una cierta vacilación sobre si la titularidad de estos derechos corresponde o no a todos por igual. Nótese que en la STC 6/1981, f. 4, se decía, con buen criterio a nuestro entender, que quienes hacen profesión de la expresión de sus ideas o de la comunicación de información no derivan de ello privilegios.

Aunque volveremos sobre este extremo, conviene señalar el juicio erróneo que supone la diferenciación trazada por las SSTC 165/1987 y 105/1990. Una cosa es que por razón de su oficio sean los profesionales de la comunicación los que más ejerciten estos derechos y disfruten de su protección constitucional, y otra cosa es que su posición sea cualitativamente diferente del resto de los ciudadanos. En la medida que estos últimos ejerciten sus libertades de expresión e información, tienen la misma protección, lo que significa que la titularidad es común a todos ellos, profesionales y no profesionales de la comunicación. La titularidad es radicalmente la misma; lo que varía es el grado de su utilización o ejercicio.

## 2.2. *Distinción material*

Más importante es el intento de diferenciación material entre la libertad de expresión, por un lado, y la libertad de información, por otro. Con ello se ha tratado, sin duda, de dar respuesta a la dicotomía dispuesta en la CE, entre la libertad de expresión, ya referida, y esta otra libertad «a comunicar o recibir libremente información por cualquier medio de difusión», contemplada en el apartado 1.d) del artículo 20 CE.

Mientras que en la STC 13/1985, f. 1, se señala que la libertad de información *constituye en cierto sentido simple aplicación de la libertad de expresión*, lo que a nuestro juicio parece correcto, en la mayoría de los restantes pronunciamientos se opta por una presentación diferenciada. Así, ya antes de dicha STC, la 105/1983 proclama (f. 11) que el artículo 20.1.d) CE *establece un derecho fundamentalmente diverso del consistente en expresar y difundir pensamientos y opiniones*. El derecho de información recae sobre hechos y ampara tanto su comunicación como su recepción. La misma idea se reitera en las SSTC 6/1988 y 51/1989, al indicar que la libertad de expresión recae especialmente sobre ideas y opiniones,

mientras que la de información lo hace con el mismo alcance sobre hechos. De este modo, según se tratase de ideas y opiniones o de simples hechos, entrarían en juego, respectivamente, la libertad de expresión y la libertad de información. Y como manifestaciones de ambos tipos pueden aparecer entremezcladas, habrá de atenderse al aspecto que predomine para la aplicación de una u otra libertad. En la posterior STC 107/1988 se afianza esta distinción, al añadirse que los hechos pueden ser probados, lo que no ocurre con los pensamientos y opiniones, subjetivos y libres, de donde se extrae una importante conclusión, como es que la libertad de expresión tiene una mayor amplitud que la de información, que está sujeta al límite interno de la *veracidad* de los hechos a que se refiere. Así pues, la información que se protege no es toda suerte de información, sino sólo la que resulte *veraz*.

Ahora bien, el TC se hace consciente de los peligros que puede implicar esta fórmula de protección de *información veraz*, lo que podría conducir a un inacabable debate en cada caso sobre si los hechos informados son veraces o no y con qué alcance: ¡cuántas veces recibimos informaciones discrepantes de unos hechos en las que las fuentes respectivas nos aseguran su fidelidad a los mismos! Para evitar este insoluble problema (en último extremo asociado a las libertades de pensamiento y de expresión), el TC proyecta el requisito de la veracidad al plano subjetivo, al *animus* del informador. No se va a demandar que los hechos sean ciertos, reales y objetivos, sino simplemente que la información haya sido transmitida con diligencia por parte del informador, una vez contrastada, en modo a evitar al máximo posible la falacia y la inexactitud. En definitiva, lo que no se ampara es el ejercicio irresponsable, la ligereza en la actuación. Que los hechos sean realmente como consta en la información resulta irrelevante. Así, la STC 6/1988 señalaba (f. 5):

«Cuando la Constitución requiere que la información sea "veraz" no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas —o sencillamente no probadas en juicio— 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. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores, o peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible.»

La misma idea se reitera en la STC 105/1990 (f. 5):

«Lo que el requisito constitucional de veracidad viene a suponer es que el informador tiene —si quiere situarse bajo la protección del art. 20.1.d)— un especial deber de comprobar la veracidad de los hechos que expone, mediante las oportunas averiguaciones, y empleando la diligencia exigible a un profesional.»

A nuestro juicio, este intento de separación entre ambas libertades se queda en un umbral muy brumoso, de escasa utilidad, cuando no productor de confusión. Por un lado, la insistencia de la mayoría de los pronunciamientos en presentar la libertad de información como un atributo primordial de profesionales de la comunicación resulta inaceptable por discriminatoria: toda persona que se sienta motivada a proporcionar información debe poder hacerlo con la misma protección que los profesionales del ramo. Cuestión distinta es el grado de ejercicio práctico de esta libertad, que variará sustancialmente entre unos y otros, igual que varía el grado de utilización de la libertad sindical entre personas afiliadas y no afiliadas a un sindicato, sin que ello suponga menoscabo de los derechos de estos segundos.

Por otro lado, es tautológica y difícil la separación entre hechos —objeto de la libertad informativa— y pensamientos o ideas —objeto de la libertad de expresión—, dada la interdependencia teórica y práctica que existe entre todos ellos, lo que impide las más de las veces aplicar en puridad una u otra libertad separadamente. Y acudir al factor predominante implica dar entrada a otro elemento subjetivo y, por lo mismo, opinable, y sobre todo muestra de por sí que no existe una distinción radical.

Finalmente, decir que en la libertad de información se protege sólo la información veraz, en el sentido subjetivo señalado, es decir o bien poca cosa, o bien algo que puede resultar inquietante desde el prisma de la genérica libertad individual. O el listón de la diligencia o actitud responsable se coloca muy bajo, de tal modo que pueda sortearse sin dificultad, o puede lesionar los derechos del informante, esto es, su derecho a transmitir los hechos o sucesos como él los ve, con la diligencia que él estime apropiada. Aparte de que hay hechos noticiosos cuya pronta transmisión puede desestimular una labor de contraste y confirmación, estimamos que la libertad de información (*rectius* de expresión) ampara incluso al que no observa estas normas deontológicas, en cuanto tales ciertamente encomiables.

Fuera de los casos extremos en que la información sea delictiva o atentatoria contra el honor o intimidad de las personas, para los que ya existen sanciones penales y civiles, la falta de diligencia o actitud responsable no puede merecer ninguna sanción o reproche del ordenamiento jurídico ni una menor protección que la que se dispensa a la actividad más acorde a la corrección profesional, si no se quiere amenazar gravemente a estas libertades. Cabe imaginar la situación de intimidación en que se encontrarían los periodistas y profesionales de los medios de

comunicación si supiesen que una supuesta falta de diligencia en su quehacer informativo resultaría ilícita. No se debe sustantivizar el adjetivo *veraz* del artículo 20.1.d) hasta el extremo que hace el TC.

Por el contrario, la libertad sólo estará asegurada en la medida en que se sepa que —fuera de los hechos gravemente lesivos para la moral o el orden públicos o para terceros— toda actividad informativa resulta legítima. Y esos límites últimos aparecen, precisamente, por la existencia de bienes jurídicos que merecen protección. Lo que es muy distinto de enjuiciar la mera disposición o conducta del periodista. Para éste, la única sanción efectiva es una de carácter no jurídico, no constitucional, el riesgo de ver afectada su buena fama profesional. En una sociedad abierta, gracias a la libertad de expresión, todo informante es consciente de que difundir noticias no debidamente contrastadas, sin garantías de autenticidad, corre el riesgo de que las mismas queden desmentidas por la realidad, y con ello de que los destinatarios de la comunicación comiencen a dudar del comportamiento de quienes les proporcionan esta, en verdad, desinformación. Es la sociedad, la comunidad de interesados en la información, la que puede disponer el castigo más eficaz, como es el de dar la espalda a aquellos periodistas o medios que acaban haciéndose notar por su actuación irresponsable e incontrolada.

Pero dejemos ya este aspecto, aunque posteriormente habremos de volver sobre el mismo al tratar de otro directamente relacionado. Lo que nos interesa señalar ahora es que la libertad de información no es más que una manifestación de la libertad de expresión, proyección de un mismo tronco, que no admite otro régimen jurídico. El artículo 20, apartado 1.d), vendría a ser una concreción de la genérica libertad de expresión del apartado 1.a) del mismo artículo. Esto coincide con la mayor parte de las Declaraciones internacionales de Derecho, como el artículo 10.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, y con los propios pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde se está muy lejos de hacer una separación tan radical: véanse en este sentido sus sentencias de 7 de diciembre de 1976 (caso *Handyside*, en «Boletín de Jurisprudencia Constitucional», núm. 26); de 26 de abril de 1971 (caso *The Sunday Times*, en *idem*, núm. 31) y 8 de julio de 1986 (caso *Lingens*, en *idem*, número extraordinario, Jurisprudencia, 1984-1987).

### 2.3. *Cambios recientes en la doctrina constitucional*

No obstante lo anterior, la reciente STC 197/1991, de 17 de octubre (caso de revelación periodística de las circunstancias personales de los padres naturales de un niño adoptado por una conocida actriz), ha venido a complicar más las cosas, al manejar un concepto de veracidad que parece apartarse del defendido hasta ahora, como actitud subjetiva. En su f. 2 se lee lo siguiente:

«La legitimidad de las intromisiones informativas en el honor y en la intimidad personal y familiar requiere, por consiguiente, no sólo que la información sea veraz, requisito necesario pero no suficiente, sino que la información por la relevancia pública de su contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto a que se refiere...»

El requisito de la veracidad merece distinto tratamiento, según se trate del derecho al honor o del derecho a la intimidad, ya que mientras que la veracidad funciona, en principio, como causa legitimadora de las intromisiones en el honor, si se trata del derecho a la intimidad esa veracidad es presupuesto necesario para que la intromisión se produzca, dado que la realidad de ésta requiere que sean veraces los hechos de la vida privada que se divulgan. El criterio fundamental para determinar la legitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas es por ello la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que, siendo verdadero, su comunicación a la opinión pública resulte justificada en función del interés público del asunto sobre el que se informa.»

El f. 4 nos da una pista suplementaria al señalar que:

«El problema en cada caso es el de identificar los límites que debe soportar el derecho a la intimidad cuando exista un interés público al conocimiento de determinados hechos que pueda legitimar la invasión de la esfera privada del personaje público.»

Uniendo ambos *obiter dicta* puede deducirse que hay dos aspectos indispensables para el legítimo ejercicio de la libertad de información que incida en la intimidad de las personas. Por un lado, se requiere veracidad de los hechos transmitidos, en el sentido de objetividad de los mismos, perdiéndose probablemente el sentido subjetivo anterior, ya que al hablar ahora de veracidad no parece que se esté refiriendo a conducta diligente del informador. Por otro lado, se demanda la presencia de un *interés público* en la divulgación de los hechos. Por tanto, cabe constatar un cambio importante de postura del TC.

