

LA LIBERTAD DE EXPRESION Y PRENSA POLITICA

ANTONIO AGUILERA FERNÁNDEZ

SUMARIO: 1. EL PLURALISMO POLÍTICO: EJE Y ESENCIA DEL ESTADO DEMOCRÁTICO.—2. EL DESMESURADO CONTROL SOCIAL DE LAS LIBERTADES DE OPINIÓN, SÍNTOMA DE MÁXIMA INTOLERANCIA DEL VIGENTE CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.—3. EL VALOR CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN POLÍTICA.—4. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL CIUDADANO EN COMPARACIÓN CON ALGUNAS ÉLITES SOCIALES.

1. EL PLURALISMO POLÍTICO: EJE Y ESENCIA DEL ESTADO DEMOCRÁTICO

La vigencia de las libertades de expresión y prensa es, quizá, el más significativo paradigma para definir a un Estado democrático. En la realidad de finales del siglo xx, los Estados que reconocen y estimulan a sus ciudadanos a pensar por sí mismos, a expresar sus pensamientos e ideas directamente, y a través de su acceso a los medios de comunicación social, esos Estados, son los más libres e igualitarios de la Comunidad internacional.

Es indudable, no obstante, que la preocupación de un pueblo por la mera subsistencia física, una renta per cápita situada en los límites de la pobreza y una numerosa clase baja cercana a la miseria, impiden o dificultan extraordinariamente la existencia misma de la libertad de expresión, del pluralismo político y, consecuentemente, de la democracia.

Esta armonía de la libertad de expresión y la democracia, implica la creencia que muchos de los valores de una sociedad son relativos, necesitados de una valoración dialéctica, y por tanto, opinables. Presupone, en definitiva, la existencia de la tolerancia y el relativismo. Y su ausencia engendra el dogmatismo religioso y político, en suma, el Estado totalitario.

Es claro, no obstante, que todos los Estados deben imponer determinadas restricciones a sus ciudadanos a la hora de hablar y de opinar. Algunas de ellas, tan absolutamente razonables como los insultos personales, la incitación al asesinato o gritar: ¡Fuego! en un teatro abarrotado de público. Otras mucho más discutibles, como la manifestación de opiniones políticas que cuestionen el poder, la moral dominante o las instituciones de ese Estado. Es, por consiguiente, la «calidad» de esas limitaciones lo que nos muestra el estado real de esa libertad.

En las sociedades contemporáneas el control social del Estado sobre las opiniones de sus ciudadanos no debe llegar al extremo de uniformar a la sociedad. Pues, insistimos, lo que autentifica a un Estado democrático es su permanente discusión, su relativismo (1).

La libertad de prensa o información es la derivación necesaria de la vigencia de la libertad de expresión. En la actualidad de los Estados-Naciones, son grupos sociales y empresariales los que ejercen el derecho a informar desde su particular opinión política. Es exigible desde un punto de vista democrático que esos grupos sociales y empresariales reflejen la pluralidad de la sociedad a la que se dirigen. Y una mayor profundización democrática exigiría que se produjese un auténtico diálogo entre sociedad y Mass Media (2).

(1) LUCAS VERDÚ fija la esencia del pluralismo político-social de la Constitución española de 1978, en los valores de tolerancia, relativismo y cooperación. Y dice: «Los valores pluralistas *no están ahí* con independencia absoluta. No son afirmaciones intemporales, abstractas.» Vid. PABLO LUCAS VERDÚ: *Curso de Derecho político* (vol. IV). Tecnos. Madrid, 1984, pág. 527.

(2) Este diálogo, conceptualizado en el moderno derecho a la comunicación, es quizá una de las mayores metas a alcanzar por las tecnologías de la información. En el plano internacional, la democratización de la información es una de las exigencias básicas del informe elaborado por SEAN MACBRIDE y otros: *Un solo mundo, voces múltiples*. Fondo de Cultura Económica. México/UNESCO. París, 1980.

En el plano nacional del Estado social y democrático de Derecho, una aspiración que lo autentifica. Cfr. MODESTO SAAVEDRA LÓPEZ: *La libertad de expresión en el Estado de Derecho. (Entre la utopía y la realidad)*. Ariel, Barcelona, 1987.

Otra de las funciones básicas de la libertad de prensa es ejercer como un *contrapoder*. En los Estados democráticos la función de control del Gobierno corresponde por antonomasia al Parlamento. No es exagerado decir que en la realidad de finales del siglo xx, esa importantísima función también corresponde a los medios de comunicación. Omito en esta introducción los conocidos ejemplos históricos que ilustrarían fehacientemente esta afirmación.

El pluralismo político, consecuencia natural e inexorable de la vigencia de la libertad de expresión, nos conduce, en los Estados democráticos de Derecho, a los partidos políticos, encargados de canalizar las diferentes ideologías y propuestas políticas. Esa vigencia efectiva de la libertad de expresión (democracia interna) en los partidos políticos de nuestro país, ha sido analizada con claridad y precisión por JORGE DE ESTEBAN. Su profunda crítica aporta también algunas soluciones:

«Por el contrario, la regla por la que se rigen los partidos en nuestro país no es la que se deriva de este principio, sino de la de otro, bien distinto, y que podemos denominar como principio «monárquico». Esto es, en lugar de ser asociaciones con una participación plural, dentro de un amplio marco ideológico, son instituciones en las que impera fundamentalmente el criterio del líder y del aparato burocrático, pero en las que no se permite la crítica o la discrepancia.

Tal peculiaridad está comportando un debilitamiento cada vez mayor de estas organizaciones esenciales para el funcionamiento de nuestro sistema democrático, porque en la mayor parte de ellas no existe debate interno, no se respeta la libertad de expresión y no se fomenta la participación. Evidentemente, de forma general, habría que explicar semejante orientación, acudiendo a lo que el sociólogo MICHELS denominó como «ley de hierro de las oligarquías» y que consiste en el hecho de que en cualquier organización humana el poder acaba en manos de los dirigentes de la misma, marginando al colectivo que la forma. Por supuesto, ésta es una tendencia universal de toda organización y de todo tiempo. Una tendencia a la que se la puede frenar de dos maneras.

