

EXPRESIÓN E INFORMACIÓN: DOS DERECHOS ENTRE LA SOCIEDAD Y EL ESTADO¹

Marc Carrillo

Catedrático de derecho constitucional
de la Universidad Pompeu Fabra

Sumario

1. Libertad de expresión y derecho a la información en el estado democrático: viejos y nuevos retos. La información como derecho y como mercancía.
 2. El derecho a recibir y comunicar información veraz y la libertad de expresión.
 - 2.1. La perspectiva constitucional del conflicto entre los derechos de expresión-información y los derechos de la personalidad: el cuerpo doctrinal de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
 - 2.2. La perspectiva social: autorregulación y deontología profesional. Los estatutos de redacción, los códigos deontológicos y los consejos de prensa.
 3. Los derechos específicos de los profesionales de la información: ¿qué hay que hacer con la cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas? La falacia según la cual la mejor ley de prensa es la que no existe.
 - 3.1. El derecho a la cláusula de conciencia.
 - 3.2. El secreto profesional.
 4. Algunas cuestiones problemáticas.
 - 4.1. La difusión de informaciones obtenidas mediante procedimientos irregulares: el caso de la interferencia de comunicaciones telefónicas.
 - 4.2. Derecho de huelga y derecho a la información: ¿Son incompatibles? ¿Pueden ser excluidos los periodistas del ejercicio del derecho de huelga para proteger intereses de rango superior?
 - 4.3. Publicidad y respeto a los derechos fundamentales: La Directiva: 89/552/CEE del Consejo Europeo, de 3 de octubre de 1989, sobre coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. Su incorporación al ordenamiento jurídico español: la Ley 25/1994, de 12 de julio.
 5. El proceso de concentración de medios de comunicación: ¿Limitación del pluralismo informativo o mediatización de la producción informativa? Una aproximación a la normativa europea y española.
 - 5.1. Introducción: cuestiones preliminares.
 - 5.2. La posición de la legislación y la jurisprudencia europeas.
 - 5.3. Consideraciones finales sobre la concentración de medios de comunicación.
-
1. Libertad de expresión y derecho a la información en el estado democrático: viejos y nuevos retos. La información como derecho y como mercancía

En estos últimos años, el debate sobre la libertad de expresión en Europa ha adquirido una importancia nada previsible en el pasado. La actividad jurisdiccional, la

1. Este trabajo se presentó en el *Seminario de Actualidad Jurídica*, que, bajo el título «La libertad de expresión a finales de siglo», y organizado por la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas y el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña, se celebró los días 13, 14 y 15 de diciembre de 1994. Quiero expresar mi agradecimiento a Pau Salvador Coderch, catedrático de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, por los comentarios y aportaciones que me hizo sobre este tema.

producción normativa y la propia doctrina manifiestan hoy en día un creciente interés por esa libertad. Sin lugar a dudas, la referencia que en este sentido ha supuesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha operado como impulso incitador del estudio sobre el entorno jurídico y político de la libertad de expresar ideas y, muy especialmente, del derecho a recibir y comunicar información.²

El hecho de que la historia reciente de algunos de los estados europeos haya estado presidida por regímenes dictatoriales (Alemania e Italia, y más recientemente Grecia, Portugal y España) es un elemento que ayuda a comprender por qué estas libertades han merecido una atención especial por parte de los ciudadanos y de los poderes públicos.

La ponencia que se presenta en este seminario internacional se aborda desde la perspectiva que ofrece el ordenamiento jurídico español y su incorporación a un ordenamiento supraestatal como el de la Unión Europea.

El planteamiento de la libertad de expresión y del derecho a la información como derechos que, de forma puramente descriptiva, hemos delimitado entre dos puntos que personifica el Estado y la sociedad, cumple la función de analizar la respuesta que poderes públicos, por una parte, y actores socio-profesionales, por otra, han dado sobre determinados aspectos de su régimen jurídico. Sin embargo, no se trata de un estudio exhaustivo de toda la problemática que deriva de su contenido.³

A partir de la exposición de la doctrina constitucional sobre los criterios para resolver el conflicto entre los derechos del artículo 20.1.a y d) y los derechos de la personalidad (que serían la respuesta de una parte de los poderes públicos), se incide también sobre la que dan los actores socio-profesionales implicados, mediante varias vías de autorregulación. Dada la mayor o menor deliberada omisión del legislador, el contenido de los derechos específicos de los periodistas es aún objeto de debate y es por ello que se plantean aquí algunas cuestiones problemáticas sobre la cláusula de conciencia y el secreto profesional.⁴ En un cuarto apartado, se tratan específicamente algunas cuestiones de especial actualidad y, finalmente, se incorpora un último apartado consagrado a las consecuencias que puedan derivarse del fenómeno de la concentración de medios de comunicación y el valor del pluralismo informativo tutelado por la Constitución.

La libre expresión y el derecho a informar se mueven entre viejos retos como la fijación de sus límites y los nuevos que personifican el control sobre la concentración y la propiedad de los medios de comunicación. Sin embargo, por encima de todos ellos se proyecta el que, según mi opinión, es el reto general: mantener estos dos derechos

2. Vid. David M. O. Brien, *El derecho del público a la información. La suprema corte de los Estados Unidos de América y la Primera Enmienda Constitucional*. Publigráficas, SA, México, 1983.

3. A modo de ejemplo, aquí no se analiza el importante tema del apoyo material del derecho a comunicar información que ha sido objeto de las ponencias de los profesores Aparicio Pérez y Salvador Coderch. Véase, en este sentido, el análisis de este último a propósito de las últimas sentencias del Tribunal Constitucional sobre vídeos comunitarios, donde parece apuntarse la relativización de la concepción de la radiotelevisión entendida como servicio público (STC 31/1994, de 31 de enero; y en el mismo sentido las STC 98/44, 240/94 y 281/94), y la STC 127/1994, de 5 de mayo, sobre la Ley de televisión privada, donde el Tribunal —aunque con una fuerte división interna— vuelve a la posición tradicional.