Lo anterior se ratifica en la STC 20/1992, donde se indica (f. 3) que

«tratándose de la intimidad, la veracidad no es paliativo sino presupuesto, en todo caso, de la lesión.

(...)

Cuando tal libertad [de información] se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como son el honor y, en este caso, la intimidad, es

preciso para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público».

También, la recentísima STC 40/1992 vuelve a recoger (f. 3) esta idea de divulgación de hechos de relevancia para el interés general.

Por su peligrosa ambigüedad, creemos que este nuevo elemento de interés público puede complicar más que ayudar a fijar la siempre vidriosa e inestable relación entre la libertad de expresión y la intimidad personal. Hablar de interés público en relación a la información dentro de una sociedad definida como pluralista puede dar paso a un peligroso juego de subjetividades de los llamados a proteger estos derechos. A nuestro modesto juicio, es más prudente y seguro atenerse a una concepción restringida de la intimidad personal y perseguir todo lo que incida en la misma, medie o no un supuesto interés público. Esta es precisamente la idea que campea en la Ley orgánica 1/1982, cuyos artículos 2 y 7 ignoran toda referencia a ese elemento. Por eso, y por poner un ejemplo, la utilización de un dispositivo óptico o de escucha para captar la vida íntima de las personas, debe tenerse por ilícita, sin plantearse si existe o no interés público en la captación o divulgación de lo captado.

### 3. CONSIDERACIÓN INSTITUCIONAL Y PREFERENTE DE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

#### 3.1. *Doctrina del TC*

Punto muy importante de la jurisprudencia del TC sobre las libertades de expresión y, especialmente, información, es la visión institucional que mantiene de las mismas. Ya en las SSTC 6/1981, f. 3, y 12/1982, f. 3, se defiende lo que luego va a ser doctrina reiterada, a saber, que estas libertades no sólo se fundamentarían en el legítimo interés de su titular, sino también en el interés general de la sociedad democrática, ya que ésta no existiría sin una opinión pública libre, la cual, a su vez, necesita apoyarse en estas libertades recogidas en el artículo 20 CE.

La STC 159/1986, f. 6, señala que las libertades de expresión e información garantizan una institución fundamental para la democracia, como es la opinión pública libre. Lo mismo se dice de la libertad de información en la STC 165/1987. De esta constatación tan simple, se extrae una consecuencia ciertamente trascendente: el carácter prioritario o preferente de estas libertades, incluso sobre otros derechos fundamentales. Así, en la primera de estas dos sentencias, que contemplaba la imposición de una sanción penal por delito de apología del terrorismo a un medio de comunicación que había difundido un comunicado de la banda ETA, se indicaba (f. 8) que no podía sancionarse a quien se limita a transmitir información, aunque ésta en su contenido tenga relevancia penal, pues las libertades del artículo 20 CE eran elementos indispensables de la democracia. La STC 165/1987 reitera que la libertad de infor-

mación es medio de formación de la opinión pública libre, por lo que ha de tener un carácter preferente, especialmente cuando es ejercida por profesionales (*sic*).

Más claramente todavía, la STC 107/1988, centrada en un caso de imposición de una sanción penal por delito contra el honor (injurias a los jueces por declaraciones de un objetor de conciencia en un diario), reiteraba (f. 2) que la libertad de expresión goza del máximo nivel de eficacia preferente, cuando afecta a un asunto de interés público:

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

(...)

En relación con la segunda de las ideas enunciadas, procede señalar que el valor preponderante de las libertades públicas del artículo 20 de la Constitución, en cuanto se asienta en la función que éstas tienen de garantía de la opinión pública libre indispensable para la efectiva realización del pluralismo político solamente puede ser protegido cuando las libertades se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés público por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen...»

Las SSTC 51/1989 y 121/1989 abundaban en la misma idea, llegando la última a afirmar que la libertad de expresión tiene *un valor superior o eficacia irradiante* al estar ligado al pluralismo político.

Esta preferencia de los derechos del artículo 20 CE aparece condicionada. Así, en la STC 165/1987 se advierte que la misma se pierde cuando la información se distribuye por hojas clandestinas, invirtiéndose entonces su prioridad respecto al derecho al honor. Por su parte, la STC 171/1990, siguiendo lo trazado por la 107/1988, condiciona la preferencia de la libertad de información sobre otros derechos, como el relativo al honor, a que la información recaiga sobre asuntos de interés general y a que la misma sea veraz (f. 5):

«El efecto legitimador del derecho de información, que se deriva de su valor preferente, requiere, por consiguiente, no sólo que la información sea veraz —requisito necesario directamente exigido por la propia Constitución, pero no suficiente—, sino que la información tenga relevancia

pública, lo cual conlleva que la información veraz que carece de ella no merece la especial protección constitucional.»

La veracidad se entiende (f. 8) en el sentido ya sabido de información comprobada, obtenida con diligencia profesional, aunque resulte de exactitud discutible.

Este doble requisito (veracidad e interés público de la información) se confirma en la STC 197/1991, f. 2:

«La legitimidad de las intromisiones informativas en el honor, y en la intimidad personal y familiar requiere, por consiguiente, no sólo que la información sea veraz, requisito necesario pero no suficiente, sino que la información por la relevancia pública de su contenido se desenvuelva en el marco de interés general del asunto a que se refiere. El valor preferente del derecho a la información no significa, pues, dejar vacíos de contenido a los derechos fundamentales al honor o a la intimidad de las personas afectadas por esa información, que han de sacrificarse sólo en la medida en que resulte necesario para asegurar una información libre en una sociedad democrática (art. 20.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Rectius*: art. 10.2).»

(Como ya advertimos en el epígrafe anterior, este *obiter dicta* es difícil de conciliar con el que le precede en la misma STC y fundamento, donde parece darse a entender que la exigencia de relevancia pública sólo se demandaría de la información que afecte a la intimidad, no de la que lo haga al honor de las personas.)

Ha habido casos en que esta defendida prioridad o primacía de la libertad de información ha sido ignorada olímpicamente. Así, la STC 105/1983 (caso Vinader) deniega el amparo a un periodista que había sido condenado por delito de imprudencia por unas informaciones suyas sobre la condición de confidentes de la policía de dos personas, que días más tarde fueron asesinadas por la banda terrorista ETA.

### 3.2. *Consideración crítica de esta posición*

Pero el aspecto tal vez más sobresaliente de la doctrina resumida es su concepción institucional de estas libertades, o sea, el residenciar su fundamento en la condición de elemento indispensable para la existencia de una opinión pública libre, base a su vez de una verdadera democracia. Se trata de una posición seguramente muy influenciada con posición pareja del Tribunal Constitucional alemán y de parte de la doctrina de aquel país.

Sin embargo, a pesar de apadrinamiento tan autorizado (discutido, no obstante, por un buen sector doctrinal), estimamos que tal explicación no puede aceptarse. Ciertamente, parece obvio que estas libertades son condición necesaria para el mantenimiento de una opinión pública libre, pero ello, en sí mismo, es predicable de todas las libertades públicas, que son valores que no sólo se sustentan por sí mismos, sino que constituyen exigencia para una verdadera democracia. La libertad es indivisible y los derechos fundamentales constituyen un haz tan entrelazado que no pueden existir unos sin otros. La libertad de expresión es indispensable para el juego de la opinión pública, pero, a su vez, aquélla sería impensable si no estuviera asegurada la libertad de asociación o de empresa que permitiesen la creación de diarios y otras publicaciones, etcétera. Y estos últimos no serían nada si no estuviese garantizada la libertad de reunión. Por su parte, el derecho a la tutela judicial en bien poco quedaría si para obtener pruebas pudiese allanarse gratuitamente el domicilio de un individuo o violarse en el mismo modo su correspondencia. Y así, una larga cadena de relaciones que lleva en último extremo a la libertad *tout court* y a la dignidad de la persona. Las libertades públicas se implican mutuamente, necesítándose para el disfrute de cualquiera de ellas la observancia de los demás. Es más, esta interconexión ha sido reconocida por el propio TC, quien en STC 20/1990, f. 4, afirma que la libertad ideológica es fundamento de otras libertades y, entre ellas, de las de expresión e información.

E igual interdependencia cabe advertir respecto al mantenimiento del sistema democrático. Primero, porque el mismo es producto de un derecho fundamental subjetivo —derecho de todos a participar en los asuntos públicos, art. 23 en la CE—. La garantía de la democracia no surge *prima facie* como producto derivado de la protección de unas libertades públicas, sino que constituye *per se* contenido de un derecho fundamental, amparado por tanto directamente. Segundo, porque puestos a advertir relaciones de interdependencia de la democracia, resulta que la misma está sujeta a la implantación de la inmensa mayoría de los derechos fundamentales, y no sólo de la libertad de expresión. No podría existir verdadera democracia si cualquiera de los derechos fundamentales no estuviese garantizado. ¿Merecería tal nombre un régimen donde no cupiese crear libremente partidos políticos? ¿O donde los ciudadanos de un credo político determinado pudiesen ser arrestados arbitrariamente? Todas las libertades públicas contribuyen a la existencia de una democracia a la par que la limitan: el principio del gobierno de la mayoría encuentra su frontera en la intangibilidad de las primeras.

Por eso, decir que las libertades de expresión e información son esenciales para la salvaguardia de la democracia, es decir bien poco. Se trata de un común denominador de todos los derechos fundamentales y que por lo mismo no sirve para tipificar a uno en particular. También por ello cae por su base la afirmación del TC de que estos derechos gozan de preferencia sobre los demás. Pues si todos son coadyuvantes del sistema democrático y de libertades, no pueden dibujarse graduacio-

nes entre ellos. Habrá de buscarse un sistema de equilibrio, de conciliación entre todos, sin que ninguno tenga que sacrificarse *a priori* a los otros. No puede afirmarse, como hace nuestro alto Tribunal, que el derecho al honor cede necesariamente ante la libertad de expresión. Primero, porque tal postulado está rechazado por el artículo 20.4 de la CE, que, al contrario, subraya el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límite que no pueden traspasar las libertades de expresión e información. Segundo, porque es inimaginable un sistema de libertades donde el honor de las personas no esté protegido. Si se nos apura, diríamos que el honor, en cuanto expresión de la dignidad personal, es un bien básico sobre el que se construye todo el edificio de los derechos fundamentales.

