

LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y LA DOCTRINA DE LAS *PREFERRED FREEDOMS*

MANUEL FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES (*)

SUMARIO: 1. LA FILIACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN. EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA DEL DERECHO Y DEL LÍMITE.—2. LA TESIS GENERALMENTE ACEPTADA SOBRE LA EXPRESIÓN Y LA INFORMACIÓN EN UN ESPACIO PÚBLICO O ABIERTO AL PÚBLICO Y LA INFLUENCIA DE LA MISMA EN LOS DERECHOS.—3. LAS LIMITACIONES FUNCIONALES GENERALES DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN.—4. LA PRIMERA FIJACIÓN DE LÍMITES EN EL MARCO DEL LIBELO. LA DOCTRINA DEL LÍMITE EN FUNCIÓN DE LA LICITUD DE LA ACCIÓN DE OBTENER Y DIVULGACIÓN DE LA INFORMACIÓN. LA LIMITACIÓN DEL MISMO POR LAS LEYES DE APLICACIÓN GENERAL.—5. LA EXIGENCIA DE INTERÉS GENERAL O RELEVANCIA PÚBLICA DE LA OPINIÓN O LA INFORMACIÓN.—6. LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LA POSICIÓN PREFERENTE.

(*) Letrado de las Cortes Generales

1. LA FILIACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN. EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA DEL DERECHO Y DEL LÍMITE

Los derechos fundamentales obligan. Esta afirmación es propia de una Constitución normativa, pues la norma que los protege tiene la doble cara del derecho y de la garantía, la versión del ámbito protegido y la de la contribución a una sociedad democrática, doble perspectiva que ha acogido la doctrina y la jurisprudencia constitucional(1).

Los derechos y libertades relacionados con la libre expresión son un elemento central del régimen democrático. Pero a la vez el derecho a la intimidad es una manifestación efectiva de la dignidad de la persona, constituyendo una protección de la esfera de actuación personal, con una expansión de su contenido en el desarrollo de la *privacy*(2). Configurados el primero como típico derecho de defensa o como libertad en sentido técnico y el segundo como derecho de defensa y en buena parte de sus recientes manifestaciones, como derecho prestacional, constituyen ambos —subrayamos la referencia a ambos— un pilar del sistema constitucional, reflejándose también como orden de valores objetivos, es decir, en su manifestación de orden inspirador de la norma constitucional en su conjunto(3).

(1) Juan Carlos GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 75 y ss.

(2) Samuel WARREN y Louis BRANDEIS, «The right to privacy», 4 *Harvard Law Review*, 193 /1890.

(3) Teresa FREIXES SANJUÁN, *Constitución y Derechos fundamentales*, PPU, 1992, pp. 103 y ss.

La relevancia del derecho como tal no puede dejar fuera de su estudio la relevancia institucional de las libertades. El derecho tiene límites que son actualizados por la intervención del legislador, que lejos de ser una agresión al contenido interno es definición del contenido esencial(4). Esta visión del derecho no apunta tanto al orden objetivo de valores que presupone la Constitución como a una intervención decisiva del legislador, que contemple al derecho fundamental en su relación con otros derechos y sobre todo en relación con otras normas del ordenamiento, siendo la manifestación europea de la cuestión de las leyes generales externas al derecho.

Esta visión institucional permite abordar la cuestión que se ha planteado en relación con los límites de los derechos desde una perspectiva en que la intervención del legislador es necesaria, por ser insuficiente la lectura del derecho como un derecho de defensa en sentido absoluto. Esta categoría de los derechos, junto a los derechos de prestación y a las garantías institucionales, corre el riesgo desde su creación de ser entendida como si fuese un derecho real típico, que autodefiniera su contenido con independencia del ordenamiento y al margen de las figuras del abuso del derecho o el ejercicio antisocial. Por el contrario, el derecho de defensa tiene que ser considerado en relación con los restantes derechos y con el ordenamiento en su conjunto, lo que no ha sido ignorado por la jurisprudencia sobre la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana de 1787, aunque bajo otra cobertura conceptual. No cabe admitir como protegible una modalidad de ejercicio del derecho ilícita, aunque parezca a priori una contradicción, pues el ejercicio puede llevarse a cabo con medios o fines constitucionalmente ilícitos(5).

La función del derecho a la intimidad personal y familiar, al honor, y a la propia imagen es una manifestación del derecho a estar solo, y desde el punto de vista de la constitucionalización de nuevos

(4) Peter HÄBERLE, *Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 2 Auflage, 1983.

(5) Laura Díez BUESO, «La relevancia pública en el derecho a la información», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, septiembre-diciembre de 2002, citando la jurisprudencia que excluye de la relevancia pública las expresiones formalmente injuriosas o cuya revelación o divulgación es innecesaria para la crítica de la actividad como susceptible de ampararse bajo ese ámbito de relevancia, p. 231.

derechos, ha superado a la relativa función estática de las libertades de expresión y a la información. Es difícil justificar a estas últimas cuando la propia vida es objeto de un control por cualquier medio, en el amplio abanico de medios técnicos cada vez más potentes, amenazando el desarrollo de las actividades de un ser humano libre. Podrían existir una pluralidad de medios y derechos que atienden a las necesidades humanas elementales, pero a pesar de esa seguridad aparente, esa garantía absoluta contra la capacidad de hacer la propia vida puede convertir al régimen de intervención en remedo de la situación planteada por George Orwell en su obra más famosa. El Estado providencia puede convertirse en una pesadilla para su supuesto beneficiario si el control de la vida privada la convierte en una manifestación degradada de una vida libre. La obtención de una seguridad a cambio de la intimidad personal es uno de los mayores riesgos de la sociedad.