Por una parte, extendiendo los valores participativos pro-

pios de una cultura democrática y, por otra, estableciendo las pertinentes reglas jurídicas y consiguientes controles políticos y jurídicos que hagan difícil, si no imposible, dicha tendencia» (3).

2. EL DESMESURADO «CONTROL SOCIAL» DE LAS LIBERTADES DE OPINIÓN, SÍNTOMA DE MÁXIMA INTOLERANCIA DEL VIGENTE CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

La Constitución española regula estas libertades y establece sus límites en el artículo 20. Tradicionalmente el Código penal ha limitado también, mediante la acción del «ius puniendi» estas libertades. Después de la Constitución de 1978, el Código penal español, mantiene casi el mismo articulado del ejercicio ilícito de la libertad de expresión.

El Capítulo I del Título II, Libro II, regula los «Delitos contra el Jefe del Estado, su sucesor, altos Organismos de la Nación y forma de Gobierno». El Capítulo VIII se ocupa «De los desacatos, insultos, injurias y amenazas a sus agentes y a los demás funcionarios públicos». Y el Título X, contempla las calumnias y las injurias, como delitos contra el honor.

El artículo 146 del Código penal establece que «se impondrá la pena de prisión mayor al que injuriase o amenazare al Jefe del Estado en su presencia.» El artículo 147 dispone que «incurrirá en la pena de prisión mayor el que injuriare o amenazare al Jefe del Estado por escrito o con publicidad fuera de su presencia. Las injurias o amenazas inferidas en cualquier otra forma serán castigadas con la pena de prisión mayor, si fueren graves, y con la pena de prisión menor, si fueren leves».

Entre los delitos contra los altos Organismos de la Nación, el artículo 156 dispone que: «El que injuriare a las Cortes hallándose en sesión, o a alguna de sus Comisiones en los actos públicos en que las representen, será castigado con la pena de destierro.» Cuando el sujeto pasivo de la injuria, a tenor de los artículos 157 y 158,

(3) JORGE DE ESTEBAN: *La democracia interna de los partidos*. Diario «El Mundo», de 6 de marzo de 1990.

sea algún miembro de las Cortes, la pena será de confinamiento, si aquélla fuese grave, y de destierro si fuese leve.

El artículo 161.1, por otra parte, castiga con la pena de *prisión mayor* a «los que injuriaren, calumniaren o amenazaren gravemente al Regente o Regentes, al Gobierno, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo o a los Gobiernos de las Comunidades Autónomas». Si la injuria o amenaza no fueran graves la pena a imponer será de prisión menor.

La doctrina, en general, se muestra muy crítica con esta superprotección, y para paliar en lo posible las desproporcionadas penas, aconseja interpretarlos a la luz del derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 20 de la Constitución. «El carácter —dice MUÑOZ CONDE— poco democrático y gravemente peligroso para la libertad de expresión y de crítica frente a las actuaciones de los órganos políticos citados en el artículo 161,1, obliga a interpretarlo restrictivamente, haciéndolo compatible con los principios constitucionales en general y con lo que regulan la discrepancia, la crítica y la oposición política en particular» (4).

Suscribiendo por entero la posición de MUÑOZ CONDE, es muy discutible desde la perspectiva constitucional *la existencia misma* de esa desproporcionada pena, prisión menor para las injurias no graves y prisión mayor para las graves, a esos altos Organismos de la Nación, en comparación con la pena de multa de 30.000 a 600.000 pesetas a las injurias leves por escrito y con publicidad, al común de los ciudadanos. Para paliar en lo posible esa discriminación penal, es por lo que se hace imprescindible interpretarlos restrictivamente, a fin de compatibilizarlos con el ejercicio de la libertad de expresión que protege nuestra Constitución.

El Capítulo VIII del Título II, contempla los delitos «de los desacatos, insultos, injurias y amenazas a la autoridad y de los insultos, injurias y amenazas a sus agentes y a los demás funcionarios públicos». En el artículo 240 se regula la calumnia, injuria,

(4) FRANCISCO MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal*. Parte Especial, 6.^a ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla, 1985, pág. 543. En parecido sentido, vid. JOAN J. QUERALT: *Derecho Penal Español*. Parte Especial. (Vol. I). Librería Bosch. Barcelona, 1986, pág. 216.

insulto o amenaza, de hecho o de palabra, o en escrito a un ministro o autoridad, en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas. La pena a imponer es de prisión menor y multa, si aquéllas fueran graves, y arresto mayor y multa si fueran leves. El artículo 242 regula las injurias o amenazas a los ejércitos o a sus instituciones, armas, clases o cuerpos determinados, imponiendo una pena de prisión menor —las graves— y arresto mayor o multa las leves.

Esta desmesurada tipificación penal, síntoma de la máxima intolerancia social, y poderoso medio de control social, está en nula concordancia con la Constitución española de 1978, por lo que quien contradice gravemente la regulación constitucional de las libertades de expresión e información es el propio Código penal español.

3. EL VALOR CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN POLÍTICA

En la más de una década de vigencia de la Constitución, el texto aprobado por las Cortes y ratificado por el pueblo español, en su relación dialéctica con la vida social y política de nuestro país, se ha autenticado como tal. Crucial papel, en esta dialéctica, ha correspondido al Tribunal Constitucional.

Y en esta delimitación de los perfiles teóricos del derecho a la libertad de expresión y prensa, el Tribunal Constitucional ha sintetizado una enjundiosa labor jurisprudencial. En su primera sentencia relativa a este derecho dijo:

«El artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huera las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política» (5).