4. Un análisis más amplio de esta cuestión aparece en mi libro *La cláusula de conciencia i el secret professional dels periodistes*. Centre d'Investigació de la Comunicació. Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1992.

como estructuras básicas de una sociedad democrática alejados de concepciones que los aproximan más a la condición de mercancía. La libertad para comunicar información requiere libertad de empresa, pero ésta no es un ámbito desvinculado de los valores constitucionales de igualdad, pluralismo o dignidad, o del respeto a otros valores del mismo tipo, entre otros condicionantes de orden general. El legislador ordinario, la administración pública, los jueces y tribunales y, lógicamente, los particulares quedan vinculados (art. 9.1 CE). La filosofía que inspira las páginas que siguen responde a esta lógica.

2. El derecho a recibir y comunicar información veraz y la libertad de expresión

2.1. *La perspectiva constitucional del conflicto entre los derechos de expresión-información y los derechos de la personalidad: el cuerpo doctrinal de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*

Los pronunciamientos jurisprudenciales sobre los límites a los derechos fundamentales son coherentes con la condición no absoluta de los mismos. No hay derechos ilimitados, y, por lo tanto, los derechos del artículo 20 CE no son una excepción. Los límites no son sólo los que de forma expresa prevé la Constitución sino también aquellos que por una vía mediata o indirecta derivan de la norma fundamental, por la necesidad de proteger o preservar otros derechos y bienes jurídicos protegidos. En este sentido, en una de sus primeras sentencias, el Tribunal Constitucional (TC) recuerda que la libertad de pensamiento o libertad para expresar opiniones no comprende la posibilidad «de ejercer sobre terceros una violencia moral de alcance intimidatorio porque ello es contrario a bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, como son la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral (art. 10 y 15 de la CE)».⁵ Añade el TC que esta prohibición afecta «...no sólo a los poderes públicos, sino también a los ciudadanos, de acuerdo con los artículos 9 y 10 de la norma fundamental»,⁶ lo cual pone de manifiesto el alcance de la eficacia jurídica de los derechos fundamentales tratada en páginas anteriores.

Por lo que se refiere a la resolución de los conflictos que se puedan presentar entre la libertad de expresión y el derecho a la información respecto a otros derechos protegidos, la posición del TC y del Tribunal Supremo (TS) es, en principio, la de no fijar de forma apriorística sus límites. En general, el criterio mayoritario gira —en línea hermenéutica parecida a la usada por otros tribunales constitucionales— sobre el principio de ponderación (el *balancing*, habitual en los Estados Unidos, o el llamado *Abwägungsprinzip* utilizado por el Tribunal Federal alemán) sin perjuicio de introducir además el criterio de la posición preferente (la *preferred position*, aplicada en los Estados Unidos) del derecho a la información en determinados casos.

— *Los derechos de la personalidad como límite.* Aparte de su consideración como derechos fundamentales consagrada en el artículo 18.1 de la CE, la protección norma-

5. Vid. STC 2/1982, de 29 de enero, FJ 5.

6. *Ibidem*, FJ 5.

riva de los derechos al honor,⁷ a la intimidad⁸ y a la propia imagen⁹ halla su cobertura jurídica: por un lado, en el *Código penal* (art. 453 a 467), con la tipificación de los delitos por injurias y calumnias para la tutela del derecho al honor y, por otro lado, en 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.¹⁰

Con relación a la legislación penal, ya hace tiempo que sectores de la doctrina proponen un replanteamiento de los límites del Derecho penal en lo que se refiere a los delitos por injurias, con la mirada puesta en un posible trasvase de competencias en favor del Derecho civil, específicamente respecto a las injurias menos graves.¹¹

La Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo,¹² es la norma que tutela los derechos de la personalidad frente a las intromisiones ilegítimas que puedan producirse sobre lo que podríamos denominar patrimonio moral y personal de la persona. Esta es una ley que ha sido objeto de crítica por la mayor parte de la doctrina jurídica y que ha contado con amplia respuesta por parte de sectores profesionales de los medios informativos. Estos han creído ver una puerta abierta a la autocensura para la introducción de limitaciones constitucionalmente no previstas en la libertad de expresión y en el derecho a la información. Y es cierto que buena parte de las quejas hallan confirmación en defectos jurídicos que dicha ley plantea. Podemos destacar los siguientes:

- La no distinción entre hechos y opiniones para regular las causas de intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad del individuo.
- La excesiva ambigüedad de su art. 2.1: concretamente, la referencia como criterio interpretativo para valorar la existencia de una intromisión, *en los usos sociales*, «atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma y su familia».

7. Vid. M.ª L. Balaguer Callejón, *El derecho fundamental al honor*. Tecnos, Madrid, 1992.

8. Vid. P. Gómez Pavón, *La intimidad como objetivo de protección penal*. Akal, Madrid, 1989; J. Vidal Martínez, *El derecho a la intimidad en la Ley orgánica de 5 de mayo de 1982*. Montecorvo, Madrid, 1984.

9. Vid. R. Casas Valles, «El derecho a la imagen: el consentimiento y su revocación». *PJ*, núm. 14, 1989; X. O'Callaghan Muñoz, *Libertad de expresión y sus límites*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991.

10. Para una visión crítica de esta ley vid.: P. Salvador y otros, *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del libelo*. Ed. Civitas, Madrid, 1987. Del mismo equipo dirigido por este catedrático de derecho civil: *El mercado de las ideas*. CEC, Madrid, 1991. También, del mismo autor, *El derecho de la libertad*. CEC, Madrid, 1993.

11. Vid. F. Morales Prats, *La tutela penal de la intimidad: «privacy» e informática*. Ed. Destino, Barcelona, 1984, pág. 141-142.