La dignidad y los derechos a la personalidad, y el derecho a la intimidad son esenciales. La posición preferente de los citados derechos, como expresión de un orden constitucional de valores, tiene que ser tenida en cuenta siempre en orden a interpretar correctamente las libertades del artículo 20 de la Constitución. La idea de Estado benefactor, el concepto de Estado Social o la garantía de la seguridad pública no pueden convertir a los citados derechos y valores en papel mojado. Una situación legal en que la capacidad del Estado o de las organizaciones sociales, incluida la prensa, se extienda a la intervención de la vida privada, aunque fuese el producto de un dictador benevolente, es radicalmente incompatible con la libertad, del mismo modo que una interpretación de la libertad de expresión que ampare la injuria, la calumnia, la deshonra o el descrédito es un estímulo al conflicto, y a la inquietud personal y colectiva.

No hay una sola razón que pueda convertir la *privacy* en accesorio, en función de una nueva legitimación social por los resultados benéficos sobre la opinión pública de la delación, la invasión, el espionaje o el mercadeo de informaciones relevantes para la persona. Por ello, las cuestiones decisivas, previas al análisis de la conducta del informador, son la licitud del ejercicio, siempre, y por otro lado, la relevancia de la información.

2. LA TESIS GENERALMENTE ACEPTADA SOBRE LA EXPRESIÓN
Y LA INFORMACIÓN EN UN ESPACIO PÚBLICO O ABIERTO AL PÚBLICO
Y LA INFLUENCIA DE LA MISMA EN LOS DERECHOS

Retrocediendo algo en el esquema lógico del problema, interesa hacer una referencia a una tesis que ha sido muy influyente en cuanto a los límites, no solamente de la libertad de información, sino en lo relativo a los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen, tesis o teoría que se fundamenta en una modalización de los derechos en función del lugar donde se ejercen y se protegen. Se trata de la tesis del acto o espacio público, tesis en la que puede advertirse el mismo fenómeno de *overreaching* del derecho o de la libertad, por aplicación de un criterio confuso, como es el del propio límite de la privacidad en el referido espacio. La tesis del espacio público o del acto público no se refiere explícitamente a personajes o figuras públicas, sino que extiende su dudosa legitimación a la captación de imágenes —no de comunicaciones, pues esto es un caso diferente, de protección absoluta— a los seguimientos o al acecho de una persona en un espacio público.

La figura, de dudoso contorno, ha encontrado amparo en alguna disposición legal y en una jurisprudencia que sin embargo ha señalado que no se trata de una excepción en sentido propio. El artículo 8.2 de la Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, ha establecido que el derecho a la imagen no impedirá su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trata de personas que ejerzan un cargo público, una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, reputando intromisión ilegítima la citada captación de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, además de los restantes supuestos de intromisión. Sin embargo, la citada tesis ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional en el sentido de resaltar la relevancia pública de la imagen captada.

La excepción en base a la doctrina del acto público o del espacio abierto al público no se extiende más que al derecho a la imagen, sin que constituya justificación alguna de las conductas de intromisión a que se refiere el artículo 7, ni permita la legitimación de conductas,

incluso amparadas en principio en la libertad de información. Hay aquí una confusión entre delimitación del espacio público a los efectos de validar la reproducción de la imagen, con una especie de un supuesto derecho general a espiar, que legitimaría en el citado espacio un ejercicio más intenso y agresivo de la vigilancia, en general, de una persona y que se extiende a la libertad de información. Es decir, se confunde el asunto público, el espacio público y el medio público, cuando las garantías a las que se refiere el artículo 18.1 y más aún el apartado 4 rigen siempre, se trate de un espacio u otro. No hay un derecho a espiar, a seguir o a vigilar porque se realice en el espacio abierto al público, ni existe un doble rasero para la garantía de la intimidad que dependa de un espacio u otro.

En el caso concreto de la libertad de informar en el espacio público no se alteran las circunstancias legitimatorias. En el citado espacio, la información debe ser de interés y relevancia suficientes, es decir, exhibir un interés general en el conocimiento de los hechos, debe ser necesaria y debe ser relevante, elemento éste que es con frecuencia olvidado y que excluye de tal relevancia a lo innecesario. Todos esos requisitos rigen en el espacio público, sin asomo de duda, y los criterios de solución de los conflictos entre el derecho a la intimidad personal o familiar y la libertad de informar son idénticos. La tesis del espacio público como espacio de intrusión permitida, incluso mediante medios electrónicos, es completamente infundada.