Pero lo cierto es que esta especial significación de las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo político

(5) STC 6/1981 de 16 de marzo. «BOE» de 14 de abril. Fund. Jco. 3.

y de una opinión pública libre, no significaba más que una declaración grandilocuente, sin apenas trascendencia jurídica alguna, en cuanto esas libertades entraran en conflicto con las limitaciones mencionadas en el artículo 20.4. En estos casos, la jurisdicción penal, con una lectura literal del precepto limitador, y sin valoración alguna a la relevancia o interés político del discurso, hacía prevalecer sistemáticamente el derecho al honor de personas o instituciones sobre la libertad de expresión y prensa.

Hay que esperar a 1986, después de la primera renovación del alto Tribunal, para que éste liberalice aún más su doctrina. A este respecto, son decisivas las sentencias de 17 de julio y 16 de diciembre de 1986, culminadas en la de 8 de junio de 1988. En nuestro parecer, la interpretación del Tribunal Constitucional, de gran rigor y claridad conceptual, sitúa a nuestro país en línea con los Estados democráticos más tolerantes. Su doctrina es la siguiente: Se afirma la posición preferencial de la libertad de expresión e información, cuando se ejercitan en asuntos de interés público que contribuyan a la formación de la opinión pública. Esta posición preferencial alcanza su máximo nivel de prevalencia, en el conflicto con el derecho al honor, cuando los destinatarios de la opinión o información crítica son personas públicas. El valor prevalente de estas libertades decae en el caso de que se ejerciten en relación con conductas privadas carentes de interés público e intrascendentes para la formación de una opinión pública libre.

La solución del conflicto de derechos requiere, pues, partir de la posición preferencial de la libertad de expresión política, o con intención de discurso intelectual, respecto del prestigio o autoridad moral de las instituciones públicas, respecto del honor de la clase política, en los asuntos que interfieran con la cosa pública... En estos supuestos, y siguiendo a ERIC BARENDT, es mayor el mal que causa su prohibición y condena, que el supuesto peligro que su tolerancia entraña (6).

(6) Esta es una de las más importantes conclusiones a que llega ERIC BARENDT después de realizar una razonada crítica de la jurisprudencia USA. Su defensa del «political speech», de la tolerancia con el lógico margen de error del mismo, es una conclusión que extendemos a todos los regímenes democráticos. Vid. ERIC BARENDT: *Freedom of speech*. Clarendon Press. Oxford, 1987, págs. 302 y 303.

Y es de rigor constitucional que no deben existir discriminaciones entre la libertad de expresión y la libertad de prensa, en discursos relacionados con el honor, si exceptuamos la veracidad, exigible constitucionalmente a la libertad de prensa y no a la de expresión.

Donde el marco teórico del conflicto de derechos es marcadamente insuficiente, es en la colisión libertad de expresión e información y derecho a la intimidad personal y familiar. E insuficiente no porque sea parca o débil, sino por la inexistencia de teorización. Sorprendentemente, hasta ahora, sólo se ha producido en el ámbito jurisdiccional del Tribunal Constitucional, un conflicto de derechos de esta naturaleza (7). Los conflictos habidos se han resuelto en la órbita de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. No dudamos que las tensiones a que estamos asistiendo en estos años, entre la libertad de información y el derecho a la intimidad, provocarán por vía del recurso de amparo, la necesaria construcción doctrinal del «intérprete supremo de la Constitución».

La construcción doctrinal del alto Tribunal diferirá radicalmente de la plasmada en el conflicto libertad de expresión e información y derecho al honor. Ahora existirá una posición preferencial del derecho a la intimidad personal y familiar sobre la libertad de información, y en mayor medida sobre la libertad de expresión del ciudadano. Así lo exige la configuración constitucional de la intimidad (inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones, derecho a no declarar sobre su ideología, religión o creencias, libre desarrollo de la personalidad...), y el más elemental sentido común político.

Ahora bien, las personas relacionadas con la cosa pública: gobiernos estatal y regional, parlamentarios y, en general, distintos

(7) En concreto, la comercialización por vídeo de la cogida y posterior tratamiento médico en la enfermería de la plaza de toros de Pozoblanco (Córdoba), del torero «Paquirri». Interpuesto recurso de amparo por su viuda, doña Isabel Pantoja, el TC declaró la nulidad de la sentencia de la Sala Primera del TS, y reconoció el derecho de la recurrente a su intimidad personal y familiar. Vid. STC 231/1988 de 2 de diciembre. «BOE» de 23 de diciembre.

poderes públicos de más difícil concreción; es de no menor elemental lógica democrática, que en esos asuntos de interés público, su derecho a la intimidad se torne menos protegido respecto a la libertad de prensa (8).

Esta especial importancia y significación política de la libertad de prensa como uno de los más eficaces «contrapoderes» que definen a un Estado democrático, está en dialéctica confrontación con el Poder político que se resiste a esa indagación y crítica de su política. Cuando en esa dialéctica se extralimita la libertad de prensa, se producen ciertas injusticias, abusos y atropellos al honor o intimidad de algunas autoridades o instituciones públicas. Cuando quien triunfa es el Poder político, a costa de amordazar la libertad de prensa, el resultado no es el Estado democrático.