Pero más preocupante todavía es la sustantivación de valores jurídicos transpersonales en que cae el TC, como consecuencia de esta hipervaloración de la opinión pública libre como fundamento de las libertades de expresión e información. Con ello queremos decir que para el alto Tribunal, estos derechos no sólo son bienes jurídicos individuales, cuyos titulares y beneficiarios son los individuos, sino también, en la misma medida, valores transpersonales, en cuanto enderezados a un bien jurídico colectivo (opinión pública, democracia). Que estos últimos constituyen bienes jurídicos resulta indiscutible, por su amplia aceptación social y por proclamarlo claramente la CE. No es esto lo que quiere criticarse. Sí, en cambio, su *equiparación* con el interés individual a la hora de fundamentar el derecho fundamental comentado. Aunque ya hemos visto que éste, como los demás derechos fundamentales, son requisitos ineludibles para una verdadera democracia, lo cierto es que todos ellos son *ante todo* atributos del hombre, de la persona, y sólo de modo derivado factores del orden social democrático. El reconocimiento de los derechos fundamentales y libertades públicas ha sido y es primerísimamente respuesta a la necesidad de libertad que siente todo individuo, es consecuencia de la creencia de que el ser humano tiene una dignidad innata que le hace merecedor inmediato de un amplio ámbito de autonomía y libertad frente a los demás y, especialmente, frente al Estado. La historia de las declaraciones de derechos se explica por una filosofía individualista, basada ante todo en el ser humano. La Declaración de 1789 se titula de los Derechos del hombre y del ciudadano, entes individuales por excelencia. Lo mismo cabe observar en la mayoría de las Declaraciones internacionales y hasta en la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, reseñada en el epígrafe anterior, muy alejada de tan enfáticas declaraciones. Y así hasta llegar al artículo 10 CE, que se refiere a la dignidad y derechos inherentes a la persona.

Es más, estos derechos fundamentales son también límite infranqueable frente al sistema democrático, entendido como gobierno de la mayoría. De este modo, la libertad de expresión, como cualquier otra, puede existir legítimamente enfrentada a valores democráticos como el interés público, interés mayoritario y opinión pública. Repetimos que

con ello no pretendemos negar que existan valores jurídicos transpersonales. Sí que se les pretenda igualar en rango a los individuales, determinantes del sistema de libertades y, a la larga, de todo el entramado democrático-liberal. Pues cuando se consagran a tan alto nivel esos bienes metaindividuales se corre el riesgo de que los mismos acaben primando sobre los puramente subjetivos. La experiencia enseña que el ensalzamiento desmesurado de bienes colectivos (la patria, la nación, la sociedad sin clases, el partido político) ha acabado por hacer resentirse a los derechos humanos en no pocas ocasiones.

Y éste es el peligro que *servata distantia* acecha tras algunos de los pronunciamientos del TC. Pues la sustantivación de la opinión pública libre, al margen de la pura libertad individual de expresión, en vez de su consideración como producto derivado del ejercicio de esta libertad por los distintos componentes de la sociedad, puede ser el camino de justificación de recortes en la misma o en otros derechos fundamentales. Así, ha habido casos en que lesiones al derecho al honor parecen exculparse por esa contribución a la opinión pública libre que aportarían las libertades de expresión e información (SSTC 107/1988, 51/1989, 20/1990, 65/1991, analizadas en epígrafe siguiente). También cabe referir lo que afortunadamente no pasó de ser un voto particular (en STC 86/1982), defendiendo que el pluralismo político exigiría la conservación de medios de comunicación social en manos del Estado, como con la cadena de periódicos procedente del extinto Movimiento. Aunque se han dado otros pronunciamientos de signo diferente, tal actitud encierra un peligro latente.

Seguramente, tan dilatado ensanchamiento del ámbito de las libertades del artículo 20.1 CE ha venido determinado por el deseo del TC de procurarse un asidero para la revisión de las Sentencias de los Tribunales ordinarios, de otro modo imposible por vedarlo expresamente la LOTC. Si el problema se hubiese ceñido, como es nuestra opinión, a determinar si en un supuesto determinado ha habido o no un delito o una violación del honor, admitiendo incluso una interpretación restrictiva de estas figuras, el alto Tribunal habría resultado incompetente para revisar un problema de legalidad ordinaria, esto es, de la concreta aplicación de los preceptos del Código Penal o de una ley a una conducta. Por ello, cabe imaginar que el TC se ha visto impelido a crear un razonamiento contradictorio y, por lo mismo, recusable, como es admitir que manifestaciones delictivas o en general ilícitas, pueden quedar justificadas por el ejercicio de las libertades mencionadas. La supuesta vulneración de una de éstas posibilitaría la intervención del TC. Pero, aparte de que con ello se ha conculcado (una vez más) lo dispuesto en el artículo 44.1.b) LOTC, lo que no nos resulta aceptable es la conclusión final que se deduce, que es que estas libertades de expresión e información, cuando media un interés público, justifiquen lo que objetivamente resulta una injuria o atentado al honor de las personas.

### 3.3. Recientes sentencias del TC

Escrito lo anterior, tenemos conocimiento de la STC 214/1991, en la que se conoce de un recurso de amparo frente a unas manifestaciones calificadas de racistas (un líder de extrema derecha, en unas declaraciones a una revista, quitaba importancia y ridiculizaba a las acusaciones contra el exterminio de judíos realizado por los nazis en la segunda guerra mundial). Aquí toma cuerpo el temor que sentíamos, ya que la invocación de la opinión pública libre va a utilizarse, junto a otros factores, para legitimar una restricción de la libertad de expresión (ya que tales declaraciones se estimarán ilícitas, según se verá en otro epígrafe). Así, en su f. 6 se lee lo siguiente:

«No obstante lo dicho, el valor preponderante de las libertades del artículo 20 CE 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 una opinión pública libre y plural, alcanzando entonces un máximo nivel de eficacia justificada frente a los derechos de la personalidad garantizados por el artículo 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 y 172/1990).»

La primacía de las libertades de expresión e información queda circunscrita así a los asuntos en que medie un interés general, que contribuyan a una opinión pública libre y plural. Aparte de lo ambiguo del concepto de interés general, especialmente en una sociedad que se define como pluralista y, por ende, con intereses divergentes y contrapuestos, el principio de igualdad ante la ley debiera conducir a la misma protección de la libertad de expresión en todo caso, esté presente o no un interés general, lo cual es también medio de satisfacer la principal *ratio* de este derecho fundamental, que no es otra que garantizar la necesidad de todo individuo de comunicar lo que siente, piensa o cree.

Con esta premisa, y visto el contenido de las declaraciones referidas, el TC realiza una primera toma de postura favorable a su licitud (f. 8):

«... es indudable que las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean —y ciertamente lo son al negar la evidencia de la historia—, quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE), pues, con independencia

de la valoración que de las mismas se haga, lo que tampoco corresponde a este Tribunal, sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos».

Tal pronunciamiento parece irrecusable: las opiniones racistas pueden provocar un abierto rechazo, pero en la medida que son exposición pacífica del pensamiento están amparadas por la libertad de expresión. Sin embargo, acto seguido el TC incide, a través de una pobre argumentación, en un sorprendente cambio de postura, que le lleva a dictaminar la ilicitud de esas opiniones, en cuanto contrarias al derecho al honor de la demandante y de las personas que estuvieron internadas en los campos nazis. Y en este sentido proclama que:

«De otra parte, y en relación con lo anterior, ni la libertad ideológica (art. 16 CE) ni la libertad de expresión (art. 20.1 CE) comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, puesto que, tal como dispone el artículo 20.4, no existen derechos ilimitados y ello es contrario no sólo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana (art. 10 CE).»

Semejante consideración no sólo contradice la previamente transcrita, sino que supone un apartamiento del defendido carácter prioritario de las libertades de expresión e información. Ahora parece que priman las restricciones derivadas de otros derechos constitucionales, cuando antes se subrayaba la subordinación de estos últimos. La piedra de toque de esta mutación reside, claro está, en el contenido de las opiniones en cuestión. Pero, dejando para más adelante otros comentarios, nos parece que la conclusión del TC viene favorecida por su hipervaloración de la opinión pública libre como fundamento de los derechos del artículo 20.1 CE, concepto éste tan elástico y dúctil que lo mismo puede servir para defender un exceso de la libertad de expresión como una restricción de la misma, todo ello apoyado en unos criterios subjetivos no muy idóneos para procurar seguridad jurídica: la amplitud de la libertad de expresión quedará sujeta a la consideración que mantengan los tribunales y, especialmente, el TC sobre su aporte positivo o negativo a la formación de la opinión pública libre (\*).

---

(\*) Al corregir este trabajo, tenemos conocimiento de la STC 85/1992, donde el criterio de la proporcionalidad de las sanciones se utiliza para consolidar y expandir la ya denunciada intervención revisora de los fallos de la jurisdicción ordinaria en delitos de opinión, contraria al artículo 117.3 CE, según advierte el propio voto particular del magistrado Rodríguez Bereijo.

#### 4. LOS DERECHOS AL HONOR Y A LA INTIMIDAD COMO LÍMITES DE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

Esa preferencia de las libertades de expresión e información (desmentida a veces por otros pronunciamientos, como la STC 20/1990, en la que parece reconocerse una primacía para la libertad ideológica del artículo 16.1 CE) y esa sustantivación de la idea de opinión pública libre ha conducido en ocasiones a un tratamiento desafortunado de los límites penales de aquéllas, que son a su vez garantía de otros derechos fundamentales.

Así, en la STC 107/1988 se dirime un caso de imposición judicial de una sanción penal por delito de injurias graves contra la Administración de Justicia, por publicar un artículo en el que se afirmaba, entre otras cosas, que gran parte de los jueces eran «realmente incorruptibles; nada, absolutamente nada puede obligarles a hacer justicia». El TC concedió el amparo y dispuso la anulación de la sentencia por haber vulnerado el derecho a la libre expresión.

No interesan ahora los aspectos estrictamente jurídico-penales, sino los constitucionales barajados por el TC.

En este sentido, el alto Tribunal afirmaba (f. 2) que:

«El reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y comunicación y de comunicar y recibir información ha modificado profundamente la problemática de los delitos contra el honor... en tales supuestos se produce un conflicto entre derechos fundamentales, cuya dimensión constitucional convierte en insuficiente el criterio subjetivo del *animus injuriandi*, tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal en el enjuiciamiento de dicha clase de delitos...

Este entendimiento del citado problema es constitucionalmente insuficiente, por desconocer que las libertades del artículo 20 CE no sólo son derechos fundamentales de cada persona, sino que también significan el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, que es una institución ligada de manera inescindible al pluralismo político...

Esta situación de valor superior o de eficacia irradiante que constitucionalmente ostentan las referidas libertades, traslada el conflicto debatido a un distinto plano, pues no se trata ya de establecer si su ejercicio ha ocasionado lesión, penalmente sancionada del derecho al honor, para lo cual continúa siendo inevitable la utilización del criterio del *animus injuriandi*, sino de determinar si el ejercicio de esas libertades constitucionalmente protegidas como derechos fundamentales actúan o no como causa excluyente de la antijuridicidad.

La integración de esa doble perspectiva obliga al órgano judicial que haya apreciado lesión del derecho al honor a realizar un juicio ponderativo a fin de establecer si la conducta del agente se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión en ejercicio de la cual ha inferido la lesión... atendiendo a las circunstancias del caso concreto...»