3. LAS LIMITACIONES FUNCIONALES GENERALES DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN

El Tribunal Constitucional se ha referido a la garantía de una opinión pública libre indispensable para la efectiva realización del pluralismo político, añadiendo que es en ese contexto institucional, que excede del contenido limitado de un derecho para fijarse en su relevancia democrática, donde se analiza la mencionada libertad en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos contribuyan a la citada formación.

El Tribunal, aunque afirma una tesis dualista, que separa conceptualmente la libertad de expresión y la libertad de información,

cuestión sobre la que hay dudas en el Derecho comparado, parte de la base de que la libertad alcanza su máximo nivel de eficacia justificadora frente a otros derechos fundamentales, cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en *asuntos de relevancia pública*, en el contexto de la citada opinión pública libre, estando obligados a soportar un riesgo de que resulten sus derechos subjetivos de la personalidad afectados por opiniones e informaciones de interés general. (STC 107/88, de 8 de junio, reiterándose la misma doctrina en SSTC 241/1999, de 20 de diciembre y 2/2001, de 15 de enero).

El Tribunal Supremo norteamericano, en *New York Times Co. vs. Sullivan*, afianzó, matizadamente y en el terreno de los requisitos y límites, una cierta posición preferente de las libertades de información, en un caso en que se alegaba una manifestación del derecho al honor. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos revocó la sentencia de instancia en base a que si bien no fueron acreditados todos los hechos relatados, el debate sobre los asuntos de interés público debía ser abierto y sin inhibiciones de acuerdo a los principios emanados de la forma republicana de gobierno. Así fundamentó que la protección constitucional de la libertad de prensa no se eliminaba por la falsedad o el contenido injurioso de la publicación, ya que de lo contrario se estaría dando lugar a la autocensura.

Un punto central del análisis de la jurisprudencia norteamericana es que mientras las regulaciones del llamado discurso público se someten a un estándar de control judicial riguroso y calificado (*strict scrutiny*), existen otros niveles en que el criterio es menos exigente (*intermediate scrutiny*) y que se corresponde, por categoría o tipos de discurso, a las acciones de publicidad o comportamientos expresivos así como a unas actuaciones o acciones tan manifiestamente lesivos que quedan privados de la protección de la Primera Enmienda, donde se incluyen mentiras, amenazas y obscenidades, que incluyen la difamación dolosa, la publicidad engañosa o la amenaza o la provocación de causar un daño grave e inminente(6).

(6) Pablo SALVADOR CODERCH y Antoni RUBÍ PUIG, «Libertad de expresión, discurso comercial y publicidad de prostitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 90, septiembre-diciembre de 2003, pp. 115 y ss.

Pero lo cierto es que, no obstante afirmar la vulneración constitucional, no formuló la citada libertad como absolutamente incondicional, pues la apreciación de una *actual malice* privaba de la protección de la Primera Enmienda, ni más tarde se dedujo que debe ser sacrificado todo tipo de secreto o reserva, incluso mediante acciones tipificadas como delito en la sentencia *New York Times Co. contra United States*, en la que se afirmó un derecho condicionado, aunque de especial resistencia si se pone en cuestión la libertad de expresión. Esta última sentencia, como veremos, referida a la filtración de los Papeles del Pentágono, abordó uno de los problemas más evidentes de la libertad, que era el de la obtención de la información en la cadena por medios ilícitos.

No puede olvidarse sin embargo, que la sentencia se refería a una supuesta infracción del derecho al honor del implicado, que tenía relevancia pública. Es decir, la sentencia no se aplicaba a todos los casos, sino a un asunto de relevancia pública o a una materia de interés público. Una apreciación subjetiva, una valoración, una narración de hechos, están amparados por la libertad de información si poseen relevancia pública, en las propias palabras del Tribunal Constitucional, si sirve al interés general en la información, y lo hace por referirse a un asunto público, es decir, a unos hechos o acontecimientos que afectan al conjunto de los ciudadanos. (STC 134/1999, FJ 8).

Esta circunstancia pone de manifiesto lo que ya anticipábamos con carácter general: hay unos elementos previos, apreciables siempre, que pueden utilizarse en el test, antes por tanto de la veracidad, como son la licitud de los medios y la relevancia de lo informado. Sin esta preexistencia, no cabe siquiera entrar a considerar la condición de asunto de interés público, de la existencia de una figura pública o cargo público ni la actitud del informante, ni la que atañe a la veracidad en relación con su búsqueda, que está implícita en la consideración anterior.

Por eso, la jurisprudencia de *New York Times Co. vs. Sullivan* lo que viene a establecer es un principio de libertad en la información sobre personas o asuntos públicos, principio que sin embargo no es incondicional y puede ser destruido, cuando se dan las condiciones restrictivas y limitativas que el Tribunal Supremo estableció

en tal sentencia. La mencionada jurisprudencia, ha sido incorporada en España, citando entre otras las SSTC 105/1990, de 6 de junio y 197/1991, de 17 de octubre, que exigen para la protección de la información alcanzada por la condición previa de la licitud del ejercicio y de relevancia pública de éstos últimos, el test de la veracidad, como obligación de diligencia del informador más que como exactitud absoluta con la realidad, desde una perspectiva *ex ante*, confirmada por las fuentes, y sin que pueda apreciarse temerario desprecio a la verdad, o falsedad de lo comunicado. Igualmente se han puesto en juego criterios abordando los problemas vinculados, como el carácter insidioso de la noticia, la veracidad en ausencia de relevancia pública, el error informativo o el reportaje neutral.