Asunto también difícil es el derecho a la intimidad de artistas y personas relacionadas con el espectáculo. Nos parece claro que su propia imagen, en lugares públicos, pueda ser reproducida en los medios de comunicación. Igual de diáfano debe ser que en su

(8) También aquí ha opinado FERNANDO SAVATER, y con la agudeza y decisión que acostumbra: «La libertad de prensa es el derecho a hacer público todo lo que el público tiene derecho a saber respecto a lo que en cuanto público le afecta. Nada atenta más gravemente contra la libertad de información que confundirla con la libertad de espionaje de la intimidad: suponer que cualquiera tiene derecho a saberlo todo sobre todo es una creencia netamente totalitaria. Pero, ¿acaso pueden permitirse las personalidades públicas tener una intimidad privada? ¿No tienen derecho sus electores o seguidores a saberlo todo sobre ellos, desde que se levantan hasta que se acuestan y, sobre todo, con quién hacen lo uno y otro? Creo que contestar negativamente a la primera de estas preguntas y afirmativamente a la segunda son aberraciones deontológicas. Es cierto que hay detalles de la intimidad de los gobernantes que pueden tener interés público por sus repercusiones en la gestión de su cargo: su estado de salud, por ejemplo, o cualquier indelicadeza en beneficio de familiares y amigos. Pero, fuera de estas ocasiones —y aun ellas deben ser tratadas con miramiento—, su derecho a tener una esfera íntima de conducta es igual a la de cualquier otro ciudadano.» Vid. FERNANDO SAVATER: *A decir verdad*. Fondo de Cultura Económica, 1.ª ed. Madrid, 1987, pág. 177.

A lo dicho por SAVATER unas pequeñas objeciones. Si un ministro comete adulterio y existen ciertas sospechas, ¿es un asunto de interés político? ¿Debe la prensa indagar para contarlo a sus lectores? Son respuestas difíciles que precisan atender a las circunstancias particulares del caso. No obstante, en los regímenes democráticos, los electores suelen querer no ser mentidos.

intimidad, ésta es preponderante sobre la libertad de información. El problema se complica en el caso de una transacción comercial (venta, para ser más claros), de parcelas de su intimidad personal o familiar, ¿la parte de la intimidad no cedida goza de la misma fortaleza ante la libertad de prensa? La Constitución española, obviamente, no impone a todos los ciudadanos una absoluta reserva de su derecho a la intimidad. Ahora bien, el que libremente decida la venta de una parcela de la misma, nos parece de cierto rigor teórico, que la parte no cedida se torna menos protegida jurídicamente.

Un error, en nuestra opinión, del ordenamiento jurídico español es la escasa protección del ciudadano ante noticias groseramente falsas. El articulado del derecho de rectificación en España no es instrumento suficiente para evitar esa desinformación maliciosa. Y la Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, ni siquiera aborda el asunto. Reclamamos, por tanto, una más eficaz protección civil ante esas informaciones marcadamente falsas.

El punto 4 del artículo 20 de la Constitución, establece otros límites al ejercicio de las libertades de opinión e información. En general, el respeto a los derechos y preceptos que desarrollan el Título I. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA se ha manifestado en el sentido de extender la posición preferencial de la libertad de expresión a esos otros bienes jurídicos colectivos. «Esta posición preferente —afirma SOLOZÁBAL— de la libertad de expresión, a la que cualifica su dimensión política, y que me parece sumamente razonable, ha de extenderse no sólo cuando la misma entra en conflicto con el honor personal, sino también con otros bienes jurídicos colectivos, como el orden público, la seguridad del Estado, etc...» (9).

Respecto a otro límite explícito de ese artículo 20, la protección de la juventud y de la infancia, la casuística de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha limitado en su totalidad a la protección de

(9) JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA: *Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información*. «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 23, mayo-agosto 1988, pág. 153.

la moral sexual de los jóvenes. En este sentido, la sentencia del TC en el caso «A ver» ha generado una interesante doctrina.

Como antecedentes más destacados del caso, el señor R.L., dueño de una empresa editorial, publicó en español el libro titulado «A ver», de los autores alemanes HELGA FLEISCHHAUER, doctora en Medicina, y WIL MCBRIDE, fotógrafo profesional. El libro había sido traducido a ocho idiomas y circulaba libremente en el país originario, Alemania del Oeste, y distintos países europeos y norteamericanos (Suecia, Francia, EEUU y Canadá, entre otros). La contraportada del libro da cuenta de unas elogiosas críticas de DON SLOAN, Director del Centro de Medicina Psicosomática, Terapia y Educación Sexual del Departamento de Obstetricia y Ginecología del «New York Medical College». Se distribuyeron 5.000 ejemplares en librerías de Madrid, Salamanca y otras capitales, y en particular, en la Feria del Libro de Madrid de 1979, Sección de Literatura Infantil. El prólogo de la obra indica que es un libro de educación sexual para niños y padres.

A instancia del Ministerio Fiscal (reclamada su actuación en distintos medios de comunicación por el Presidente de la Confederación Católica Nacional de Padres de Familia y Padres de Alumnos, y otras 16 asociaciones más), la Audiencia Provincial de Salamanca, condenó al señor R. L., como autor de una falta de imprenta a la pena de 10.000 pesetas de multa, decretando el comiso de los ejemplares intervenidos y de los fotolitos, y absolviéndolo del delito de escándalo público de que venía acusado por el Ministerio Fiscal. Recurrída en casación la sentencia, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, casa y anula la anterior sentencia y condena al señor R. L. «como autor responsable de un delito de escándalo público, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de un mes y un día de arresto mayor, multa de 20.000 pesetas, con arresto sustitutorio de un día por cada 2.000 pesetas de multa, y seis años y un día de inhabilitación especial para ejercer cargos de dirección o análogos de revistas o publicaciones» (10).

(10) STC 62/1982 de 15 de octubre. «BOE» de 17 de diciembre. Antecedente 4.

Promovido el correspondiente recurso de amparo por la defensa del señor R. L., se solicita se le reconozca su derecho a la libertad de expresión a través del libro «A ver», y en consecuencia, se le restablezca en la integridad de sus derechos.

La sentencia del Tribunal Constitucional (ponente Gómez Ferrer), después de examinar la posible vulneración del derecho a un proceso público por la celebración del juicio a puerta cerrada (11), resuelve el conflicto de derechos así:

«Para resolver la primera cuestión enunciada —la moral como posible límite de la libertad de expresión—, hay que partir del artículo 20.4 de la Constitución que dice así (...).