Sin embargo, la filosofía que inspira —en el momento de redactar este capítulo— el texto del Anteproyecto de Código penal elaborado por el Ministerio de Justicia, no va precisamente en esta línea, puesto que además de mantener sin excepciones el delito de injurias y excluir la cláusula de la *exceptio veritatis* cuando la injuria afecta a funcionarios, añade otro tipo penal como el de la difamación. Según el art. 205 de este Anteproyecto:

«Constituye difamación imputar a otros hechos que racionalmente puedan atentar contra su intimidad o perjudicar su fama, imagen, dignidad u honorabilidad [...]»

Las dificultades de distinción que la difamación ofrece respecto a la injuria introducen una ambigüedad adicional con efectos restrictivos sobre el derecho a la información (vid. Marc Carrillo, «Los periodistas y el nuevo Código penal». *El Periódico*, Barcelona, 29 de febrero de 1992, pág. 7).

12. Modificada por la Ley orgánica 9/1990, de 18 de enero; ley que fue declarada inconstitucional por la STC 9/1990, de 18 de enero.

Sobre esta ley, véase además: M.ª de la Valgoma, «Comentario a la Ley de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen». *ADH*, núm. 2, Madrid, 1983.

Esta formulación favorece el subjetivismo en la interpretación de una demanda por intromisión en los derechos de la personalidad; es decir, fomenta —y la experiencia no lo ha desmentido— una interpretación —por ejemplo, del derecho al honor— desvinculada del contexto general en el que la persona desarrolla su actividad. Hoy en día, en el marco del modelo de Estado diseñado por la CE, los derechos de la personalidad no pueden ser concebidos únicamente como una facultad del individuo aislado sino también, y sobre todo, como derechos de coexistencia con el ámbito social en el cual actúa.¹³ Por ello, también ofrece notables problemas de la formulación contenida en el artículo 7.7 de esta ley al afirmar que tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas: «la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena». Realmente una cláusula tan genérica como ésta no plantea excesivos problemas para ser utilizada contra cualquier expresión crítica que cuestione, por ejemplo, la trayectoria profesional de un escritor. En el «hacer desmerecer» cabe casi todo; desde la crítica dura y razonada hasta el insulto.

Ahora bien, no todos los problemas derivan de esta ley. No hay que olvidar que algunos órganos judiciales han favorecido una interpretación de los derechos de la personalidad más en función de parámetros sociales propios de una sociedad medieval que de la que convive en un Estado democrático. Asimismo, tampoco podemos menospreciar el efecto negativo de algunas resoluciones judiciales de primera instancia en las cuales el juez ha fomentado una concepción esencialmente crematística de la ley, al aceptar demandas por intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad en las que se piden indemnizaciones desorbitadas por el daño moral causado. O, finalmente, la admisión a trámite de demandas presentadas por personas respecto a las cuales resulta difícil excluir una actitud claramente especuladora sobre el valor económico —por ejemplo— de su intimidad.

Los criterios jurisprudenciales sobre los límites de los derechos del artículo 20 fundamentados en el respeto a los derechos de la personalidad han sido producto de un buen número de sentencias del TC, de las que es posible deducir, en general, un cuerpo interpretativo bastante definido para resolver el conflicto entre derechos fundamentales. Persisten, no obstante, problemas y dudas por resolver, pero las líneas básicas están bien marcadas.

A partir de los métodos interpretativos proporcionados por la jurisprudencia de valores y el balance de intereses, el TC ha elaborado una doctrina que define el núcleo constitucionalmente protegido de los derechos del artículo 20, a partir de los siguientes puntos:

— *La distinción entre la libertad de expresión y el derecho a la información viene definida por la existencia de elementos valorativos o de naturaleza fáctica que sean detectables en lo que ha sido objeto de difusión.* En este sentido, la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, conceptos todos ellos de alcance muy amplio, en el cual deben incluirse como factor distintivo las creencias o los juicios de valor. La componente valorativa es, pues, la predominante en la libertad de expresión.

Por su parte, el derecho a comunicar y a recibir información veraz versa sobre

13. Vid. A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos. Estado de derecho y Constitución*. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 326.

hechos. Sin embargo, en una información no siempre es clara la línea divisoria entre hechos y opiniones; estos dos componentes no se muestran siempre en estado químicamente puro. Esta razón motiva que, en los supuestos en que puedan aparecer mezclados elementos de uno y otro significado, el órgano juzgador tendrá que determinar, para calificar el supuesto, cuál es el elemento (fáctico o valorativo) predominante.¹⁴ El resultado de esta calificación jurídica condicionará la resolución del conflicto de los derechos del artículo 20 con los derechos de la personalidad. En este sentido, es evidente que, por ejemplo, la exigencia de veracidad no opera con el mismo grado en el caso de la libertad de expresión que respecto del derecho a la información; no hay opiniones que sean contrarias a la verdad pero sí existe comunicación de hechos que son erróneos.

— *El derecho a la información tiene carácter preferente¹⁵ sobre los de la personalidad.* Ahora bien, esta preferencia o posición de *primus inter pares* no es absoluta ni indiscriminada. Si así fuera rompería con el planteamiento limitado de los derechos fundamentales establecido por la CE. Una vez realizada la ponderación o balance entre los derechos y libertades implicadas por el órgano jurisdiccional, la posición de preferencia al derecho a la información procede cuando:

a) La información verse sobre asuntos que por razón de su objeto sean de interés colectivo o general.

b) La información verse sobre personas que por razón de su dimensión pública, determinada por el cargo que ocupen, la función que realicen o la actividad por la cual son conocidas, también sean de interés público o social.

Asimismo, el carácter preferente es predicable del derecho de la información ejercido por los profesionales de ésta mediante el instrumento institucionalizado de formación de la opinión pública, que es la prensa, entendida en su sentido más amplio; es decir, los medios de comunicación, pero no por otros supuestos materiales atípicos, como pueden ser unas hojas clandestinas.