El citado test exige que la veracidad se debe al menos comprobar, de tal modo que el informador, además de hacerlo sobre tales materias de interés público, que sean pertinentes y respecto de las que las noticias sean necesarias, tiene un deber de comprobar la veracidad de los hechos que expone, mediante las oportunas averiguaciones y empleando la diligencia específica exigible a un profesional, añadiendo la circunstancia de que puede darse el caso de que la información que resulte errónea o no probada resulte protegida, en las condiciones exigidas y exigibles al informador, presunción que quiebra si el acceso a los hechos es provocado y lesivo del derecho a la intimidad, Todo ello en el marco general del valor o posición preferente de los derechos relativos a la libertad de información. (SSTC 105/1990, de 6 de junio y 297/1994, de 14 de noviembre; la afirmación relativa a la posición preferente se encuentra en la STC 171/1990, de 12 de noviembre, reiterando doctrina del propio Tribunal Constitucional).

4. LA PRIMERA FIJACIÓN DE LÍMITES EN EL MARCO DEL LIBELO.
LA DOCTRINA DEL LÍMITE EN FUNCIÓN DE LA LICITUD DE LA ACCIÓN
DE OBTENER Y DIVULGACIÓN DE LA INFORMACIÓN.
LA LIMITACIÓN DEL MISMO POR LAS LEYES DE APLICACIÓN GENERAL

Descartada la tesis del espacio público o del espacio abierto al público como justificación de un estándar rebajado de exigencia de las conductas en cuanto a los derechos protegidos en el artículo 18 de la Constitución, y, en el caso anglosajón, del más amplio

derecho a la intimidad, una vez afirmada la universalidad e incondicionalidad de tal protección, la cuestión es la de los límites de los derechos a la libertad de expresión y la libertad de información, es decir, cuando puede invocarse con eficacia la Primera Enmienda o el artículo 20.4 de la Constitución, o si se quiere, cuando cede la libertad por la concurrencia de obligaciones generales de todos los ciudadanos, entre las que se encuentran, fundamentalmente, los requisitos de contenido de la información veraz, por un lado, y de otro, la legalidad o conformidad a Derecho, no ya de la veracidad, sino del medio o de la fuente de la noticia. Esta es la clave y así ha sido interpretado por el Tribunal Supremo desde *New York Times Co. vs. Sullivan*.

Empezando por lo primero, la referida sentencia no establece un principio de libertad sin límite sino que al contrario promueve uno en base al conocimiento de la inautenticidad o falsedad o al temerario desprecio a las reglas de obtención de la información, entre otras reglas. La regla de la *actual malice* es un límite, visto desde la perspectiva del titular del derecho a la intimidad, pues garantiza la seriedad de la información. Es decir, no hace prevalecer la naturaleza pública del asunto o la condición de autoridad o funcionario público en todo caso, sino que si bien afirma *obiter dicta* que se puede amparar la falsedad o el error informativo o el contenido injurioso de la información, excluye de la libertad el caso del conocimiento de la falsedad o la temeraria despreocupación por comprobar la veracidad de la noticia. *New York Times Co. vs. Sullivan* no es un cheque en blanco. La fijación de criterios que apuntan una especificación de la reglas históricas en materia de libelo, no consiste, ni en ésta ni en otras sentencias, anteriores y posteriores, en un darwinismo informativo. La condición de autoridad o de representante no obliga a rendir los derechos fundamentales.

Para sustentar y desarrollar la solución a este problema, hay que destacar, en primer lugar, que existe un lugar común, amparado en una inexacta traducción de la jurisprudencia norteamericana, que sostiene que la citada libertad exige del cumplimiento de elementales normas de protección de otros derechos, especialmente de las leyes de aplicación general que protegen con más amplitud derechos esen-

ciales, que según esa tesis cederían siempre ante una invocación de la libertad de información, en los términos anglosajones, de una defensa o invocación de la Primera Enmienda. Es decir, la finalidad de cooperar a la creación de una robusta opinión pública dispensaría al medio de comunicación de respetar leyes generales, como las leyes penales, que en absoluto están dirigidas directa o indirectamente hacia la citada libertad. La tesis, aceptada sin restricciones, supone que la noticia puede ser producto de una actividad contraria a la Ley, conocida o desconocida para el medio, sanando la publicación su origen.

Pero lo cierto es que en el país donde, desde Tocqueville, se ha respetado y valorado más esta libertad, esta línea de defensa no se ha sostenido nunca. Ni las primitivas sentencias sobre el libelo ni las sentencias en *leading* casos como *New York Times Co. vs. Sullivan*, *New York Times Co. vs. United States*, *Smith vs. Daily Mail Publishing Co.*, *Florida Star vs. B.J.G.*, *Landmark Communications Inc. vs. Virginia*, *Bartnicki vs. Vopper*, *Boehner vs. McDermott* y otras han aceptado la tesis del enclaustramiento de la libertad de información en una campana de inmunidad o tras un escudo de justificación. Lo veremos en detalle.