De esta transcripción llama la atención la consideración que hace el TC de las libertades del artículo 20.1 CE como causas excluyentes de la antijuridicidad, según se afirma expresamente (la misma idea se reitera en las SSTC 51/1989 y 65/1991). Esto es, cabe que el juzgador aprecie lesión al honor de una persona, que se ha producido lesión penalmente sancionada, pero tras el juicio ponderativo señalado quedaría irrelevante, al resultar justificada la conducta correspondiente por la preeminencia de la libertad de expresión. Al hablar de causa excluyente de la antijuridicidad habría que suponer la presencia de una causa independiente y justa (del tipo de la legítima defensa, obediencia debida, etc.) que determina que el delito, a pesar de contar con todos sus elementos, no se produzca en el caso concreto, precisamente por mediar unas circunstancias justas.

Sin embargo, estimamos que este esquema es difícilmente trasladable a las libertades de expresión e información, sencillamente porque éstas no pueden (no deben) actuar como razón justificadora de una lesión al derecho al honor de las personas, ni siquiera aunque medie un interés público en la información o expresión de ideas, que es lo único a lo que condiciona el TC esta exclusión de la antijuridicidad. Si así fuera, sería tanto como decir que tales libertades amparan, cuando exista un interés público, la injuria, la calumnia, la difamación y demás manifestaciones lesivas del honor. Además, el criterio comentado choca con la protección especial que el artículo 20.4 CE otorga a este último frente a las libertades de expresión e información.

Por el contrario, nos parece más razonable plantear el problema desde otro punto de vista. Tal sería considerar que el quebrantamiento del honor (injuria, calumnia, etc.) no se produce con cualquier manifestación, por penosa que sea para el agraviado, sino tan sólo con aquellas de particular gravedad, que implican una auténtica vejación, un maltrato de la dignidad humana. Esto es, mantener un criterio muy restrictivo de las ofensas al honor. Siempre será dudoso en la práctica si se ha traspasado o no este umbral de la ilicitud: un mismo caso será valorado en distinto modo por distintos juzgadores, todos ellos igualmente honestos y responsables. Pero lo que no cabe duda, a nuestro juicio, es que si se coincide en que se ha producido un atentando al honor (interpretado limitadamente) de una persona, lo que sería igual a admitir su ilicitud, no puede afirmarse acto seguido que sus efectos queden enervados por tratarse de un supuesto de libertades de expresión o información, ejercitadas con un interés público, lo que sería tanto como reconocer que

estas libertades amparan el insulto, la calumnia y otras manifestaciones análogas. La dignidad y el honor de las personas deben estar siempre protegidos, por muchas libertades de expresión y por mucho interés público de que se trate. Estos últimos pueden justificar toda suerte de críticas y descalificaciones, incluso las que resulten mortificantes para sus destinatarios, pero desde el momento en que se traspasa el límite de la humillación, de la vejación desproporcionada, la ilicitud aparece, sin que pueda contrarrestarla el ejercicio de otro derecho fundamental. Pero, como dijimos en el epígrafe anterior, la constitucionalización forzada del problema es la espita por la que el TC se desliza en su tarea revisora de los fallos de la jurisdicción ordinaria.

En cambio, la STC 105/1990 (caso José María García) supone una rectificación digna de mencionarse. Aquí, observamos un importante cambio del TC respecto a posiciones anteriores. Aunque se afirma alguna idea dudosa, como la de máxima protección constitucional de los derechos del artículo 20 CE cuando son ejercitados por profesionales de la información, en cambio merece destacarse su referencia a que

«la Constitución no reconoce un derecho al insulto, que sería incompatible con la dignidad de la persona, siendo así que una cosa es efectuar una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta, y otra cosa muy distinta es emitir expresiones, afirmaciones o calificativos vejatorios desvinculados de la información y que resulten proferidos, gratuitamente, sin justificación alguna».

Este es, a nuestro juicio, el planteamiento correcto: licitud de toda crítica, por mortificante y descalificadora que sea, excepto cuando caiga en el puro vilipendio, ya que esto último es innecesario para aquélla... Idea que se reitera en la precitada STC 171/1990:

«El carácter molesto e hiriente de una información no es límite al derecho a la información. Para excederlo sería necesario el uso de expresiones insultantes, insinuaciones insidiosas y vejaciones innecesarias.»

Felizmente, el mismo criterio se reitera en la reciente STC 85/1992 (f. 4).

##### 5. ESPECIAL REFERENCIA A LA RELACIÓN ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO AL HONOR DE LOS CARGOS PÚBLICOS

Lo antes comentado se manifiesta en otras SS. Así, en la STC 104/1986 se declara viciada una sentencia condenatoria por falta de respeto a la autoridad, por no efectuar la debida ponderación entre el derecho al

honor (art. 18.1 CE) y el derecho (preferente) de libre expresión (art. 20.1 CE), de donde puede deducirse que la supuesta vulneración del honor puede quedar enervada por tratarse de un caso de libre expresión de ideas.

La STC 107/1988, ya referida, atendía un caso de condena por delito de injurias, derivado de un artículo publicado en un diario en el que se decía, entre otras cosas, que nada podía obligar a los jueces a hacer justicia. Aparte de los aspectos antes comentados, sobre los que no es necesario volver, esta sentencia contenía dos importantes *rationi deducendi*. Primero, que además del valor preponderante de las libertades públicas del artículo 20 CE cuando recaigan sobre materias de interés público,

«el derecho al honor se debilita proporcionalmente, como límite externo de estas libertades, cuando sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia, obligados por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general».

De donde se deduce que el derecho al honor de las personas públicas o con funciones públicas (expresión un tanto equívoca) es de menor consistencia que el propio de las personas privadas, esto es, que su sacrificio resulta más factible ante estas libertades. Segundo,

«el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor, consagrado en la Constitución como derecho fundamental, y por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública».

Interesa resaltar en este texto la afirmación de que no hay derecho al honor tratándose de instituciones públicas o clases determinadas, sino una cualidad de menor entidad, como la dignidad y el prestigio, de protección más débil. Idéntico criterio se reitera en la STC 121/1989.

Parece razonable la opinión de que el derecho al honor es un atributo de las personas físicas, sin poder corresponder a colectividades, entes, órganos o instituciones.

La persona humana es, como antes se señaló, la realidad sustantiva más radical, por lo que su dignidad (reconocida en el art. 10 CE) es cualitativamente diferente de la que puede corresponder a las personas jurídicas y a otros sujetos de derechos. De ahí la justicia de reservar el derecho al honor como concepto exclusivamente individual.

En cambio, y aunque no somos penalistas, por lo que nuestra opinión puede ser aventurada, nos parece que el TC incurre en una cierta confusión entre el honor y la correspondiente protección penal de los personajes públicos, y la dignidad o respetabilidad de los órganos e instituciones públicas, y su también correspondiente tutela penal. Los primeros, en cuanto titulares de responsabilidades oficiales o bien con profesiones o actividades dirigidas al público, pueden tener un ámbito más restringido de honor o intimidad que los particulares, y por consiguiente una menor protección penal que estos últimos. Pero esta menor entidad no se produce necesariamente en relación a la dignidad o respetabilidad de los órganos e instituciones públicas. Al contrario, es normal que los Códigos penales protejan con mayor vigor a algunos de estos últimos, no por privilegio personal de su titular, sino porque la injuria, calumnia o desacato no afectan en estos casos a un individuo, sino al propio Estado, que se debe a la sociedad, por lo que un agravio a aquéllos no es un agravio a su persona, sino a la colectividad en su conjunto.

Por eso, nos parece apresurada y errónea la afirmación del TC de que la dignidad de los órganos e instituciones públicas merece menor amparo que la de las personas físicas.

Las mismas objeciones suscita la STC 20/1990. Aquí se juzgaba un caso de condena penal por delito de injurias al Jefe del Estado. En determinado semanario el condenado había publicado un artículo ofensivo para el Rey, en el que se hacían referencias despectivas a su relación con el régimen anterior, con epítetos como «el pasado fascista del Rey» y otras expresiones similares. El TC otorgó el amparo solicitado contra la sentencia condenatoria y declaró su nulidad, por estimar que se había vulnerado la libertad ideológica y la libertad de expresión. Interesa la siguiente valoración (f. 5):

«el escrito enjuiciado examinado en su totalidad y no en la mínima parte que se recoge en los hechos declarados probados, se desprende que no rebasa los límites que los artículos 16.1 y 20.4 de la Constitución establecen para las libertades y derechos fundamentales que en ellos se garantizan. Ciertamente que, tomando únicamente en todo el artículo las frases recogidas en los hechos probados, la conducta de su autor podría ser encuadrada en el tipo penal por la Sentencia recurrida y, pese a la desproporcionada sanción que al mismo corresponde, nada podría hacer este Tribunal para mitigar una condena ajustada a la Ley; pero si como se ha señalado en el fundamento primero de esta Sentencia, el artículo tenía la finalidad que allí

se ha destacado y las palabras despectivas para S. M. el Rey se han utilizado, contrariando sin duda el respeto debido a la más alta Magistratura del Estado, con la finalidad prevalente de robustecer la idea crítica que preside todo el artículo, tales palabras, rechazables moral y socialmente por innecesarias, injustas y contradictorias con una conducta que ha merecido la adhesión mayoritaria del pueblo español y que ha hecho posible la transición política y la consolidación democrática, según se reconoce incluso en el propio recurso de amparo, no pueden ser sancionadas con una condena penal sin vulnerar las libertades invocadas por el recurrente...»

Se achaca a la sentencia condenatoria no haber valorado adecuadamente la libertad de expresión, ya que

«olvida que “la faceta injuriosa” o las “palabras despectivas” utilizadas no constituyen más que un argumento del autor para reforzar la tesis crítica que mantiene en todo su artículo».

No comprendemos muy bien cómo tras admitir que *tomando las frases recogidas en los hechos probados, la conducta de su autor podría ser encuadrada en el tipo penal...*, se acabe defendiendo su irrelevancia penal por el mero hecho de haber buscado su autor *robustecer la idea crítica que preside todo el artículo*, ni que la *faceta injuriosa* quede neutralizada por *reforzar la tesis crítica*. Pensamos que si hay faceta injuriosa, si hay expresiones encajables en el tipo delictivo correspondiente, su ilicitud penal no puede quedar enervada por el ánimo crítico del que las profiere. Y menos comprendemos ese olvido de la importancia de asegurar el respeto a la máxima magistratura del Estado, no por su interés personal, sino por el de toda la sociedad, a la que representa. (Obviamente no estamos enjuiciando los hechos, a lo mejor no merecedores de sanción penal, sino de la argumentación del TC.) Comentario parecido podría hacerse también en relación a la STC 51/1989.

## 6. NUEVO SENTIDO DEL DERECHO AL HONOR

Como hemos visto al citar las SSTC 107/1988 y 121/1989, el alto Tribunal mantiene, ha mantenido, una concepción personalista del derecho al honor de tal modo que sólo sería referible a personas individualmente consideradas. Sin embargo, recientemente la STC 214/1991, ya mencionada (caso de declaraciones de carácter racista de un líder de extrema derecha publicadas en una revista), ha venido a alterar radicalmente este panorama. El TC, tras recordar su doctrina pretérita, manifiesta (f. 6):

«Ahora bien, lo anterior no ha de entenderse en sentido tan radical que sólo admita la existencia de lesión del derecho al honor constitucionalmente reconocido cuando se trate de ataques dirigidos a persona o personas concretas e identificadas, pues también es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que, aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros y componentes siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad. Dicho de otro modo, el significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para que tengan protección constitucional, hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados *ad personam*, pues, de ser así, ello supondría tanto como excluir radicalmente la protección del honor de la totalidad de las personas jurídicas, incluidas las de sustrato personalista, y admitir, en todos los supuestos, la legitimidad constitucional de los ataques o intromisiones en el honor de las personas, individualmente consideradas, por el mero hecho de que los mismos se realicen de forma innominada, genérica o imprecisa.»