De acuerdo con el precepto transcrito, en conexión con el artículo 53.1 de la Constitución, la Ley puede fijar límites siempre que su contenido respete el contenido esencial de los derechos y libertades a que se refiere el artículo 20. Queda así planteada la cuestión de determinar si la moralidad pública puede ser un límite establecido por el legislador o si tal límite afectaría al contenido esencial de la libertad de expresión.

(11) El letrado recurrente argumentó que decretar la celebración del juicio a puerta cerrada por razones de moralidad, era lo mismo que pre-juzgar la inmoralidad del libro. LINDE PANIAGUA, por el contrario, considera que: «La alegación del recurrente de que la celebración del juicio a puerta cerrada por razones de moralidad significa un prejuicio sobre la moralidad del libro en cuestión y su condena que viola el derecho a la presunción de conciencia y a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales es francamente desafortunada.» Vid. ENRIQUE LINDE PANIAGUA y otros: *Materiales para el estudio y aplicación de la Constitución de 1978 (1978-1982)*. Tomo II (vol. I). Ed. Aranzadi. Pamplona, 1984, pág. 1483. Discrepamos de la opinión de LINDE; la argumentación del letrado es, cuanto menos, fundada en Derecho.

El Tribunal Constitucional anduvo cerca del sofisma: «Por último, no puede admitirse el argumento de que cuando el presunto delito afecte al pudor de las personas en general, éstas tengan que estar presentes mediante la publicidad del juicio. Ello, en primer lugar, porque en tal supuesto la presencia sería físicamente imposible dado su número, y, en segundo término, porque tal necesidad haría inviable la resolución judicial de que el juicio se celebre a puerta cerrada por razones de moralidad, lo que iría en contra de la interpretación del artículo 24.2 de la Constitución, que ordena el artículo 10.2 de la misma, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos sobre las mismas materias ratificados por España». STC 62/1982 de 15 de octubre, *op. cit.*, Fun. Jco. 2.

Problema que puede resolverse fácilmente a partir del artículo 10.2 de la Constitución, dado que tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, y en el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, se prevé que el legislador puede establecer límites con el fin de satisfacer las justas exigencias de la moral (artículo 29,2 de la Declaración), para la protección de la moral pública (artículo 19.3 b Convenio de Nueva York), para la protección de la moral (artículo 10 Convenio de Roma). El principio de interpretación de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (artículo 10.2 de la Constitución), nos lleva así a la conclusión de que el concepto de moral puede ser utilizado por el legislador como límite de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 20 de la Constitución» (12).

Esta interpretación del alto Tribunal ha sido fuertemente criticada por algún sector doctrinal. IGNACIO DE OTTO, aduce que «los convenios y tratados internacionales no pueden servir ni para pasar por alto límites de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, ni para añadir, como parece afirmar la sentencia, otros distintos de los que la Constitución expresamente formula; declarados constitucionalmente los derechos, los tratados y convenios internacionales no pueden en ningún caso conducir a la disminución o ampliación de la garantía constitucional» (13).

TOMÁS S. VIVES muestra, asimismo, su disconformidad con este razonamiento: «La fácil solución que el Tribunal Constitucional da al problema no resulta, en modo alguno, convincente. Los preceptos de la Declaración Universal y de los Pactos de Roma y Nueva York, a que hace referencia, no obligan a los diversos ordenamientos estatales a imponer restricciones a la libertad de expresión en razón

(12) STC 62/1982 de 15 de octubre, *op. cit.* Fund. Jco. 3.

(13) IGNACIO DE OTTO Y PARDO y LORENZO MARTÍN-RETORTILLO: *Derechos Fundamentales y Constitución*. Civitas: Madrid, 1988, pág. 115.

de la tutela de la moral pública, sino que *se limitan a permitir las...*» (14).

Obviado el incorrecto razonamiento que efectúa la sentencia, es lo cierto que la propia Constitución establece como límite a la libertad de expresión, la protección de la juventud y de la infancia, que si bien no debe entenderse referida únicamente a la moral sexual, es indudable que la comprende. No es menos cierto que el artículo 27.3 de la Constitución, garantiza el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. En consecuencia, habría que examinar si la obra «A ver», se encuentra dentro de esas distintas clases de moral protegidas constitucionalmente o, por el contrario, su discurso es netamente inmoral y pornográfico. Al Tribunal Supremo no le cupo ninguna duda:

«CDO.: Que el detenido estudio del resultando de hechos probados, unido al examen del libro que como cuerpo del delito se acompaña a las actuaciones practicadas en la primera instancia, llevan a la conclusión de que distan mucho de perseguir un criterio meramente educativo de índole sexual, aun cuando sean numerosos los pasajes que así han de tildarse, algunos de ellos, incluso, elevados a un nivel científico que los despoja de todo carácter erótico y, por supuesto pornográfico; pero sí en cambio existen algunos, en que bajo la máscara de aquella pseudoeducación inciden abiertamente en lo pornográfico que, hoy por hoy, y pese a críticas tendenciosas y adversas, atentan al pudor y a las buenas costumbres en lo que de valores perennes e inmutables tienen en sí mismas...» (15).

La interpretación del Tribunal Supremo sobre lo pornográfico u obsceno, no siempre ha estado a la altura de los tiempos. En la sentencia de 28 de junio de 1984 (Ar. 3703), en la que se condenó al procesado por la publicación de un libro considerado obsceno, se efectúan estas consideraciones filosóficas, impropias del espíritu y la letra de la Constitución de 1978:

(14) TOMÁS S. VIVES ANTÓN: *Derecho Penal*. Parte Especial (vol. I). Dirigido por Manuel Cobo del Rosal y otros. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1987, pág. 617.

(15) STS de 29 de octubre de 1981 (Ar. 3924).