Desde el punto de vista general, la referida conclusión es la que impone la lógica. No tiene sentido que el Derecho disponga la protección absoluta de un bien como la libre comunicación, en base a normas generales a todos aplicables y que, a la vez, la Ley y los Tribunales admitan que la invocación de la libertad de prensa permite vulnerar la ley general. No es admisible, desde un punto de vista lógico, que una norma prohibitiva general tenga excepciones singulares que excluyan su aplicación en casos a su vez protegidos por la intimidad, la imagen o el derecho al secreto de las comunicaciones.

La pretendida tesis supondría la intolerable justificación por la finalidad de una vulneración de otro derecho, también protegido, eliminando el efecto disuasorio de la norma prohibitiva, sea o no penal, y estimulando o propiciando la conducta prohibida. Esta tesis, aceptada en el referido criterio general, no ha sido defendida en ninguna jurisdicción, jamás, y como se sostiene en *Cohen vs. Cowles Media Co.*, la aplicación de una norma general, dirigida a fines más

amplios, no puede ser eliminada por una defensa de la Primera Enmienda. El periódico o el periodista no pueden fracturar una ventana, interceptar una llamada telefónica o realizar cualquier acto prohibido en una norma generalmente aplicable, que constituye una obligación de cumplimiento en los términos de la propia Ley. El acto periodístico no es una especie de acto político ante el que cede el derecho general a la libertad y a la seguridad y no puede considerarse amparado por una especie de causa de justificación universal que garantice la impunidad de quien infringe la ley, robando la fuente de la noticia, accediendo a ella por un medio electrónico e incluso adquiriéndola si de algún modo participó o indujo a la ilegalidad, como concluye *Barnicki vs. Vopper*.

La licitud del ejercicio, conforme a leyes generalmente aplicables, por ser algo tan evidente, es a menudo omitida entre los requisitos del derecho o de la libertad. Se confunde en este punto el resultado final de la opinión pública con la eficacia plena del derecho ante las leyes de aplicación general, por anticipar el fin sobre el medio, ocultándolo ante los actos de ejercicio y oscureciendo la evidente relevancia penal y civil de la infracción cometida en el citado ejercicio. La existencia de límites generales, que nada tienen que ver con los derechos referidos en el artículo 18, es casi siempre ignorada, suponiendo que el ejercicio del derecho en su ámbito legaliza o legitima la acción, error de enorme relevancia al definir los derechos. Pero el ordenamiento no puede amparar un ejercicio ilícito del derecho, y la apariencia de ejercicio del derecho no garantiza la licitud de la acción, como por otro lado indica el Código Civil al referirse a la contradicción con una ley imperativa. Esta licitud puede ser constitucional, penal o civil, en función de la norma de protección y fuera de la misma cede todo el sistema de protección del derecho. El ejercicio del derecho no supone la licitud de la acción o incluso del resultado, pues la norma o disposición de derecho fundamental no está sola en el ordenamiento, sino sometida al requisito de coherencia y a las reglas de interpretación sistemática. Y esta licitud no es una cuestión de contenido interno del derecho sino de límite externo, en función de lo que antes denominábamos leyes de general aplicación.

La cuestión se planteó en el caso de los *Pentagon Papers* donde el Tribunal abordó el test de la legalidad o *licitud de la adquisición*

de la información por el medio, como elemento suficiente para justificar la publicación, aunque como se manifestó en *Bartnicki*, quedó por examinar hasta qué punto se podía extender a la obtención o a la adquisición ilegal de la información ofrecida al medio, en el sentido de aclarar si la publicación estaba o no amparada por la Primera Enmienda. Como indicó el Tribunal Supremo en *Bartnicki*, la sentencia de los papeles del Pentágono se centró en el interés público de la información, no en que los documentos habían sido robados, por lo que la cuestión quedaba sin resolver.

Si bien el Tribunal en la referida sentencia *Bartnicki* dejó en cierto modo abierta la cuestión, no dudó en afirmar la inexistencia de protección cuando el medio había participado, inducido o cooperado en la ilegalidad de la captación. Este caso era evidente y el medio no podía ampararse en la Primera enmienda, sin más dudas al respecto, admitiendo el Tribunal el caso de la publicación de unas cintas captadas por un desconocido y obtenidas legalmente por el medio informativo, en base al desconocimiento de la identidad del autor de la interceptación, aunque el caso tuvo varios votos disidentes indicando la ausencia de protección de la Primera enmienda en el caso admitido a pesar del desconocimiento del autor. Además, ello dio lugar a una dura crítica de la profesión jurídica por entender que se producía una restricción al uso espontáneo del teléfono, por entender que la ausencia de autor conocido de la interceptación no era un criterio coherente y racional para alcanzar la solución de la inmunidad de ningún modo y, sobre todo, por el hecho de que en opinión de la minoría *el conocimiento por el medio de comunicación de la ilegalidad en la captación* era absolutamente invalidante de la protección, por muy legal —si es que esto es posible con un material obtenido mediante la infracción de una norma penal, por existir supuestos de receptación y otros casos de responsabilidad— que fuese la adquisición por el medio.