— *Este carácter preferente del derecho a la información cuando se refiere a personas de notoriedad pública no significa que éstas no sean titulares de los derechos de la personalidad que la CE reconoce en su artículo 18.1;*¹⁶ su dimensión pública conlleva un nivel de protección diferente y, ciertamente, es un nivel considerablemente más bajo que el que corresponde a una persona anónima. El interés público obliga a que el sujeto deba prescindir de una parte de su ámbito íntimo y a aceptar la crítica que, eventualmente,

14. *Vid.* STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5. Este criterio ha sido adoptado de acuerdo con los planteamientos contenidos en la STEDH de 8 de julio de 1986 (caso Lingens).

15. *Vid.* entre otras, las STC 165/1987, de 27 de octubre, FJ 10 (caso de las hojas clandestinas) y 104/1986, de 17 de julio, FJ 5 (caso del alcalde de Soria). Sobre el carácter preferente de este derecho y la jurisprudencia que asume este planteamiento, véase M. Carrillo, «Información, derecho preferente», *El País*, 6 de abril de 1988, pág. 24.

16. *Vid.* entre otras, la STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 4 y 8 (caso vídeo Paquirri). Para un comentario crítico sobre esta resolución, véase Marc Carrillo, «La intimidad, ¿un derecho instrumentalizado?» *El País*, de 4 de febrero de 1989, pág. 18. También las sentencias de 28/10/1986; 29/3/1988; 9/5/1988; 29/3/1988; 22/8/1988; 2/11/1988, etc.

pueda incidir sobre su honor¹⁷ o la información sobre aspectos de su intimidad e imagen. Ahora bien, el requisito para que el derecho a la información esté protegido —y conserve su carácter preferente— es que lo difundido sobre la vida privada, o la opinión y/o información que cuestionen el crédito moral, social, profesional o político de una persona, «se ejerza en conexión con asuntos que sean de interés general por las materias a que se refieran y por las personas que en ellos intervengan». Corresponderá al órgano jurisdiccional determinar la existencia o no de tal conexión.

— *La opinión e información sobre personas de notoriedad pública plantea también la problemática que existe cuando la crítica se proyecta sobre las instituciones públicas y sobre quienes temporalmente actúen en representación de las mismas.*

El TC ha abordado esta cuestión con una perspectiva respetuosa para con el pluralismo político como valor superior del ordenamiento jurídico; en este sentido, el derecho de crítica a los representantes públicos se vincula al derecho fundamental a la libertad ideológica, que autoriza el más amplio margen en su ejercicio, «aparte de que sea o no coincidente con lo establecido por la Constitución y demás ordenamiento jurídico, o sea contrario a los valores y bienes jurídicos que en ellos se consagran, siempre con exclusión de la violencia para imponer los propios criterios, pero admitiendo la libre exposición de los mismos en los términos que impone una democracia avanzada». ¹⁸ O como también ha puesto de relieve el TEHD, la libertad de expresión y el derecho a la información, como fundamentos esenciales de una sociedad democrática, «comprende no sólo las informaciones inofensivas o indiferentes o aquellas que sean favorables; también incluye las que puedan inquietar al Estado o a una parte de la población, puesto que así resulta del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática». ¹⁹ La consecuencia es la necesidad, siempre, de una interpretación restrictiva de los límites en el ejercicio de la libertad ideológica y del derecho a expresarla.

La cuestión difiere cuando quien emite una opinión es una persona sometida a una situación de especial sujeción (como, por ejemplo, los funcionarios militares), a quienes el legislador puede limitar específicamente el ejercicio del derecho a la libre expresión, con el fin de garantizar la jerarquía interna de la Administración y la necesaria disciplina en el seno de un cuerpo armado, así como la desvinculación de sus miembros del debate político general. ²⁰

— *Una cuestión vinculada con la anterior es el alcance subjetivo de los derechos de la personalidad con relación a los derechos del artículo 20. Concretamente, la cuestión planteada es saber si las personas jurídicas pueden reclamar el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.*

17. *Vid.* STC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2 (caso del objetor de conciencia); STS de 24/10/1988. Más recientemente, la STC 117/1994, de 25 de abril (caso Ana Obregón).

18. *Vid.* STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 3 (caso Mundiales de Fútbol— Injurias al rey); véanse también mis artículos: «Es pot criticar la Corona?», *Diari de Barcelona*, 4 de enero de 1988, pág. 2; «Crítica a les institucions: un risc o un dret?», *Diari de Barcelona*, 13 de noviembre de 1989, pág. 9.

19. *Vid.* STEDH 8 de julio de 1986 (caso Lingens).

20. *Vid.* STC 371/1993, de 13 de diciembre (caso del teniente coronel de Infantería).

El planteamiento doctrinal clásico se basa en el carácter personalísimo de estos derechos: únicamente la persona individualmente considerada es titular de derechos cuyo objetivo es la protección de su patrimonio moral y de la esfera íntima que le rodea. Sin embargo, y con buen criterio, algunos sectores de la doctrina civilista²¹ rechazan la negación absoluta a que estos derechos puedan ser alegados también a favor de las personas jurídicas, especialmente en relación con el derecho al honor, entendido como el respeto al crédito social que una empresa puede reclamar para sí misma en el contexto social en que desarrolla sus actividades.

La jurisdicción ordinaria, especialmente los juzgados de Primera Instancia, se ha mostrado sensible a este planteamiento; por su parte, el TS no ha mantenido un planteamiento que pueda considerarse consolidado.²² El TC tampoco ha manifestado un criterio firme al respecto, aunque no lo ha negado, como lo demuestra alguna resolución en la que acepta el derecho al honor de un centro escolar cuya reputación académica se consideró desacreditada en los ambientes escolares a causa de un manifiesto crítico firmado por el claustro de profesores.²³ Ahora bien, al pronunciarse sobre las instituciones públicas o respecto a lo que el propio TC denomina «clases determinadas del Estado» considera que no procede referirse al derecho al honor; «es más correcto —afirma— emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores merecedores de la protección que les dispensa el legislador, pero que son exactamente identificables con el honor —derecho al que atribuye un significado personalista— [...] y por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión, debe asignárseles un nivel más débil de protección».²⁴ Si ha sido claro, en cambio, al negar el derecho a la intimidad de las personas jurídicas.²⁵