«y si bien no hay inconveniente en reconocer y aceptar la evolución de las costumbres en materia de moralidad sexual hacia una sociedad más permisiva y sexualmente más informada, la pornografía desborda los límites de lo ético, sin otra finalidad que provocar la liberación incontrolada del instinto sexual, propugnando más que una sexualidad anormal, desviada o pervertida que conduce a la degradación de la persona, *en la que el amor, que es valor imprescindible de la convivencia social y en particular de la relación intersexual*, resulta encarnecido y ensombrecido, siendo —la obscenidad— un ariete poderoso y demoleedor contra una sociedad que cuente entre sus aspiraciones legítimas la mejora y perfección de las costumbres, la promoción de la cultura y la convivencia ordenada...» (el subrayado es nuestro).

Casi diez años más tarde, la lectura del libro «A ver», nos lleva a afirmar que se trata de una obra con intención de discurso intelectual y discutible valía, escrita por una doctora en Medicina, y unas imágenes de desnudos no pornográficos, que circula libremente por varios países europeos y norteamericanos.

4. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL CIUDADANO EN COMPARACIÓN CON ALGUNAS ÉLITES SOCIALES

Una visión sesgada de la realidad puede hacernos pensar que ya que la clase política y otras élites sociales de un país, disponen de un menor derecho a la intimidad (en los asuntos que interfieran con la «cosa pública») que el ciudadano corriente; lógico debiera de ser que los papeles se intercambiaran, y en lo referente a la libertad de hablar y de opinar, a ese ciudadano corriente se le asignara un nivel menor de protección. De entrada señalamos nuestra total disconformidad con ésta, por otra parte, inconstitucional visión.

Es claro que ni la letra ni el espíritu de la Constitución española de 1978, permiten discriminaciones en el ejercicio de la libertad de expresión. No es menos cierto que la realidad sociopolítica de un Estado, aunque sea social y democrático de Derecho, no es todo lo justa e igualitaria que sería de desear. Por consiguiente, y según analizaremos, en el seno de ese Estado social y democrático de

Derecho, no es nada extraño se produzcan ciertas desigualdades a la hora de hablar y de opinar.

Desigualdades, derivadas de esas lógicas tensiones producto de una realidad social crispada donde encontrar el justo equilibrio de libertades es tarea de particular complejidad. Esta convulsa realidad, producto de la naturaleza plural del orden social, ha sido descrita magníficamente por ANTONIO GARCÍA-PABLOS:

«La sociedad postindustrial y democrática no es un todo compacto, unitario y monolítico, sino un «mosaico complejo y fraccionado de grupos y subgrupos», una colección de «ghettos normativos» que tratan de abrirse paso a empujones para conseguir su espacio social. Es altamente conflictiva, antagónica y estratificada. Las teorías de las «subculturas» han tratado de demostrar, con diverso éxito, que no existe en la misma un único código normativo, sino una multiplicidad de subórdenes axiológicos, todos ellos legítimos, que, además, cada individuo —según su pertenencia no elegida a los respectivos grupos y colectivos— interioriza a través de los mismos mecanismos de socialización que permiten al ciudadano no «desviado» asumir los valores mayoritarios» (16).

Dicho lo cual, pasamos al estudio de algunas sentencias, de discutible acierto, fiel reflejo de esa crispada y democrática realidad.

Con ocasión de un conflicto colectivo desarrollado durante los meses de verano de 1981 en el centro educativo Liceo Sorolla, los profesores-trabajadores del mismo declararon una huelga entre los días 31 de agosto y 30 de septiembre, asumiendo las funciones del Comité de huelga, cuatro delegados de personal. Durante el transcurso de la misma, la empresa convocó exámenes para los días 1 a 6 de septiembre y contrató nuevo personal para la realización de las pruebas, lo que motivó el levantamiento de un acta de infracción por la Inspección de Trabajo, si bien tales pruebas se llevaron a cabo y sus resultados fueron estimados válidos por la autoridad académica.

(16) ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA: *La protección penal del honor y la intimidación como límite al ejercicio del derecho a la libre expresión*. En *Libertad de expresión y Derecho penal*. Editoriales de Derecho Reunidas, S. A., Madrid, 1985, págs. 210 y 211.

El día 4 de septiembre el Comité de huelga dirigió un comunicado a los alumnos y padres en el que se decía lo siguiente:

«Que ante la situación de huelga legal que tenemos planteada la plantilla del Centro, por impago de nóminas, atrasos, etcétera, desde el día 30 de mayo, se ha producido la siguiente situación: 1.º) Los exámenes están siendo realizados por profesores distintos a los que impartieron enseñanza durante el curso. Los nuevos designados no están al corriente de la situación académica de los alumnos suspendidos, ni conocen lo que a cada alumno se había indicado para dichos exámenes; 2.º) por informaciones recibidas de alumnos y padres, existen sospechas de que en dichos exámenes podrían estarse produciendo irregularidades; 3.º) teniendo en cuenta lo anterior, los citados exámenes podrían resultar nulos; 4.º) ante estos hechos el profesorado ha denunciado estos exámenes por si hubiera ilegalidad a: Delegado Provincial de Educación, Inspector Jefe de Enseñanza Media, Inspector de Enseñanza Media (Zona de Tetuán), Inspector de EGB (Zona de Tetuán), Decano del Colegio de Doctores y Licenciados, Director Técnico del Liceo Sorolla, Delegado Provincial de Trabajo. Debido a esta situación urgimos a los padres a que recaben información de los organismos competentes y tomen las medidas pertinentes. Lamentamos profundamente esta situación ajena a nuestra voluntad.»

Los días 19 y 21 de septiembre, Alejandro Carrillo Carrillo y María del Carmen Burgoa Pascual, profesores integrantes del Comité de huelga, recibieron sendas *cartas de despido*, acordado tras el oportuno expediente, imputándoles la empresa diversos hechos, fundamentalmente, la emisión del comunicado transcrito. Habiendo formulado demanda de despido, la Magistratura de Trabajo núm. 4 de Madrid, dictó sentencia reconociendo la procedencia del despido conforme a la causa d) del artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores («transgresión de la buena fe contractual»), en relación al citado comunicado.