El muy fundado voto particular de Rehnquist, Scalia y Thomas negó la tesis de la irrelevancia del conocimiento por el medio de la ilegalidad en la obtención, por sus negativos efectos sobre la libertad de comunicación, basándose en que la trasmisión de la comunicación interceptada en soporte adecuado desde el que la hizo a un tercero es ilegal y que la decisión de publicación de la misma es igualmente

ilegal, realizando unas reflexiones sobre la ilegalidad de la actuación de quien recibe lo ilícitamente captado, receptor a sabiendas de un bien robado, es decir, fijando la atención en la figura del receptor o receptor, eliminable mediante la penalización de su acción, con arreglo a la *dry up the market theory*, según la cual sin receptadores o compradores por poseedores de la mercancía robada no existiría incentivo al robo. La participación o inducción del medio en la obtención ilegal de la información y el conocimiento por el medio de la ilegalidad en la obtención, hubiese o no autor conocido, invalidaban para esta tesis minoritaria la libertad, que sin embargo en este último punto no era mayoritaria, pues el test afirmado desde el caso de los *Pentagon Papers* era la simple legalidad en la adquisición por el medio de la información, tesis que está sustentada en las bases de análisis de la posición preferente.

Por otro lado, sostenían que el test de examen de la ley general es completamente diferente si es *content-neutral*, que si es *content-based*, entendiendo por lo primero que no se dirija contra individuos o casos particulares, sino que son medidas generales. En este caso, se aplica al *intermediate scrutiny* a la ley, no el más riguroso del *strict scrutiny*, por presumirse que no existe una presunción de improcedencia de la ilicitud. Y para el citado voto particular, era evidente que la legislación protectora del secreto de las comunicaciones no tenía sesgo alguno, ni implicaba efecto particular alguno en el ejercicio de la libertad de información, pues atendían a la protección de lo que los autores ya citados llamaban el derecho creciente a la soledad y la privacidad (7).

La limitación de la libertad desde dentro —en cierto modo coincidente con la versión de Häberle respecto a la plena legitimidad de la intervención del legislador en su contenido esencial— vino afirmada en palabras muy expresivas en la ya citada *Cohen vs. Cowles Media Co. BDA Minneapolis Star & Tribune Co. Et Al.* En este caso, el Tribunal afirmó que las leyes generalmente aplicables no ofenden ni atentan contra la libertad de la Primera Enmienda, indicando que lo que la libertad supone no es en ningún caso el acceso ilícito a la

(7) Samuel WARREN y Louis BRANDEIS, «The right to privacy», 4 *Harvard Law Review* 193, 196, (1890).

información. Para el Tribunal, la información debe ser legalmente adquirida y la prensa no puede asaltar y entrar en una oficina ni «*dwelling to gather news*», conteniendo una lista muy larga de casos en que la prensa no ha sido autorizada a infringir la ley por ejercer la libertad de información, y «un medio no tiene o goza de inmunidad respecto de la aplicación de las leyes generales. Él no tiene un privilegio especial para invadir los derechos y libertades de otros», *Associated Press vs. NLRB*, ya en 1937 y en relación con una infracción de normas de Derecho laboral.

La referida doctrina general fue aplicada en dos sentencias de los Tribunales de Apelación contra las que se interpuso recurso ante el Tribunal Supremo, que fue denegado, los casos *Boehner v McDermott* y *Peavy vs. WFAA-TV Inc*. En la primera se consideró que no existía violación de la Primera Enmienda porque el que obtuvo la noticia conoció la ilegalidad de la captación, entendiendo la mayoría que actuó ilegalmente, mientras que en la segunda sentencia tampoco se consideró la aplicación de la Primera Enmienda porque el medio informativo participó en la interceptación. En ambos casos, los *certiorari* fueron denegados, confirmando la apreciación de los Tribunales de apelación de que la defensa en base a la libertad de expresión e información no era de aplicación, por haberse conocido, consentido, utilizado, provocado o causado directamente la escucha y grabación ilegal.

5. LA EXIGENCIA DE INTERÉS GENERAL O RELEVANCIA PÚBLICA DE LA OPINIÓN O LA INFORMACIÓN

Esta cuestión es añadida a la de la licitud de la acción y se refiere a las condiciones exigidas para la relevancia pública de la información. Se trata de algo tan evidente como olvidado, por entenderse que la relevancia de la noticia está siempre implícita.

¿Autoriza una cláusula abierta, como la mencionada, cualquier acción destinada a influir en la opinión pública? ¿Es suficiente una referencia tan amplia e indefinida para modificar el régimen general de privacidad? ¿Qué límites cabe oponer a los citados requerimientos para contener la cláusula en su alcance y evitar una alarmante publicitación de la vida privada?

Una norma que restringe un derecho fundamental tan relevante como la intimidad exige una comprensión tan perfecta que no plantee zonas de penumbra, pues de otro modo la excepción se convierte en regla y la intimidad del cargo público o la relevancia del interés de la publicación ceden siempre, en la práctica, ante mayores apertencias del público por detalles escabrosos o truculentos. La libertad de información debe ejercerse sin otros límites que aquellos en que la invocación de un interés remoto, indirecto o desviado niegue la relevancia, lo que en la práctica conduce a fijar reglas perfectamente especificadas y fácilmente revisables por un Tribunal. La cuestión del interés general que abre la vía a la condición de información públicamente relevante, no anula la licitud de los medios de obtenerla. No basta con la licitud de la acción para poder sustentar una aplicación de la libertad de información, pues la ampliación del objeto de la información siempre es a costa de la privacidad, en cualquiera de sus manifestaciones.