Esta línea interpretativa fluctuante del TC sobre el derecho al honor de las personas jurídicas ha incorporado un nuevo elemento de notable complejidad, como es su atribución a una etnia o raza genéricamente considerada.²⁶ El criterio considerado estriba en la dignidad como valor constitucional en que se fundamenta el orden político y la paz social, lo cual ha permitido que una persona, individualmente considerada, pueda obtener amparo constitucional por intromisión ilegítima en su honor pese a no haber sido citada en ciertas expresiones de menosprecio a la etnia a que pertenecía. Además del significado político positivo de esta resolución específica, el TC parece abrir una vía para limitar los excesos de la libertad de expresión. Sin embargo, entiendo que la referencia aislada al valor de la dignidad, sin que se demuestre una mínima vinculación lesiva sobre el titular del derecho fundamental al honor, puede permitir una generalización de los sujetos legitimados para recurrir contra expresiones descalificadoras o similares.

21. Vid. P. Salvador, «¿Qué es difamar?...», *op. cit.*, pág. 80-81; también, desde la perspectiva del derecho público, M. Carrillo, «Los límites...», *op. cit.*, pág. 52.

22. Vid. STS de 31/12/1983 y el ATS de 2/5/1980.

23. Vid. STC 120/1983, de 15 de diciembre (caso libro rojo del cole).

24. Vid. STC 107/1988, de 8 de julio, FJ 2. En el mismo sentido, STC 51/1989, de 22 de febrero, FJ 2, y STS de 14/10/1988.

25. Vid. STC 19/1983, de 14 de marzo, FJ 1 (caso de la Diputación Foral de Navarra); STC 137/1985, de 17 de octubre, FJ 2 y 3 (caso de la Ley general tributaria).

26. Vid. STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 3, 4, 6 y 8 (caso Violeta Friedman).

— *La veracidad en la información es un mandato constitucional. Sin embargo, el derecho a comunicar y recibir información veraz no puede ser entendido en términos absolutos.*²⁷

Veracidad significa que lo difundido se corresponde sin el menor asomo de duda a la realidad de los hechos acontecidos. No obstante, si el mandato se entiende al pie de la letra, en ocasiones lo más probable será el silencio obligado del medio de comunicación ante la posibilidad o el peligro de difundir alguna información errónea. Con el fin de evitar que un planteamiento tan rígido del mandato constitucional limite el derecho a la información, el TC centra su protección en la información obtenida con diligencia, que sea respetuosa con los deberes deontológicos de la profesión periodística; deberes que, entre otras obligaciones, exigen el contraste, con datos objetivos, de lo que es objeto de difusión. Lo que no hace el ordenamiento es dar crédito a conductas profesionales negligentes, ni mucho menos a simples rumores o insinuaciones insidiosas. No hay que olvidar —dice el TC— que las informaciones erróneas son inevitables en un debate libre.

— *La veracidad no siempre excluye de responsabilidad: la veracidad no legitima la injuria. La veracidad no opera de igual modo respecto del derecho al honor que con relación al derecho a la intimidad. La notoriedad o el carácter anónimo de las personas también condiciona los efectos jurídicos de la veracidad informativa.*²⁸

a) El mandato constitucional sobre la veracidad en la información es un elemento integrante del derecho a la información que opera como límite, con el fin de evitar la lesión de otros derechos fundamentales. Sin embargo, la adecuación a la veracidad de una información difundida no siempre es sinónimo de ausencia de responsabilidad. Concretamente, la veracidad no exime de la responsabilidad derivada de expresiones insultantes. El TC recuerda, con buen criterio, que la protección constitucional de los derechos del artículo 20 opera con la máxima eficacia cuando el ejercicio de los derechos de expresión e información pueda verse sobre materias que contribuyen a la formación de una opinión pública libre, como garantía del pluralismo democrático. En este sentido, en el marco de una información veraz, la emisión simultánea de apelativos formalmente injuriosos, innecesarios para la función informativa o de formación de la opinión, supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones. Más concretamente, la crítica de una conducta, que se estima comprobada, de una persona de dimensión pública es una consecuencia lógica de un sistema político inspirado en valores democráticos; la sujeción a dicha crítica es parte inseparable de todo cargo de relevancia pública. Pero una cosa es efectuar una valoración personal de una conducta, por desfavorable que ésta pueda ser, y otra es

27. Vid. STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5, 7 y 9 (caso del periodista del Ministerio de Justicia). Para un comentario sobre los límites al derecho a la información y, especialmente, a la STC 6/1988, véase: R. Casas Valles, «Sobre la libertad de información y sus límites (Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1988, de 21 de enero)», *RJC* núm. 3, Barcelona, 1988, pág. 173-201. Sobre la influencia de la jurisprudencia norteamericana —concretamente, la sentencia 376 US 254 (1964), caso *New York Times Co. vs. Sullivan*— véase Muñoz Machado, *Libertad de prensa y...*, *op. cit.*, pág. 91 y ss.

28. Vid. STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 8 (caso José María García c. J. L. Roca/Cortes de Aragón); STC 171/1990, de 5 de noviembre, FJ 3-11 (caso Patiño/*El Pati*); STC 172/1990, de 5 de noviembre, FJ 2 y 3 (caso Patiño/*Diario 16*).

emitir expresiones, afirmaciones o calificativos vejatorios, desvinculados del objeto de la información emitida, proferidos gratuitamente y sin ninguna justificación.²⁹

b) Una segunda cuestión es la referida a la operatividad de la veracidad con relación al derecho al honor y al derecho a la intimidad. En principio, la veracidad funciona como causa legitimadora de las intromisiones en el derecho al honor; en cambio, tratándose del derecho a la intimidad, únicamente será aceptable cuando pueda determinarse el interés público de la información difundida.³⁰

c) Relacionado con el caso anterior, hay que añadir que la veracidad informativa no exime de responsabilidad jurídica por intromisión ilegítima en cualquiera de los derechos de la personalidad, cuando de la información no se pueda colegir el interés colectivo que justifique su difusión,³¹ y ello sin tener en cuenta que esté referida a personas de dimensión pública. El mero hecho de que la vida y la conducta moral de este grupo de personas capten mucho más el interés público no supone la supresión *a radice* de su intimidad, su honor o el derecho a su propia imagen. Otra cuestión es cuando se trata de una persona anónima: en tal caso, la veracidad de los hechos no justifica su difusión; únicamente lo estará si, una vez más, puede ser demostrado el principio del interés público.