El Tribunal Supremo, desestimó el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por los dos profesores despedidos, confirmando el pronunciamiento de instancia. Su doctrina respecto

al ilícito ejercicio de la libertad de expresión fue, amén de crítica, preconstitucional. Cita nominalmente la Constitución de 1978, pero eso sí, sin excesivas conclusiones jurídico-políticas (17). Su doctrina fue la siguiente: el derecho fundamental a la libertad de expresión tiene límites, entre ellos «las consecuencias jurídicas que previene el ordenamiento legal en vigor», en concreto, constituye incumplimiento del contrato de trabajo «la transgresión de la buena fe contractual»; por consiguiente...

La sentencia olvida examinar, entre otros asuntos de interés, la transgresión en cuestión, el susodicho escrito de los profesores miembros del Comité de huelga (18), y la calificación de falta muy grave aplicada al mismo con el consiguiente despido.

En el recurso de amparo interpuesto por los dos profesores contra las sentencias de la Magistratura de Trabajo de Madrid y de la Sala Sexta del Tribunal Supremo, por presunta vulneración de los artículos 20.1 y 28.1 de la Constitución al reconocer la procedencia del despido, el Tribunal Constitucional desestimó el recurso. En su sentencia 120/1983 de 15 de diciembre (ponente Escudero del Corral), y en su fundamento jurídico 2 se afirma:

«La libertad de expresión no es un derecho ilimitado, pues claramente se encuentra sometido a los límites que el artículo 20.4 de la propia Constitución establece, y en concreto, a la necesidad de respetar el honor de las personas, que también como derecho fundamental consagra el artículo 18.1, lo

(17) La escasa valoración de la perspectiva constitucional en la jurisprudencia penal ha sido señalada suficientemente por la doctrina. Cfr., por todos, IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Honor y libertad de expresión*. Tecnos. Madrid, 1987, pág. 64 y sigs.

Un estudio, de ineludible referencia en nuestro país cuando de libertad de expresión y prensa se trate, es el de SANTIAGO MUÑOZ MACHADO: *Libertad de prensa y procesos por difamación*. Ariel. Barcelona, 1988. Aplicable a la radiotelevisión es de inestimable ayuda el de CARMEN CHINCHILLA MARÍN: *La radiotelevisión como servicio público esencial*. Tecnos. Madrid, 1988.

(18) Es práctica, algo habitual, en las sentencias del Tribunal Supremo —nunca en las del Tribunal Constitucional—, en las posibles extralimitaciones de la libertad de expresión respecto del honor, no examinar «el agravio, en cuestión». Dando fe que uno de los límites del artículo 20 es el honor, se concluye en un santiamén.

que discuten las partes y afirma el Ministerio Fiscal; pero al mismo tiempo, dicho ejercicio debe enmarcarse, en cualquier supuesto, en unas determinadas pautas de comportamiento, que el artículo 7 del Código civil expresa con carácter general, al precisar que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe», y que en el supuesto de examen tienen una específica manifestación dentro de la singular relación jurídica laboral que vincula a las partes...» (19).

IGNACIO DE OTTO, en su análisis de esta sentencia, muestra así su disconformidad, «Calificar a la buena fe de límite equiparable a los contenidos en el artículo 20.4 de la Constitución, supone catapultar al plano constitucional bienes que manifiestamente se encuentran en un plano inferior y de cuya protección no cabe derivar límite alguno de los derechos fundamentales» (20).

El fundamento jurídico 3 dice lo siguiente:

«Este contenido del comunicado fue detenidamente enjuiciado y valorado, en relación con las premisas antes expuestas, primero por el Magistrado de Trabajo y posteriormente por la Sala Sexta del Tribunal Supremo, analizando de manera razonada las circunstancias en que se produjo su emisión, la intención de los autores, así como las consecuencias que podían originar...»

No podemos reafirmar estos extremos del alto Tribunal, pues no consta en el texto de la sentencia de la Sala Sexta del Tribunal Supremo, la transcripción del comunicado de los profesores. Nuestro desacuerdo más profundo con esta sentencia se produce cuando afirma:

«Es evidente que a los Tribunales ordinarios correspondía realizar la determinación de los hechos acaecidos, de los que este Tribunal ha de partir, sin poder alterarlos, de acuerdo con el artículo 44.1.b) de la LOTC, así como también correspondía a aquellos la calificación jurídica razonada de legalidad de las

(19) STC 120/1983 de 15 de diciembre. «BOE» de 11 de enero de 1984. Fund. Jco. 2.

(20) IGNACIO DE OTTO Y PARDO y LORENZO MARTÍN-RETORTILLO: *Derechos...*, *op. cit.*, pág. 114.

conductas juzgadas, que efectuaron en determinación de la preservación del derecho al honor y de la buena fe, como límites del derecho de expresión, que estimaron conculcados, con el descrédito causado que repudia el artículo 457 del Código Penal —como el posterior artículo 7.7 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 de protección civil del derecho al honor—, estimando en definitiva la presencia de una utilización abusiva de la libertad de expresión prohibida por el artículo 20.4 de la C.E.; debiendo este Tribunal de aceptar tales criterios, porque tiene que respetar y reconocer el margen de apreciación de los Tribunales ordinarios, en el ejercicio de su competencia, reconocida en el artículo 117.3 de la C.E., de modo que sólo en el supuesto de que tal apreciación de legalidad hubiere sido claramente irrazonada podría estimar producida la vulneración constitucional y sustituirla por un criterio más ajustado, lo que no sucede en el supuesto de examen, dada la fundamentación de tales resoluciones en el «factum» y en el juicio propio de legalidad.»

Y termina:

«En conclusión, que cuando las Sentencias de los órganos jurisdiccionales laborales estimaron procedente el despido de los demandantes, no sancionaban el lícito ejercicio de los derechos constitucionales que éstos estiman vulnerados, sino precisamente su exceso o extralimitación fuera de la norma suprema, según la ponderación valorativa efectuada dentro del margen de apreciación que poseen, y que por lo anteriormente argumentado ha de reconocérsele en el ejercicio del desarrollo de su función jurisdiccional.»