El problema es, por tanto, de determinación de las circunstancias en que la relevancia pública puede apreciarse, de tal modo que la cláusula no quede desvirtuada por una mera invocación formal o ritual. El Tribunal Constitucional ha hecho un esfuerzo para analizar el concepto, acudiendo a lo que denomina el canon de la relevancia pública (SSTC 192/1999, de 25 de octubre, STC 14/2003, y STC 54/2004), atendiendo al medio de difusión empleado, al objeto de la información u opinión y a la condición de las personas afectadas o las circunstancias narradas. En tal esfuerzo, se ha centrado en unir la idea a aquellos hechos o circunstancias susceptibles de afectar al conjunto de los ciudadanos, lo cual es sustancialmente diferente a la simple satisfacción de la curiosidad humana por conocer la vida de otros o bien lo que a juicio de los medios pueda ser noticioso en algún momento.

En este sentido, el criterio de relevancia garantiza la libertad de información, pues se coloca en primer lugar la tesis de las *preferred freedoms*, que contribuyan a la formación de la opinión pública, como el carácter de las personas afectadas, que deben tener el carácter de personaje público o con notoriedad pública, especificando a las autoridades y funcionarios, excluyendo del ámbito de lo relevante las expresiones formalmente injuriosas, las informaciones innecesarias.

sarias y aquellas informaciones que afecten a la vida privada de la autoridad. En este sentido, el Tribunal ha concluido que tienen esa relevancia pública las informaciones en materia penal, las investigaciones judiciales y policiales y otro tipo de actuaciones, habiendo reconocido también una relevancia de la dignidad de determinadas instituciones públicas, que excluyen de la citada materia de información los ataques que socavan gravemente la legitimidad, normal funcionamiento o dignidad institucionales, así como la dignidad de ciertos colectivos y el denominado *hate speech* o discurso del odio, entre los que incluye los mensajes que incitan a la xenofobia, al odio racial o a la denigración y violencia contra determinados colectivos menos protegidos.

Otra perspectiva de la citada relevancia pública es la que se refiere a la libertad e independencia del debate, cuando éste se produce en el seno del proceso político, sobre todo en lo que se refiere a la relación representativa entre el parlamentario y sus representados y también en lo que implica la necesaria libertad que se debe exigir en la adopción y reflexión previa sobre la acción política. Este último punto es el que se relaciona habitualmente con la cuestión del secreto y la seguridad nacional del Estado, pero no se identifica con el mismo, pues el primero atiende a la citada libertad de decisión, que se puso de manifiesto en la necesidad de que el privilegio de la Presidencia incluya y proteja *candid communications* entre el mismo y sus ayudantes, que fue afirmado en *United States vs. Nixon* y en la sentencia que la siguió, *Nixon vs. General Administrator Services*.

6. LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LA POSICIÓN PREFERENTE

La exposición que se ha hecho de un caso concreto de aplicación de las libertades lleva con toda naturalidad a la reflexión más abstracta sobre la teoría de las *preferred freedoms*. Hay libertades que son tan esenciales a la democracia que se constituyen en superiores, de algún modo, es decir, en fuente de fuentes, al considerar la jurisprudencia que su interpretación en concreto abona la introducción de un canon constitucional mucho más exigente. La diferencia entre *strict scrutiny* y *intermediate scrutiny* se refiere precisamente a la exasperación del análisis de la ley en términos de su capacidad de afectar a las liberta-

des, de tal modo que por una vía indirecta o colateral acaba por revivir la doctrina de la jerarquía entre normas, que al margen de ese caso solamente se admite respecto del reglamento en relación con la ley.

Ya en 1945, en *Thomas vs. Collins*, el Tribunal Supremo afirmó la «preferencia en nuestro sistema de las grandes e indispensables libertades garantizadas por la primera enmienda», asumiendo que ello determinaba que solamente un gran interés público justificaba su restricción. Previamente, el Tribunal, en *Murdock vs. Pennsylvania*, había dado carta de naturaleza e incluso nombre a la doctrina, al firmar que la libertad de prensa, la libertad de expresión y la libertad religiosa están en una posición preferente.

La aplicación del *substantive due process* en relación con los derechos de autonomía fue otro paso hacia la consolidación de esta tesis. Los *autonomy rights* se convirtieron en una alternativa conceptual que, sin embargo, llevan a la misma conclusión, la especial dureza y resistencia de los derechos emanados, aunque estos deriven de la citada cláusula. Si bien el origen se sitúa en una fuente diferente, de hecho se consolidaron por esta vía derechos relacionados con los derechos de la persona, que si bien no fueron objeto de una declaración tan rotunda como en *Murdock*, significaron de derecho un efecto de graduación evidente.