— *El derecho de rectificación como forma de comunicar información y como límite.* De acuerdo con lo previsto por la Ley orgánica 2/1984, reguladora del derecho de rectificación, «toda persona natural o jurídica tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que la aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio» (art. 1, párrafo primero). Es decir, la inclusión de un escrito o declaración de rectificación por parte de un medio de comunicación ha de versar sobre hechos, no sobre opiniones. En cuanto a la difusión de la rectificación, ésta puede ser voluntaria o bien consecuencia de una sentencia judicial que así lo decida en juicio verbal.

El significado del procedimiento de rectificación es el elemento que ha centrado la atención del TC, cuya interpretación ha resultado polémica. El criterio central es el siguiente: el juez puede imponer la difusión de un escrito o declaración de réplica o rectificación³² aunque posteriormente pueda revelarse como no ajustado a la veracidad de los hechos. La sentencia que pone fin al procedimiento iniciado por causa de una acción de rectificación no asegura la veracidad de los hechos ni tampoco, como es obvio, produce efectos de cosa juzgada respecto a una ulterior investigación procesal de unos hechos efectivamente ciertos. El TC considera que la acción de rectificación no es el único procedimiento para discernir la veracidad de la información. La vía civil

29. Vid. STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4, 5 y 8 (caso J. M.^a García— J.L. Roca-Cortes de Aragón). También STC 171 y 172/1990, citadas anteriormente. Más recientemente, STC 336/1993, de 15 de noviembre (caso Hormaechea-Diario *Alerta*) y STC 170/1994, de 7 de junio (caso *Málaga. Diario de la Costa del Sol*).

30. Vid. STC 172/1990, de 5 de noviembre, FJ 3 (caso Patiño-Diario 16).

31. Vid. STC 171/1990, de 5 de noviembre, FJ 5 (caso Patiño-El País).

32. Esta distinción no tiene trascendencia en el ordenamiento jurídico español; procede del derecho francés y responde a la naturaleza pública (rectificación) o privada (réplica) de la persona que inicia la acción de rectificación. Tiene acogida en el derecho francés (vid. R. Dumas, *Le droit de l'information*. PUF, Paris, 1981, pág. 240) y también fue prevista por la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de prensa e imprenta.

o también el procedimiento penal son instrumentos más completos para conocerla; por el contrario, la sumariedad de un procedimiento de rectificación no obliga a que en esta vía se pueda indagar de forma exhaustiva sobre la veracidad de lo difundido.

Por último, la difusión de dos versiones diferentes de unos mismos hechos, sin que la respectiva exactitud haya sido declarada en ningún pronunciamiento firme de los órganos judiciales competentes, no reduce el derecho a recibir información veraz. En este sentido, la rectificación es, en sí misma, un complemento a la garantía de opinión pública libre. Es una vía más para comunicar y recibir información.³³

Ciertamente, la parte más sugestiva de este criterio jurisprudencial es la doble dimensión del derecho a la rectificación. Sin embargo, en mi opinión, el procedimiento de rectificación también puede ser instrumento suficiente para conocer —sin ulteriores vías procesales— la veracidad de los hechos. El planteamiento del TC es excesivamente maximalista: en primer lugar, porque, en ocasiones, convierte una función jurisdiccional en la simple transmisión de una versión de los hechos; y en segundo, porque desnaturaliza el sentido del procedimiento de rectificación con una posición en pro del rectificante, que podría favorecer una exacerbación de acciones de rectificación no siempre justificadas. Si ello fuera así, la consecuencia probable supondría un fomento de la falta de credibilidad de los medios de comunicación, que recibirían y se verían obligados a difundir un sinfín de rectificaciones.³⁴

2.2. *La perspectiva social: autorregulación y deontología profesional. Los estatutos de redacción, los códigos deontológicos y los consejos de prensa*

La delimitación del conflicto que suscitan las libertades de expresión e información con otros derechos tutelados por la CE también ha sido objeto de iniciativas adoptadas por los sujetos que forman parte del proceso de producción informativa. La autorregulación ha aparecido como una forma de delimitación consensuada de los ámbitos del derecho a la información a partir del establecimiento de unas reglas propias de actuación que son complementarias —nunca antagónicas— del ordenamiento jurídico vigente. Su objetivo es resolver en el interior del mundo periodístico una parte de los conflictos que, *per natura*, genera el ejercicio de los derechos del artículo 20 de la CE, sin impulsar la acción del poder coercitivo del Estado. Sin embargo, se trata aún de una manifestación de reducido alcance en el ámbito de los medios de comunicación españoles. Los instrumentos más usuales de autorregulación son los Estatutos de redacción, así como los códigos deontológicos, a los cuales habría que añadir la posible existencia de órganos de autocontrol de carácter privado, como son los consejos de prensa.

a) Los estatutos de redacción (ER)

Constituyen un conjunto de normas privadas concertadas en el seno de las empresas informativas entre los periodistas y la editora del medio de comunicación, con el objeto de regular las condiciones básicas referidas a aspectos profesionales del ejercicio

33. Vid. STC 168/1986, de 22 de diciembre, FJ 4 y 5 (caso revista *Tiempo*), que modifica en parte el criterio de la STC 35/1983, de 11 de mayo, FJ 4 (caso aceite de colza).