A pesar de su confuso disfraz lingüístico, el texto acotado no consigue disimular el marcado cambio de criterio: de la anterior concepción individualista del honor —enteramente acorde con el art. 18.1 CE y con la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo— se pasa a una omnicomprendiva, donde se amparan la vertiente subjetiva y la colectiva. La frase *también es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que, aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando éstos sean identificables...* es bien elocuente de que el honor puede ostentarse por colectividades y grupos. Máxime si se mantiene un sentido tan amplio de estos últimos como hace el TC. Y si la exigencia de que la vulneración del honor colectivo trascienda a sus miembros es tan laxa como la reconocida en el caso examinado: unas manifestaciones genéricamente dirigidas contra el pueblo judío se han estimado que repercutían sobre una persona de esta raza o religión. Véase la ilación que se realiza de uno y otro aspecto en el f. 8:

«Pero también es indudable que en las declaraciones publicadas, el demandado no se limitó a manifestar sus dudas sobre la existencia de cámaras de gas en los campos de concentración nazis, sino que en sus declaraciones, que han de valorarse en su conjunto, efectuó juicios ofensivos

al pueblo judío (“... si hay tantos ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios...”; “... quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos, los inventan...”), manifestando, además, expresamente su deseo de que surja un nuevo Führer (con lo que ello significa en cuanto al pueblo judío a la luz de la experiencia histórica). Se trata, con toda evidencia, de unas afirmaciones que manifiestamente poseen una connotación racista y antisemita, y que no pueden interpretarse más que como una incitación antijudía, con independencia de cualquier juicio de opinión sobre la existencia de hechos históricos. Esta incitación racista constituye un atentado al honor de la actora y al de todas aquellas personas que, como ella y su familia, estuvieron internadas en los campos nazis de concentración, puesto que el juicio que se hace sobre los hechos históricos, desgraciados y aborrecibles, por ella sufridos y padecidos...  
 ... Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean...»

La correlación que se traza entre ambos aspectos (ataques a un pueblo) y lesión del honor de individuos concretos es bastante torpe y sin poder de convicción. No comprendemos cómo una genérica incitación racista puede repercutir en el honor de personas determinadas: ¿qué se deja entonces para las imputaciones y ofensas nominativas?

Da la impresión de que no habiendo encontrado el TC ningún instrumento legal para sancionar en sí mismas a manifestaciones racistas o antisemitas, ha recurrido a este sucedáneo del honor de personas individuales, que se vería afectado por una repercusión de este tipo de declaraciones, repercusión tan indirecta que se nos hace inaprehensible.

Pero con ello la libertad de expresión se resiente seriamente. Surge el temor de que una crítica aguda contra un grupo o colectividad pueda perseguirse por supuesta lesión del honor de uno de sus componentes. Se dirá que este reflejo indirecto sólo aparece ante ofensas muy graves, como las comentadas. Pero aun así, la amenaza no debe desecharse. Piénsese en los diversos y, a veces, despiadados dicerios que se han dirigido y se dirigen contra pueblos, naciones, sociedades, grupos, etc., y que no por ello se han estimado ilícitos. ¿Pasarían a ser por inducción antirracista ilegales? Y, en todo caso, ¿dónde empieza el nivel de gravedad que determina que esas ofensas repercutan sobre personas *uti singuli*? Por otro lado, no estamos enteramente convencidos de que una simple manifestación o doctrina de cariz antisemita o racista tenga que ser en sí misma inconstitucional. Podrían serlo aquellas manifestaciones que hicieren *apología* del racismo o xenofobia, o que incitaran a la violencia

contra grupos o razas determinadas, o conductas semejantes, pero ello siempre previa tipificación del ilícito, según contempla el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por tanto, se debería perseguir la conducta en sí misma, por su particular violencia, pero al margen de esa irreal vinculación con el derecho al honor de personas determinadas.

## 7. OTROS LÍMITES PENALES

El TC ha tenido también ocasión de enfrentarse con otros límites de la libertad de expresión no derivados del quebranto de derechos ajenos, sino de la transgresión de valores no estrictamente personales, como la «moral pública». La cuestión tiene su importancia, porque si se observa el artículo 20.4 CE parece que los únicos límites, salvo los debidos a la *protección de la juventud y de la infancia*, son los constituidos por otros derechos fundamentales o en íntima relación con los mismos.

Precisamente, la STC 62/1982, de 15 de octubre, utilizó esa referencia a la *protección de la juventud y de la infancia* para legitimar que la moral pública pudiese esgrimirse como límite de la libertad comentada. Esta Sentencia conoció de un recurso de amparo contra una condena penal por delito de escándalo público, por la publicación del libro *A ver*, supuestamente destinado a la educación sexual infantil, pero en el que se encontraron textos y fotografías que —también supuestamente— excedían de esa finalidad, recayendo en lo pornográfico.

El TC manifestó (f. 3) que la moralidad pública podía constituir un límite a la libertad de expresión, al proclamarlo así diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, como el Convenio Europeo de Roma de 1950, a la luz de los cuales (art. 10.2 CE) debían interpretarse las disposiciones constitucionales. Más en concreto, los artículos 10.2 y 18 de dicho Convenio exigían como requisitos para que ese elemento pudiese afectar a la libertad de expresión que las medidas estuviesen dispuestas por la ley, que las mismas fuesen necesarias para la consecución de los fines admitidos por dichos artículos (entre los cuales la moral pública), y que su aplicación no se efectuase más que para los objetivos para los cuales nacieron. Tras manifestar cumplida esta última exigencia, al haberse aplicado un tipo delictivo destinado a la protección de la juventud y la infancia a hechos probados, se aborda lo que desde nuestra perspectiva puede resultar más interesante, a saber, el *concepto de medida necesaria para la protección de alguno de los bienes comprendidos en el artículo 10.2 del Convenio de Roma, en este caso de la moral*. Tras advertir que la creación de tipos penales *no puede calificarse de incorrecto en un Estado democrático en el que debe tenderse a que el poder judicial sea el competente en materia de límites de derechos fundamentales*, se añade (f. 5) que

«... para determinar si las medidas aplicadas eran necesarias para el fin perseguido, hemos de examinar si se han ajustado o si han infringido el principio de proporcionalidad. La Sala no ignora la dificultad de aplicar en un caso concreto un principio general de Derecho que, dada su formulación como concepto jurídico indeterminado, permite un margen de apreciación. El Tribunal entiende que debe respetar este margen de apreciación que corresponde a los jueces y tribunales, a quienes corresponde también la tutela general de los derechos fundamentales y libertades públicas...

Este Tribunal ha de limitarse por tanto a abordar la cuestión planteada desde la perspectiva constitucional. Y desde ella debe afirmar, partiendo del artículo 20.4 de la Constitución y de la legislación postconstitucional como es la Ley 1/1982, de 24 de febrero, que la pornografía no constituye para el Ordenamiento jurídico vigente, siempre y en todos los casos, un ataque contra la moral pública en cuanto *minimum* ético acogido por el Derecho, sino que la vulneración de ese *minimum* exige valorar las circunstancias concurrentes y, entre ellas, muy especialmente tratándose de publicaciones, la forma de publicidad y de la distribución, los destinatarios —menores o no— e incluso si las fotografías calificadas contrarias a la moral son o no de menores, y el texto en la parte que se califique así trata de actuaciones o no de menores, pues no cabe duda que cuando los destinatarios son menores —aunque no lo sean exclusivamente— y cuando éstos son sujeto pasivo y objeto de las fotografías y texto, el ataque a la moral pública, y por supuesto a la debida protección a la juventud y a la infancia, cobra una intensidad superior».

Por tanto, se proclama que la libertad de expresión ampara, en principio, actividades como la pornografía, pero que las circunstancias concurrentes pueden convertirlas en ilícitas e incluso penalmente sancionables cuando se afecten factores especiales de la moral pública, como la protección de la infancia y la juventud.

Tal criterio resulta plausible en términos generales. Sin embargo, el *obiter dicta* reproducido incurre en cierta confusión, en cuanto parece equiparar la difusión de pornografía entre jóvenes y niños con la publicación de pornografía infantil dirigida a adultos. A nuestro juicio, la primera demanda su persecución legal en todo caso, cualquiera que sea el contenido pornográfico, y en este sentido constituye una restricción a la libertad de expresión. La segunda, en cambio, no debiera ser ilícita en su manifestación de difusión o publicidad, ya que va destinada a adultos, sino, en su caso, desde otro punto de vista, como es la simple utilización del cuerpo de niños y jóvenes para captar imágenes, fotografías, vídeos,

etc. En este segundo caso, no se persigue la difusión de imágenes o textos sino su captación. No está en juego la libertad de expresión, sino otros valores distintos.

Por otro lado, el mismo fundamento de protección de la juventud y la infancia se va a utilizar para admitir ciertas restricciones administrativas y medidas de policía sobre espectáculos públicos y otras manifestaciones de la libertad de expresión. Así, en la STC 49/1984 se señala (f. 4) que

«la calificación de películas "X", esto es, pornográficas o que realicen la apología de la violencia, se configura como un fenómeno de intervención, de carácter negativo, restrictivo de unas actividades, que se hace eficaz mediante limitaciones [sólo podrán proyectarse en salas "X", a las que no tienen acceso los menores (art. 1.º), presiones fiscales, a través de una exacción parafiscal (art. 3.º) y agravación de un impuesto (art. 4.º) y exclusión de todo tipo de ayuda, protección o subvención del Estado]. Todo este conjunto, ligado a la calificación, se orienta a la protección de un bien institucionalizado, como es la protección de la juventud y de la infancia (art. 20.4 y, en su caso, art. 39.4 de la CE), en relación a la sensibilidad moral del espectador medio. Se trata en este caso de una intervención coactiva de signo policial y de medidas negativas desestimadoras de una actividad».

Lo mismo viene a manifestarse en la STC 153/1985 (f. 5), respecto al establecimiento de prohibiciones de acceso a los espectáculos públicos por razón de la edad del espectador:

«Los mencionados derechos [expresión y comunicación] se hallan sujetos a las limitaciones establecidas en el artículo 20.4 de la Constitución, entre las que se encuentra la protección de la juventud y de la infancia. La limitación por razón de la edad, contenida en el Decreto impugnado, corresponde claramente a esa finalidad, como, aunque con distinto sentido e implicaciones competencias, se reconoce en los escritos de ambas partes.»