Discrepamos de esta valoración. Obviamente todos los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe: El derecho a la libertad de expresión y el «derecho» al despido disciplinario. En el supuesto de conflicto entre los mismos se hace preciso atender a las diversas circunstancias del caso. La colisión se produce como consecuencia de la emisión de un comunicado de los profesores miembros del Comité de huelga, dirigido a padres y alumnos en un centro educativo privado, sobre supuestas irregularidades en la realización de los exámenes por profesores distintos

de los habituales. El comunicado, citado páginas atrás, escrito en una situación de huelga legal por impago de nóminas y atrasos, y en unos términos no ofensivos, «por informaciones recibidas de alumnos y padres existen sospechas de que en dichos exámenes podrían estarse produciendo irregularidades», atendiendo a la necesaria armonización del artículo 654.2.d) del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 20 de la Constitución, puede dar lugar a su calificación como falta grave, *con exclusión del despido de los trabajadores*. Al hacerlo así, se omite la perspectiva constitucional que exige el principio de proporcionalidad, entre la extralimitación habida del derecho fundamental a la libertad de expresión y la sanción aplicable (21).

La prevalencia del prestigio y consideración social de ciertas instituciones públicas o clases determinadas del Estado, sobre el ejercicio de la libertad de expresión, en asuntos de marcado cariz político, se ha producido en algunas otras ocasiones. En la sentencia de 16 de octubre de 1984, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el procesado, contra la sentencia de la Audiencia que lo condenó como autor de un delito de injurias graves a los Ejércitos, *a la pena de siete meses de prisión menor*. Estos fueron sus términos:

«CDO: Que las manifestaciones efectuadas por escrito por el procesado, en el artículo periodístico enjuiciado y en las que se dice que: «No pueden aceptarse bajo ningún punto una institución tan represiva como la militar.» «Las Fuerzas Arma-

(21) Es el propio Tribunal Supremo quien se ha puesto a la cabeza en la defensa de la libertad de expresión. En la sentencia de la Sala Social del TS de 6 de marzo de 1986 (ponente E. Ruiz Vadillo) (Ar. 1211), se estima el recurso de casación, y se declara el despido improcedente de un trabajador por la empresa pública «Transportes Urbanos de Sevilla», por unas declaraciones supuestamente ofensivas del trabajador a la empresa. La doctrina, ejemplar en nuestra opinión, del TS, es ésta: «1. Que la libertad de expresión no es un derecho ilimitado, sino que está sujeto a determinadas pautas de comportamiento. 2. Que el derecho al honor también es objeto de protección preferente, y 3. Que de la armónica coexistencia de ambos puede nacer una reducción de la intensidad de la correspondiente falta disciplinaria.»

Una excelente teorización constitucional sobre el conflicto de derechos libertad de expresión-honor, puede verse en TOMÁS S. VIVES ANTÓN: *Derecho Penal, op. cit.*

das existen para defender los intereses del Estado y del Gran Capital» y «El mito de la Patria y del sentimiento patriótico es el cebo utilizado para justificar la existencia del Ejército, debajo del cual se oculta mucha mierda». (22).

El Tribunal Supremo, después de considerar «que aun cuando la libertad de expresión debe ser considerada como uno de los Derechos Naturales más preciados del individuo», señala los límites del artículo 20.4, en particular, «el respeto al honor ajeno», y concluye, sin más, en la desestimación del recurso.

Algunos otros ejemplos expondríamos para justificar la minusvaloración constitucional de la libertad de expresión del ciudadano (23). La libertad de prensa: de los periodistas y de los que escriben en la prensa, no debe ser más amplia que la libertad de expresión del profesor de Instituto, del objetor de conciencia, o en general, de cualquier ciudadano. El discurso intelectual no es inherente a las élites sociales. Las vanguardias políticas siempre han estado en los libros y en la calle.

Titulamos este punto «La libertad de expresión del ciudadano en comparación con algunas élites sociales», en el transcurso del mismo, hemos apreciado diferencias, desigualdades y matices. El mismo artículo 71.1 de la Constitución establece uno al señalar la inviolabilidad de las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, por diputados y senadores. Esa inviolabilidad, no es más ni menos, que en los parlamentarios se presupone el «discurso político», esto es, la posición preferencial de la libertad de expresión, sobre los distintos derechos y bienes susceptibles de limitarla, a excepción de la intimidad. Y se presupone el discurso político siempre que se expresen en asuntos de interés público, cualquiera que sea la personalidad del interlocutor, pública o privada, física o jurídica.

Si MARC CARRILLO escribía, en 1986, que existían dos sensibili-

(22) STS de 16 de octubre de 1984 (Ar. 4850).

(23) En mi libro *La libertad de expresión y prensa. (Posibilidades y límites constitucionales)*. Ed. Comares. Granada, 1990, estudio bastantes más sentencias del Tribunal Supremo y Constitucional, que avalarían, siquiera como hipótesis, el enunciado comparativo.

dades distintas ante la libertad de expresión: el Tribunal Supremo (más restrictiva) y el Tribunal Constitucional (más tolerante) (24). La conclusión a que llegamos es que la trascendental evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional, concretada en la posición preferencial de la *libertad de expresión política*, y el nivel más débil de protección de los derechos y bienes que la limitan; ésta, como digo, excelente doctrina, está en flagrante contradicción con el Código Penal español, que castiga más duramente las extralimitaciones de las libertades de opinión dirigidas a altos Organismos de la Nación y autoridades, que si el destinatario es una persona. Se impone, pues, la adecuación del Código Penal a la Constitución española de 1978.

(24) MARC CARRILLO: *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución española de 1978*. PPV. Barcelona, 1987, pág. 186 y sigs.