No obstante, esta doctrina no carece de oponentes. El Juez Felix Frankfurter la calificó en *Kovacs vs. Cooper* de «*mischievous*». En base a la oposición que el concepto de jerarquía de los derechos introduce en el comentario constitucional, el Tribunal más tarde ha encontrado la fórmula para mantener un alto nivel de compromiso con las libertades fundamentales sin utilizar el concepto de unas libertades o derechos preferentes. En ese sentido, Mark Levy ha señalado que lo esencial de la doctrina ha sido absorbida por conceptos de elaboración posterior, como la diferencia entre *strict scrutiny* y *intermediate scrutiny*, los derechos fundamentales y la incorporación selectiva(8). Lo que podría llevar a concluir que si bien la doctrina

(8) Howard GILLMAN, «Preferred Freedoms: The progressive expansion of State Power and the rise of Modern Civil liberties Jurisprudence», *Political Research Quarterly*, vol. 47, septiembre de 1994, pp. 623-653.

nominalmente considerada es histórica, sin embargo su contenido ha sido asumido, si bien evitando el espinoso problema de la jerarquía de derechos, al menos explícitamente. Puede decirse que se ha mantenido en su *core* esencial, como protectora de determinados derechos y libertades, si bien funcionalizada y despojada de una excesiva abstracción.

La idea de un derecho fundamental nacida de la práctica, plantea también la duda de si supone en primer lugar una reconstrucción de la teoría axiológica del Tribunal Constitucional Federal o, si bien, lejos de fundarse en valores se trata de un efecto de la doctrina de la jerarquía de los derechos. La diferencia no es exclusivamente doctrinal, puesto que una opción u otra son a su vez interpretables, es decir, la opción sobre la naturaleza determina la opción sobre las consecuencias, muy especialmente sobre los instrumentos de control asignados a valores, como en cierto modo los asignados a posiciones jurídicas fundamentales (9).

En primer lugar hay que indicar que la posición preferente se atribuye inicialmente a las libertades básicas señaladas. A raíz de la introducción de la tesis de las categorías sospechosas, en base a la famosa nota 4 en *United States vs. Carolene Products*, es cierto que se producido un cierto intento de ampliar sucesivamente los supuestos de sospecha que podían entenderse incluidos en la inversión de la presunción de constitucionalidad, pero esto no ha supuesto en ningún caso que se haya extendido a los derechos derivados del *substantive due process* la condición de libertad preferente. Las categorías del juez Harlan Stone en la famosísima nota producían una aparente inversión de la presunción, estando formuladas en condicional negativo.

Primero, afirma que puede ser que el ámbito de la presunción sea menor cuando parezca vulnerarse algunas de las prohibiciones contenidas en las diez primeras enmiendas. En este caso sí existe una conexión directa con las *preferred freedoms*, aunque parezca extenderse la citada inversión a las diez enmiendas.

(9) Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, 2012.

Segundo, también como posibilidad, se afirma que no es el momento de considerar si la legislación que supone la restricción de procesos legislativos que puedan suponer la eliminación de la legislación indeseada deba someterse a un control judicial más estricto, según la enmienda 14. Esta formulación es la base, en su laconismo, de toda una teoría especial de la interpretación, formalizada por Ely, que ha tenido una influencia perdurable y que constituye uno de los pilares de la democracia procedimental, es decir, uno de los pocos casos de creación de conceptos políticos desde la doctrina y la jurisprudencia.

Tercero, también en posibilidad aparentemente descartada, afirma que tampoco se necesita ahora investigar si este tipo de consideraciones deben también tenerse en cuenta cuando lo revisado son leyes dirigidas contra minorías religiosas, nacionales o raciales específicas y si el prejuicio contra minorías discretas y aisladas tiene una condición especial que tienda a recortar la operatividad de los procesos políticos en los normalmente se confía para la protección de las minorías. De esta brevísima referencia nace un auténtico río de derechos derivados, no solamente en el caso de la primera enmienda.

Pocas afirmaciones tan cautelosas y en principio descartadas han causado un efecto tan relevante en el debate constitucional. La extraña forma de expresarse la sentencia apremia a considerar qué es lo que el juez quiso realmente decir. Lo que si esta claro es que con esa técnica hermética o aforística sí quería decir algo y, por cierto, muy relevante a los efectos de los derechos incorporados en las enmiendas constitucionales. Si se observan las citadas afirmaciones condicionadas, se podrá ver que en los casos mencionados no se trata tanto de preferencias, como en el caso de la Primera enmienda, sino de criterios de interpretación más restrictivos. Si bien el efecto puede en algunos casos llegar a ser la ultraprotección del derecho, en general atribuido a todos, o la de la posición étnica, social o humana en general, la vía es diferente.

En ambos casos existe una diferencia estrictamente conceptual. La posición preferente es más rígida, al garantizar a todos el ejercicio de las libertades fundamentales, mientras que el criterio de las

categorías sospechosas no instaura una protección generalizada, sino una selectiva, dirigida a establecer un doble estandar cuando existen *discrete and insular minorities*, en función de la dificultad presumible de éstas para poder modificar la legislación restrictiva. Esta creación jurisprudencial se funda en la interpretación de la enmienda 14, también y está vinculada a la denominada incorporación selectiva de las diez primeras enmiendas en cuanto a su aplicación por los Estados.