## 8. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES PRIVADAS

Otro importante aspecto de la doctrina del TC sobre los derechos fundamentales del artículo 20.1 CE es el de su forma de operar en el ámbito privado. Pues ciertamente, en el ámbito público la cuestión es relativamente sencilla: no puede perseguirse ni sancionarse ninguna

expresión o comunicación de ideas, pensamientos o hechos, salvo los que impliquen vulneración de los límites ya comentados. La libertad, entendida en su más amplio sentido, es el principio general; la restricción opera como algo excepcional. En cambio, la cuestión se complica en las relaciones entre particulares: ¿puede el profesor imponer alguna sanción contra el alumno que supuestamente le ofende en una clase?, ¿puede el empresario hacer lo propio con el empleado que provoca su público desmerecimiento?, ¿puede la dirección de un partido político adoptar una medida disciplinaria contra un militante que hiciese pública denostación de la actuación del partido o de sus dirigentes? La lista de ejemplos puede alargarse tanto como se quiera. Lo importante ahora es retener que el problema cobra aquí un nuevo cariz, por la sencilla razón de que entran en juego otros derechos y valores: la libertad de organización del empresario, la libertad docente del maestro, la autonomía del partido político, la buena marcha del establecimiento o empresa, etc. La expresión de ideas, opiniones y comentarios ya no es, sin más, ejercicio de una libertad pública, pues no se produce frente a los poderes públicos sino frente a particulares. En el plano público todos los ciudadanos son estrictamente iguales y por ello se impone la libertad en su más amplio sentido; en el privado, los ciudadanos se transforman en titulares de relaciones de supra y subordinación, por lo que no cabe pedir de los que figuran en tales relaciones un comportamiento equiparable al que se produce en el primer plano. Por esto mismo, incluimos en este apartado, a pesar de tratarse de una relación jurídico-administrativa, no privada por tanto, a la libertad de expresión del funcionario público en relación al Estado en cuanto empleador suyo.

La STC 81/1983 supueso un buen comienzo sobre este tema. Se trataba de decidir la constitucionalidad de una condena judicial impuesta a un inspector de policía que había difundido una nota informativa en su condición de representante sindical; acusando a sus mandos de incapacidad profesional y de violación de derechos de un compañero. En este caso, el TC manifiesta que

«la estructura interna del Cuerpo Superior de Policía al que pertenece como inspector el recurrente y la misión que el artículo 104.1 de la CE atribuye, entre otras, a dicho Cuerpo, obligan a afirmar que la crítica a los superiores, aunque se haga en calidad de representante y de autoridad sindical y en defensa de los sindicatos, deberá hacerse con la mesura necesaria para no incurrir en vulneración a este respecto debido a los superiores y para no poner en peligro el buen funcionamiento del servicio y de la institución policial. El normal funcionamiento del Cuerpo Superior de Policía exige que sus miembros estén sujetos en su actuación profesional a los principios de jerarquía y subordinación».

En definitiva, se deniega el amparo por entender que la relación de servicios propia de un policía, como en general la de cualquier empleado público, implica unos derechos y deberes especiales, entre los cuales el respeto debido a los superiores jerárquicos, lo que comporta la ilicitud de unas declaraciones que a lo mejor no lo serían fuera de este contexto: la simple crítica debe ser *mesurada*. Adviértase, no obstante, que esta restricción de la libre expresión se justifica en la misión específica de la policía, por lo que cabe preguntarse sobre la situación de otros servidores públicos, no policías, para el TC.

Pronunciamiento parecido se produjo en la STC 120/1983. Se trataba del caso de dos trabajadores despedidos por la dirección del colegio privado en el que prestaban sus servicios, por haber difundido un comunicado dirigido a los padres de los alumnos en el que se denunciaba una serie de irregularidades en dicho centro. El TC denegó el amparo, manteniendo la licitud de la sanción citada, por estimar vulnerado el debido ejercicio de los derechos conforme a la buena fe. En este sentido, señaló (f. 2) que:

«La existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de dicha relación... No cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad, con su significado omnicomprendido de sujeción del trabajador al interés empresarial... pero ello no exime de la necesidad de un comportamiento mutuo ajustado a las exigencias de la buena fe...»

Por tanto, la conclusión que se extrae es la diferencia significativa de la libertad de expresión según opere dentro o fuera de relaciones contractuales, lo que es indicativo de la diferencia básica entre el ámbito público y el privado.

Postura distinta se mantuvo en la STC 88/1985, que marcaría el inicio de una tendencia luego consolidada. Aquí se conoció del despido de un médico, trabajador de un hospital psiquiátrico, que en un programa televisivo había manifestado críticas muy diversas contra su gestión, como la relativa a la regresiva situación asistencial, etc. Aunque el despido fue declarado improcedente por la Magistratura de Trabajo, el empresario pudo eludirlo a cambio de indemnizar al trabajador, al amparo de lo dispuesto en este sentido por el Estatuto de los Trabajadores. El TC declaró el despido nulo, con nulidad radical (categoría no prevista en la legislación vigente), imponiendo así la readmisión del médico. En justificación de esta medida, adujo que

«la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación por una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre otros el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones...».

Se reconoce, no obstante, que la libertad de expresión debe ejercerse conforme a las exigencias de la buena fe, pues

«la emisión o difusión de opiniones en forma desajustada a lo que constituye una regla de general observancia en el tráfico jurídico convierte en ilícito y abusivo el ejercicio de la libertad de expresión, pudiendo por consiguiente entrar en juego el cuadro de responsabilidades contractuales derivadas del incumplimiento del deber de buena fe».

En estas palabras se observa una contradicción. Pues si bien es cierto que en cuanto ciudadano todo individuo conserva indemne la libertad de expresión, ello es precisamente en tal condición de ciudadano, pero en cuanto el mismo sea parte de una relación contractual, está ya afectado por esa exigencia de buena fe, pudiendo desencadenarse responsabilidades contractuales, cosa que no ocurre en el supuesto general.

Pero, además, el TC realiza una aplicación de lo anterior un tanto desconcertante en el caso sometido. Aprecia, de la propia carta de despido remitida por el empresario, que los hechos que lo motivaron fueron las declaraciones televisivas, lo que revelaría que él mismo no derivaba de la transgresión de las reglas de comportamiento laboral, sino *del ejercicio por el demandante de su libertad de expresión*. Aunque la Magistratura de Trabajo no vio en dichas declaraciones lesión de las exigencias contractuales y declaró el despido improcedente, tal actitud resultaría reprobable por insuficiente para el TC, pues al conllevar esta declaración, según el Estatuto de los Trabajadores, la facultad del empresario de eludir la readmisión mediante indemnización, ello implicaría un menoscabo de derecho a la libre expresión del trabajador.

La solución del TC, aparte de distanciarse de fallos anteriores, no resulta convincente por las razones que, expuestas muy en síntesis, serían las siguientes. Primera, no se puede contraponer libertad de expresión e incumplimiento de las obligaciones contractuales, pues precisamente lo que se dilucidaba era si las declaraciones ante la televisión constituían transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, que según el artículo 54.1.f) del Estatuto de los Trabajadores es un supuesto de incumplimiento contractual, merecedor de despido disciplinario. Segunda, el Magistrado cumplió con su deber, pues precisamente por estimar que las manifestaciones públicas del médico no encerraban una falta de lealtad dispuso la única medida que contemplaba la legislación para este supuesto: consideración de despido improcedente, siendo, por tanto, una resolución ajustada a la ley. O bien esta última (o sea, el

Estatuto de los Trabajadores) resultaba constitucional, en cuyo caso la constitucionalidad de la primera era consecuencia natural, haciendo improcedente el amparo, o bien la ley era inconstitucional, en cuyo caso habría que declararlo así, según lo exigido por el artículo 55.2 LOTC. Tercera, como consecuencia de lo anterior se transformó un (real) conflicto jurídico-laboral en un (ficticio) conflicto sobre derechos fundamentales. Aquí, no se persigue unas supuestas sanciones impuestas al interesado en su condición de ciudadano, sino unas sanciones privadas derivadas de una relación jurídico-privada. Si las declaraciones en cuestión hubiesen quebrantado realmente la buena fe contractual, el juez debería haber admitido la legalidad del despido disciplinario, de lo que se deduce que por sí mismo este tipo de sanción no es contrario al derecho fundamental del artículo 20.1.a) CE. Cuarta, se produce como secuela de esta STC una desigualdad de trato entre distintos supuestos del despido disciplinario del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores. Si éste es estimado como improcedente por el juez, cuando medie la libertad de expresión motiva la readmisión imperativa, sin posible despido indemnizado; pero si se trata de otro caso de despido improcedente, en que no esté presente este derecho fundamental, la consecuencia es abiertamente diferente. En definitiva, unos hechos valorados en principio por el legislador como merecedores de las mismas medidas, acaban recibiendo soluciones diferentes. ¿Qué pasaría ante un caso de falta repetida de asistencia al trabajo —art. 54.2.a) del Estatuto de los Trabajadores—, supuestamente motivada por ejercer otro derecho fundamental, como el de asociación política? Finalmente, cabe reprochar al TC su conversión en legislador al innovar una medida —despido nulo con nulidad radical— no prevista en el ordenamiento vigente.

La doctrina comentada se confirma en la STC 6/1988. Aquí se ventilaba un recurso de amparo contra una sentencia del Tribunal Supremo que decretó la procedencia de un despido disciplinario, dispuesto por el Ministerio de Justicia contra un redactor, contratado al servicio de su Oficina de Prensa, que había puesto en conocimiento de una agencia de noticias, y de esta forma difundido, ciertas irregularidades observadas en dicho Ministerio, como la «filtración» interesada de ciertos hechos y noticias en favor de algunos medios de comunicación. El despido se había practicado al amparo del artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores (transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza).

El TC admite, en principio, que la libertad de expresión puede quedar restringida cuando se pretende ejercer dentro de una relación contractual. Así, advierte (f. 6 y 7) que

«no es menos cierto que la existencia de una relación contractual entre trabajadores y empresarios genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condicionan el ejercicio de la libertad considerada, de modo que —como en otra ocasión dijéramos respecto de la libertad

de expresión— manifestaciones de tal libertad que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo, necesariamente, dentro del ámbito de esa relación contractual...

Dada la primera perspectiva apuntada, el cumplimiento leal y de buena fe de las obligaciones dimanantes del contrato laboral proscribire, sin duda, cualesquiera actuaciones del trabajador intencionalmente dirigidas a inferir un daño moral o material al empleador, supuesto éste en el que, ocioso es decirlo, el fraude, la deslealtad o la conducta realizada con abuso de confianza no podrían buscar amparo bajo norma constitucional declarativa de derecho alguno».

Sin embargo, por otro lado se defiende que:

«Esta libertad, sin duda, no podrá invocarse lícitamente para romper el marco normativo y contractual de las relaciones jurídico-privadas, pero tampoco los principios que informen a estas últimas, y que preservan el honesto y leal cumplimiento por las partes de sus obligaciones respectivas, podrán entenderse en términos tales que se impida, más allá de los imperativos propios impuestos por el contrato, el ejercicio de la libertad civil que la Constitución preserva.»