34. Sobre esta sentencia, véanse dos comentarios opuestos: C. Chinchilla Marín, «Sobre el derecho de rectificación», *PJ* núm. 6, Madrid, 1987; y mi artículo «Derecho a la información y veracidad informativa», *REDC*, núm. 23, Madrid, 1988, pág. 187-206.

del derecho a la información. No se trata, pues, de pactar cuestiones de carácter laboral, que por razón de su naturaleza se integran en los convenios colectivos de trabajo; sin embargo, cabe señalar que a pesar de la autonomía de cada uno y de su respectiva identidad, los aspectos específicamente vinculados a la profesión de periodista y los temas de orden laboral no pueden ser considerados como compartimientos estancos puesto que existe interrelación entre los mismos.

En el ámbito de la prensa española el medio pionero por lo que se refiere a dotarse de un instrumento de estas características ha sido el periódico madrileño *El País* (*ER El País*), cuya Junta de fundadores aprobó el texto de un estatuto de redacción el 18 de junio de 1980. Con posterioridad hay que añadir el acordado en otro periódico de Madrid, *El Mundo* (*ER El Mundo*).³⁵ En Cataluña, también con fecha 12 de julio de 1992, fue aprobado un estatuto de redacción (*ER de Cataluña*) en el cual comprometieron su firma el Colegio de Periodistas de Cataluña, los sindicatos CCOO y UGT, la Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad Autónoma de Barcelona y representantes de las redacciones de varios medios de comunicación. Finalmente, el diario *El Periódico* ha sido el último medio, de momento, que ha aprobado un instrumento similar (noviembre de 1993).

Los estatutos de redacción no son normas jurídicas aprobadas por ningún órgano jurídico. Se pueden definir como un acuerdo o pacto privado para ordenar las relaciones profesionales de los miembros de la redacción entre sí, con la dirección de la redacción del medio de comunicación y con la empresa editora. Este pacto se establece en el marco de las disposiciones legales vigentes (*ER El País*).³⁶ No es factible, pues, un estatuto de redacción *contra legem*.

Las relaciones profesionales constituyen el *objeto* del estatuto. Ello excluye las de naturaleza laboral y sindical que, obviamente, quedan sometidas a la respectiva legislación vigente.³⁷ Sin embargo, en la medida en que no siempre es nítida la línea divisoria entre los diferentes tipos de vínculos jurídicos que unen a los diversos sujetos de la empresa jurídica, se ha previsto —por ejemplo, en el *ER de Cataluña*—³⁸ que cualquier duda sobre su ubicación sea resuelta por el Comité de empresa (órgano de naturaleza laboral) y por el Comité profesional (órgano surgido de la redacción del medio). Esta remisión a órganos integrados únicamente por profesionales atribuye una notable autonomía a estos últimos respecto a la empresa editora para determinar el contenido y alcance de esa norma autorreguladora; con todo, parece evidente que no tiene mucho sentido afirmar esta autonomía si no se cuenta con la aceptación de la representación de la empresa editora o gestora del medio de comunicación.

35. Además de un conjunto de anteproyectos, entre los cuales podemos destacar, entre otros, el estatuto-marco aprobado por el Sindicato del Papel, Artes Gráficas y Comunicación de la Comissió Obrera Nacional de Catalunya el 10 de mayo de 1990, o el borrador del estatuto de redacción de la Radio Televisión Valenciana, aprobado por la Agrupación de Periodistas de la Unión General de Trabajadores de Valencia, el 5 de marzo de 1990.

36. *Vid.* art. 1.

37. Con relación a los temas laborales, la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los trabajadores, modificada posteriormente por la Ley 32/1984, de 2 de agosto, y la Ley 3/1989, de 3 de marzo. Asimismo, la Ley 4/1983, de 29 de junio, que estableció la semana máxima de 40 horas y las vacaciones mínimas de treinta días.

Por lo que respecta a los aspectos sindicales, básicamente la Ley 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical, y el Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de Trabajo.

38. *Vid.* punto II, párrafo segundo del *ER catalán*.

El ámbito subjetivo de los estatutos se determina tomando como punto de referencia la composición de los cuerpos de redacción de los medios de comunicación. El *ER de Cataluña*³⁹ presenta una formulación genérica por la cual se establece que sus disposiciones afectan a «todos los profesionales que elaboran y determinan directamente los contenidos informativos»; asimismo, «quedan excluidos aquéllos que tengan intereses publicitarios». En cualquier caso, y dentro de la línea de respetar al máximo la autonomía de decisión del sector profesional del medio de comunicación, se atribuye a «la Asamblea de la Redacción la potestad de decidir la vinculación al estatuto de redacción de otros profesionales del medio que quieran acogerse al mismo».

El criterio de *ER El País*⁴⁰ está más delimitado: establece un plazo mínimo de seis meses de antigüedad en plantilla, aparte de la titulación profesional que se posea,⁴¹ aunque su ámbito de aplicación también puede afectar a los colaboradores contratados, en lo que se refiere —básicamente— al ejercicio del secreto profesional.

b) Los códigos deontológicos

La aprobación del Código deontológico por parte del Colegio de Periodistas de Cataluña, en octubre de 1992, y la más reciente del texto promovido por la *Federación de Asociaciones de la Prensa de España*, en noviembre de 1993, expresa la preocupación por compaginar el ejercicio del derecho a la información con el mantenimiento de unos principios éticos básicos en la actividad profesional de los periodistas.

No hay lugar a dudas sobre la función institucional que el derecho a la información ejerce como fundamento definitorio del Estado democrático;⁴² en este sentido, la difusión de informaciones y opiniones sobre poderes públicos, cargos representativos, funcionarios o también sobre personas y entidades privadas, por dura y contundente que pueda ser, no puede rebasar el ámbito de unas normas deontológicas asumidas por el conjunto de la profesión. Se trata de un patrimonio ético que tiene que servir para determinar la credibilidad de los medios de comunicación.