Con estas premisas el TC revisa la procedencia del despido, dictaminando su nulidad, con nulidad radical, por entender conculcada la libertad de información —art. 20.1.d) CE— del redactor. A estos efectos, se apoya en dos consideraciones: por un lado, no apreciar *animus nocendi* en la conducta del recurrente y, por otro, estimar que el derecho a la libre información resultaba invocable al haberse cumplido la exigencia de haber actuado con diligencia al proporcionar la información.

Si se deja al margen la revisión de la valoración de los hechos por el Tribunal Supremo, efectuada por el TC, y la discutible solución de la nulidad radical del despido, no parece haber nada criticable en lo anterior: se considera que no se produjo quebranto de la lealtad laboral, por lo que el despido se hace improcedente. Más preocupante es, en cambio, lo que se afirma en el f. 9:

«... sí que importa subrayar que el deber de buena fe que pesa sobre el trabajador no se puede interpretar en términos tales que vengan a resultar amparadas por esta exigencia de honestidad y de lealtad en el cumplimiento de las obligaciones, situaciones o circunstancias que, lejos de corresponderse con el ámbito normal y regular de la prestación de trabajo, supondrían desviaciones de tal normali-

dad, merecedoras, acaso, de la reacción que a todos los ciudadanos cumple para hacer valer el imperio de las normas, cuando se aprecie una contravención del ordenamiento, o para hacer llegar a la opinión pública la existencia de eventuales anomalías que —aun no constitutivas, en sí, de ilicitud alguna— sí pudieran llegar a poner en juego el principio de responsabilidad que pesa sobre todos los poderes públicos. Difícil es, en tales casos, poner la buena fe al servicio del silencio, sin matices, del trabajador, y el mismo Tribunal Supremo lo ha reconocido así en la Sentencia impugnada, al aludir a cómo el trabajador “pudo haber dado cuenta al Ministerio Fiscal, a los efectos que en Derecho hubiese lugar” (fundamento jurídico 4.º). Que tal posibilidad existiera no descarta, sin embargo, la legitimidad del ejercicio de la libertad de información que a todos corresponde, libertad que, en las circunstancias dichas, no resulta debidamente amparada cuando, como aquí ocurrió se condiciona su ejercicio a un inexcusable deber de “preaviso”».

De este largo pronunciamiento parece deducirse que el conocimiento de irregularidades o anomalías en un servicio público permite su difusión y publicidad no sólo a terceros, sino también a los funcionarios y empleados del organismo en cuestión. El interés público de la materia y el derecho a la libre información ampararían su divulgación tanto por los ciudadanos en general —lo que parece irreprochable— como por el propio personal del ente u organismo en que se produzca el vicio o irregularidad, siendo esto último lo cuestionable. Y lo es porque supone hacer tabla rasa de la obligación de reserva de los servidores públicos de los asuntos que conozcan por razón de su oficio o cargo, y de la de lealtad con sus superiores, ambos elementos indispensables para la buena marcha de cualquier organización, por lo demás recogidos en la vigente legislación —arts. 76, 79 y 80 de la Ley articulada de funcionarios civiles del Estado, de 1964, y 54.1.d) del Estatuto de los Trabajadores—.

Ciertamente es muy loable que la opinión pública pueda conocer cualquier aspecto concerniente a la *res publica*, tanto lo legal como lo ilegal, lo regular como lo irregular. Pero ello no debiera servir de justificación para cualquier incumplimiento de esos deberes de lealtad y reserva a los que nos hemos referido. Con o sin *animus nocendi* la difusión de hechos concernientes a la propia organización pública en que se trabaja, fuera de los casos autorizados, implica una falta disciplinaria que en cuanto tal merece una sanción, sin que importe ahora cuál haya de ser. Tal sanción no puede atentar contra la libertad de información, porque siendo ésta atributo del ciudadano en cuanto tal, aquélla se mueve en un plano distinto, como es la relación contractual o de servicios. ¡Pobre Estado si cada vez que un funcionario público advirtiese algo irregular

en la conducción de los asuntos oficiales se sintiese habilitado para airearlo! Máxime si incluso se presenta esa difusión como algo meritorio, según hace el TC con referencias como la de ... *merecedores de la reacción que a todos los ciudadanos cumple para hacer valer el imperio de las normas...* o la relativa a las anomalías que requieren su reparación como su conocimiento por la opinión pública, a cuyo servicio está la libertad consagrada en el artículo 20.1.d) de la Constitución (aquí vuelve a aparecer el peligro de la deificación de la opinión pública). A nuestro entender, aunque falte el *animus nocendi*, y aunque la acción esté presidida por el deseo de tener informada a la opinión pública sobre irregularidades en la actuación de un poder público, es inaceptable y debe sancionarse la quiebra del deber de reserva y lealtad, fuera, claro está, de la denuncia de la misma por los cauces pertinentes. Una democracia para ser firme debe asentarse en la convicción de que los derechos van acompañados de obligaciones; requiere la presencia de ciudadanos maduros y responsables, conscientes de los límites que en ocasiones pueden tener sus derechos y de sus propias obligaciones, como condición del respeto al derecho de otros.

#### 9. DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE RADIOTELEVISIÓN

Finalmente, debemos referirnos a la posición del TC sobre la radio y la televisión, sin duda uno de los aspectos más significativos habida cuenta de la importancia de estos medios para la transmisión de ideas, opiniones y hechos.

Uno de sus primeros pronunciamientos (STC 12/1982) fue en torno al conocido recurso de amparo interpuesto por Antena 3, que había visto denegada, por silencio administrativo, su solicitud de disponer de una televisión privada, antes por supuesto de admitirse su creación por la Ley 10/1988, de 3 de mayo. El TC parte (f. 3) de que el derecho a crear soportes o instrumentos de comunicación *presenta indudables límites*, entre los que cita la necesidad de no impedir el ejercicio de los mismos derechos por los demás ciudadanos, vista la tendencia oligopolística de algunos medios, los de naturaleza técnica, como los propios del espacio radioeléctrico, con la consiguiente utilización de un bien de dominio público y, en fin, los límites derivados del Derecho Internacional. A pesar de la justicia de algunos de estos considerandos, resulta llamativo el contraste entre esta defensa de los límites del derecho a crear medios de comunicación, con el consiguiente apoderamiento de los poderes públicos, y lo afirmado en otras SSTC (77/1982 y 53/1983, ya citadas) en el sentido de que la libertad de información es de inmediato disfrute, no necesitada de reconocimientos administrativos. Y también con la expresa referencia de los apartados a) y d) del artículo 20.1 CE al derecho a expresar e informar «por cualquier otro medio de reproducción» y «por cualquier medio de difusión», respectivamente. Bien es verdad que el apartado 3 de este mismo artículo parece suponer la existencia de me-

dios de comunicación social del Estado, pero la combinación de este precepto con los ya citados y con el artículo 53.1 de la Constitución (necesidad de respeto al contenido esencial de los derechos), impulsan a defender como criterio más seguro que esa titularidad pública de medios de comunicación debe conciliarse con la admisión de otra paralela en manos de particulares, que la televisión pública es compatible con el derecho de los particulares a disponer de estos medios de comunicación, ciertamente dentro de algunos límites. (Esta es también la postura que se mantiene en el voto particular del Magistrado Rubio Llorente.)

Más adelante, el TC, basándose en la Ley 4/1980, de 10 de enero (Estatuto de RTV), afirma que (f. 4)

«la configuración de la televisión como servicio público, aunque no sea una afirmación necesaria en nuestro orden jurídico-político, se encuentra dentro de los poderes del legislador».

Lo que sorprende es que esta afirmación se haga a partir de la ley precitada, siempre de posible cuestionamiento a la luz de la Constitución, y no de esta última. Pero lo más importante es la postura adoptada respecto a la viabilidad de la televisión privada, punto en el que se mantiene (f. 6) que

«la televisión privada no es una derivación necesaria del artículo 20; aunque, como es obvio, no está constitucionalmente impedida. Su implantación no es una exigencia jurídico-constitucional, sino una decisión política, que puede adoptarse, dentro del marco de la Constitución, por la vía de una ley orgánica en la medida que afecte al desarrollo de algunos de los derechos constitucionales del artículo 20 (art. 81 CE) y siempre que, al organizarla, se respeten los principios de libertad, igualdad y pluralismo...».

En definitiva, la televisión privada es algo lícito, pero al no ser contenido de un derecho constitucional, su establecimiento no es forzoso, sino libre decisión política de legislador. Pero esto es difícil de conjugar con esa remisión a una ley orgánica en la medida que su implantación afecte a los derechos del artículo 20, lo que demuestra que no son materias ajenas estos últimos y la televisión privada. (Por cierto que esta remisión a una ley orgánica se vería inatendida por el legislador, que se contentaría con la Ley ordinaria 10/1988 para la regulación de la televisión privada.)

Un paso más clarificador se produce con la STC 79/1982. Aquí, partiendo como premisa (f. 3) de la radiodifusión como servicio público esencial, según dispone la Ley 4/1980, de 10 de enero, se proclama que es un servicio cuyo titular es el Estado y que como tantos otros admite su gestión indirecta mediante concesión administrativa, lo que implica el apoderamiento de la Administración para distribuir las concesiones en-

tre los posibles interesados, siempre, claro está, respetando los criterios establecidos por la legislación. Esta técnica de gestión indirecta, mediante concesión, es la que acabará recogiendo en la Ley de la televisión privada.

Ahora bien, ese servicio público de comunicación en manos del Estado es algo posible, no preceptivo, y sólo en la medida que exista le es oponible la exigencia de respeto al pluralismo de los grupos políticos y sociales representativos. Esto se proclama en la STC 86/1982 (f. 3) y, más claramente, en la 63/1987 (f. 6). De ahí podemos deducir que el tema de la titularidad de los medios de comunicación, especialmente de la radio y televisión, queda desconstitucionalizado: la Ley fundamental no impone ni impide un sector de comunicación público o uno privado. Queda a la discreción del legislador, bien que con ciertos límites, como son los del respeto necesario al pluralismo político y social en los medios públicos de comunicación.

Otro paso reciente en la misma dirección se produjo con la STC 206/1990, que conoció de un caso de denegación de una solicitud de emisoras de televisión de alcance puramente local. Aquí se separan en buena medida la libertad de expresión y el derecho a crear medios de comunicación, al afirmarse que este último es instrumental para aquélla y que por eso el legislador tiene un mayor poder de configuración. Tras reiterar lo proclamado en la anterior STC 12/1982, sobre legitimidad de la televisión como servicio público, se dice que los cambios en los condicionamientos técnicos y en los valores sociales permiten revisión de los límites que implica la televisión como servicio público, tanto respecto a su monopolio como a los límites para la gestión privada (esta sentencia aparece después de la promulgación de la ley de televisión privada). Pero el hecho de que se haya admitido la televisión privada no implica, siempre según el TC, que exista un derecho a emitir. Más concretamente, del artículo 20 CE no nace un derecho a exigir otorgamientos de frecuencias, aunque sea a nivel local. Tampoco puede aceptarse que la regulación administrativa de la materia sólo tenga como límite el número máximo de frecuencias de emisión técnicamente admisible.

En definitiva, y en contraste con la dicción ya recogida del artículo 20.1, apartados *a)* y *d)*, sobre libertad de expresión e información «por cualquier medio», y con la propia defensa por el TC de ser derechos de inmediato disfrute, en lo tocante a la radio y televisión se acaba imponiendo un sistema de soberanía del legislador, en cuanto será éste el que podrá optar entre uno puramente público, puramente privado, o mixto, y ello además con todas las modalidades y requisitos que se estimen oportunos, dejando al margen la debida configuración concorde con el pluralismo político y social. El derecho a comunicar e informar por cualquier medio queda restringido, por tanto, a los que no sean radio y televisión. Bien lejos quedan en este punto aquellas declaraciones, ya comentadas, sobre el carácter preferente de los derechos fundamentales del artículo 20.1 CE.

Por último, debemos referirnos a la STC 189/1991, con la que se resolvió una cuestión de inconstitucionalidad planteada en torno a determinado inciso del artículo 25.3 de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las telecomunicaciones. En último extremo, el problema se centraba en resolver sobre la licitud de la televisión por cable (vídeo comunitario), cuando la misma implique la utilización del dominio público con alcance puramente local (no excediendo de los límites de un municipio). Esto es, admitiendo la Ley 31/1987 la plena libertad de esta modalidad televisiva cuando se confine a los límites de una propiedad particular (urbanización privada, comunidad de propietarios), la consideraba en cambio sometida al régimen común de televisión privada practicable sólo mediante concesión, cuando el cable transmisor excediese de los límites de una propiedad privada e invadiese el dominio público. La cuestión se complicaba por el hecho de que la legislación vigente carece de toda previsión para el posible reconocimiento de concesiones para esta modalidad de comunicación. La Sala proponente consideraba que esta regulación atentaba contra el artículo 20.1 CE.

Tras un razonamiento tan reducido como confuso, esta STC concluye afirmando la constitucionalidad del inciso cuestionado. La existencia de tres votos particulares en favor de la solución opuesta nos advierten de la división interna del TC y de la propia polémica del fallo. Decimos que éste es confuso porque comienza señalando (f. 3) que

«una legislación como la actual que impide, al no preverla, la emisión de televisión de alcance puramente local y mediante cable podría ser contraria, no sólo al artículo 20 de la CE, tal y como ha sido interpretado por este Tribunal, sino también a los derechos y valores constitucionales cuya garantía justifica para el legislador la configuración de la televisión como servicio público, con la consiguiente vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad congruente con el artículo 9.3 de la CE».

Tal aserción parecía apuntar a una inconstitucionalidad de la situación establecida por la Ley 31/1987. Sin embargo, a continuación (f. 4) se defiende que

«la limitación que nace del artículo 25.3 de la LOT no encuentra su fundamento en la escasez del medio utilizado, sino... en que la emisión que rebasa los límites establecidos en dicho precepto no es ya vídeo comunitario, sino televisión calificada como servicio público de difusión y, como tal, sometida a un régimen de intervención administrativa previa... Así pues, la pretendida limitación a la libertad de expresión a través de este singular medio de difusión no proviene de la utilización del dominio público, sino de la calificación de la televisión por cable como servicio público».

Estimamos que dados los propios antecedentes del TC, era conclusión lógica la constitucionalidad de la consideración legal de la televisión por cable como servicio público, sometido al régimen de concesión administrativa. Si se parte, como ha hecho el alto Tribunal, de la discrecionalidad del legislador para estatuir el régimen de la radio y televisión, habida cuenta de la dimensión social de estos medios, parece obligado hacer lo propio con una de sus modalidades técnicas, como es la televisión por cable. Pero, en contra de lo afirmado por el TC, esta licitud sólo puede y debe operar en la medida que las distintas manifestaciones radiotelevisivas utilicen el dominio público, aéreo, marítimo o terrestre. Pues es esta última circunstancia la que determina que se trate de una comunicación o difusión pública, apta para llegar a grandes niveles de la población, lo que justifica a su vez (art. 10 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos) la intervención administrativa de estos medios. Una comunicación por radio, televisión, telefonía con o sin hilos, o por cualquier otro medio, que no utilice el dominio público, sino que se limite a un espacio puramente privado, no entra en el campo de la comunicación social, y por ello no constituye el supuesto de regulación por el legislador. Tal tipo de comunicaciones debe ser, en principio, enteramente libre. Por tanto, no puede efectuarse, según hace el TC, una desconexión entre utilización del dominio público y calificación de la televisión como servicio público. Es lo primero lo que justifica lo segundo, no, por supuesto, por su pura calificación formal, sino por ser el medio a través del cual la comunicación adquiere el rango de comunicación social.

También quisiéramos hacer unos comentarios sobre algunos de los votos particulares. Algunos de ellos consideran que el precepto impugnado contiene una discriminación no razonable, pues impide esta televisión por cable o vídeo comunitario por utilizar una vía pública incluso en pequeñas aldeas, mientras que admite esta misma medida cuando se instala en urbanizaciones privadas o comunidades de vecinos de las grandes ciudades, en las que pueden habitar un número mucho mayor de personas. Ciertamente esto es así, pero a pesar de ello tal diferencia no nos parece inconstitucional, por tener un fundamento objetivo (utilización del dominio público) y siempre partiendo de las premisas del propio TC. Si la defensa de la libre televisión local por cable quiere basarse, siempre según estos votos particulares, en evitar supuestas discriminaciones por el número de beneficiarios, habría que responder por qué tal actividad sería libre en municipios con millones de habitantes y no lo sería, en cambio, por exceder el ámbito puramente local, en provincias o comunidades escasamente pobladas. Puestos a resolver por número de usuarios de este servicio los mismos encontraríamos en toda Extremadura, en Castilla y León, que en Madrid o Barcelona, por lo que habría que admitir paralelamente la libertad de la televisión por cable en el ámbito de las Comunidades Autónomas o, cuando menos, en el provincial.

También resultan llamativos algunos votos particulares por estimar que al no regular actualmente la legislación la concesión de licencias para explotar esta televisión por cable, se estaría en realidad disponiendo una prohibición de esta actividad, contraria a los derechos del artículo 20 de la CE, derechos que quedarían indebidamente en suspenso hasta que el legislador estimase oportuna su regulación.

Y decimos que resultan llamativos porque la doctrina ahora criticada es, en esencia, la sostenida largamente por el TC y la consolidada en la práctica, sobre discrecionalidad del legislador sobre estos medios de comunicación. Véase en este sentido las SSTC ya citadas 12/1982, 79/1982, 63/1987 y especialmente, por su similitud, la STC 206/1990. Y nótese también que la televisión privada, declarada posible por el TC en la STC 12/1982, tuvo que aguardar ocho años para ser practicable. Por otra parte, aunque pueda valorarse que existe una cierta laguna o contradicción en el artículo 25 de la LOT al considerar, por un lado, como televisión gestionable por concesión administrativa a la televisión por cable, y no regular, por otro, el régimen de prestación de este servicio, ello no autoriza sin más al TC a dictaminar su inconstitucionalidad y, mucho menos, a configurarse como legislador positivo, arbitrando medidas para salvar esta incoherencia o laguna. Nuestro TC no está capacitado para juzgar de las omisiones del legislador. Sólo le compete decidir sobre lo positivamente legislado.

Nada más. Con esto damos por concluida esta limitada exposición de la extensa jurisprudencia del TC sobre las libertades del artículo 20.1 CE. Nuestros juicios o comentarios, equivocados o no, han estado presididos por el deseo de contribuir a su difusión y también a su depuración.

#### 10. APÉNDICE. SENTENCIAS CITADAS

Se acompaña relación de sentencias analizadas, con mención entre paréntesis del tomo de la colección *Jurisprudencia Constitucional* (en adelante, JC) y número del «Boletín de Jurisprudencia Constitucional» (en adelante, BJC) en que figuran publicadas, seguida de referencia de los epígrafes del presente trabajo en que son citadas.

- 5/1981, de 13 de febrero (JC I; BJC 1): 1.
- 6/1981, de 16 de marzo (JC I; BJC 2): 2.1 y 3.1.
- 12/1982, de 31 de marzo (JC III; BJC 12): 2.1, 3.1 y 9.
- 62/1982, de 15 de octubre (JC IV; BJC 19): 7.
- 77/1982, de 20 de diciembre (JC IV; BJC 21): 1 y 9.
- 79/1982, de 20 de diciembre (JC IV; BJC 21): 9.
- 86/1982, de 23 de diciembre (JC IV; BJC 21): 3.2 y 9.
- 53/1983, de 20 de junio (JC VI; BJC 27): 1 y 9.
- 81/1983, de 10 de octubre (JC VII; BJC 31): 8.
- 105/1983, de 23 de noviembre (JC VII; BJC 32): 2.2 y 3.1.
- 120/1983, de 15 de diciembre (JC VII; BJC 33): 8.

- 49/1984, de 5 de abril (JC VIII; BJC 36): 7.  
13/1985, de 31 de enero (JC XI; BJC 47): 2.2.  
88/1985, de 19 de julio (JC XII; BJC 52/53): 8.  
153/1985, de 7 de noviembre (JC XIII; BJC 54/55): 1 y 7.  
104/1986, de 17 de julio (JC XV; BJC 64/65): 5.  
159/1986, de 12 de diciembre (JC XVI; BJC 68): 3.1.  
168/1986, de 22 de diciembre (JC XVI; BJC 69): 2.1.  
63/1987, de 20 de mayo (JC XVIII; BJC 74): 9.  
165/1987, de 27 de octubre (JC XIX; BJC 79): 2.1 y 3.1.  
6/1988, de 21 de enero (JC XX; BJC 82): 2.2 y 8.  
107/1988, de 8 de junio (JC XXI; BJC 86): 2.2, 3.1, 3.2, 4, 5 y 6.  
51/1989, de 22 de marzo (JC XXIII; BJC 95): 2.2, 3.1, 3.2, 4 y 5.  
121/1989, de 3 de julio (JC XXIV; BJC 99): 3.1, 5 y 6.  
20/1990, de 15 de febrero (JC XXVI; BJC 107): 3.2, 4 y 5.  
105/1990, de 6 de junio (JC XXVII; BJC 111): 2.1, 2.2 y 4.  
171/1990, de 12 de noviembre (JC XXVIII; BJC 115): 3.1 y 4.  
206/1990, de 17 de diciembre (JC XXVIII; BJC 117): 9.  
65/1991, de 22 de marzo (BJC 120): 3.2 y 4.  
189/1991, de 3 de octubre (BJC 127): 9.  
197/1991, de 17 de octubre (BJC 127): 2.3 y 3.1.  
214/1991, de 11 de noviembre (BJC 128): 3.3 y 6.  
20/1992, de 14 de febrero (BJC 131): 2.3.  
40/1992, de 30 de marzo (BJC 133): 2.3.  
85/1992, de 8 de junio (BJC 135): 3.3 y 4.

Fernando SANTAOLALLA LÓPEZ