Como es sabido, la declaración final del mencionado Código deontológico catalán prevé la posibilidad de constituir un «organismo arbitral, representativo e independiente de los poderes públicos que, sin olvidar los derechos constitucionales que asisten a los particulares y a las empresas y, al margen de las atribuciones de los órganos judiciales», pueda actuar como órgano para el autocontrol en el seno de los medios de comunicación y para la resolución de los conflictos que se produzcan como consecuencia del ejercicio del derecho a la información y a la libertad de expresión. Parece evidente que se trata de introducir un órgano de naturaleza privada para el autocontrol de la prensa, similar a lo que en otros estados han significado los consejos de prensa.

Por esta razón desearía introducir algunas ideas sobre tales órganos y, asimismo,

39. Vid. punto II, párrafo tercero.

40. Vid. art. 2.

41. El *ER El Mundo* también adopta este criterio de no introducir límites de acceso a la profesión por razón del título profesional.

42. Sobre la dimensión institucional de los derechos fundamentales y, específicamente, de los derechos reconocidos en el artículo 20 de la Constitución, véanse las STC 6/1981, de 16 de marzo, y 12/1982, de 31 de marzo.

adelantar algunas propuestas para su eventual aplicación en España o, incluso, en ámbitos territoriales más reducidos como Cataluña.⁴³

c) Los consejos de prensa

— *Finalidad y noción del autocontrol.* La iniciativa de la creación de los consejos de prensa ha respondido a un doble objetivo. El primero es la necesidad de establecer mecanismos de control con el fin de salvaguardar a la libertad de prensa de los ataques a su integridad procedentes de los poderes públicos, de las propias empresas editoras y de otras relacionadas con el mundo de la comunicación. El segundo deriva del convencimiento de que en la prensa se necesita un acuerdo sobre normas deontológicas de actuación, o, más exactamente, de instrumentos de autocontrol que faciliten una concepción libre, integral y ética del derecho a la información.⁴⁴

Estos objetivos permiten llegar, por lo tanto, a una aproximación a la noción de organismos de autocontrol. Se trata de instituciones creadas y financiadas por los sujetos que protagonizan el proceso informativo, esencialmente periodistas y editores. Ambas partes toman libremente sus decisiones y cooperan con el fin de preservar la existencia de relaciones equilibradas y leales entre la prensa del Estado y el conjunto del cuerpo social, mediante el mantenimiento de unos parámetros éticos y la defensa de la libertad de prensa frente a presiones exteriores.

— *Los sujetos implicados y el carácter de las decisiones del Consejo de Prensa.* Son sujetos privados vinculados al mundo de la información: empresarios editores y periodistas. El mejor ejemplo lo ofrece el Consejo sueco. Sin embargo, en algunos casos, como en del prestigioso *British Press Council*, aparte de los editores y periodistas se incluía también una representación del público lector.

Normalmente, el *ámbito de actuación* de los consejos de prensa es el territorio del Estado, aunque no se excluye la posibilidad de un marco más reducido, como es el caso del cantón suizo de Vaud.

Respecto a los sujetos sobre los que recae la función de control del Consejo, las soluciones son diversas. Así, en Italia y en Holanda son los periodistas los únicos que se ven afectados. En cambio, el Comité Danés de Prensa únicamente ejerce sus funciones sobre los editores.

Finalmente, es obvio que una de las características esenciales de los consejos de prensa es el *carácter no coercitivo* de sus decisiones y el libre consentimiento que prestan las empresas editoras y los periodistas.⁴⁵

— *El objeto del control: la protección de los intereses de la sociedad y los derechos de editores y periodistas.* Las referencias normativas que deben servir de base para las resoluciones del Consejo de Prensa han de proceder, en primer lugar, del conjunto del ordenamiento jurídico. A pesar de su naturaleza privada no es posible que pueda tomar decisiones *contra legem*; es decir, no se admiten parámetros deontológicos contrarios a los derechos reconocidos por la Constitución. En segunda instancia, son

43. El contenido de las propuestas que aquí expongo se hallan en mi libro *La clàusula de consciència i el secret professional dels periodistes*. Generalitat de Catalunya. Barcelona, 1992, pág. 89-95.

44. Sobre los factores históricos que han favorecido la aparición de los Consejos de Prensa, véase José M. Desantes, *El autocontrol de la actividad informativa*. Edicusa, Madrid, 1973, pág. 105 y ss.

45. *Vid.* Vicente Salaner, «Los Consejos de Prensa europeos, en Madrid». *AEDE*, núm. 4, Madrid, 1981, pág. 57.

admisibles los códigos de deontología estatales, infraestatales —como el Código deontológico de Cataluña— o supraestatales,⁴⁶ como conjunto de normas consensuadas por los profesionales de la información mediante los cuales se pretende establecer un acuerdo mínimo sobre los deberes éticos que deben informar la profesión periodística. Este marco ofrece una referencia suficiente para determinar, de acuerdo con la naturaleza de dichos órganos, el objeto del autocontrol, que podemos resumir en los siguientes puntos:

- El fundamento del autocontrol reside en la necesidad de armonizar la protección de los intereses de la sociedad, como receptora de la información, con los derechos de los periodistas. En este sentido, el Consejo de Prensa deberá denunciar las lesiones que se produzcan contra la libertad de prensa, ya sea por un uso incorrecto de la libertad de expresión o del derecho a la información que lesione otros derechos constitucionalmente protegidos, o por una acción concreta de los poderes públicos o de instancias privadas con influencia social.
- Por lo que respecta a los poderes públicos, el Consejo deberá velar por el respeto al derecho de acceso a las fuentes oficiales de información, denunciando la acción de aquellos órganos del estado que mantengan un comportamiento obstruccionista.
- Deberá proteger el ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la información en el seno de la propia empresa periodística. Ello significa, por ejemplo, velar por el respeto a la cláusula de conciencia, los derechos de autoría, etc.
- *A sensu contrario*, le corresponderá advertir públicamente a los profesionales que ejercen el derecho a la información de forma contraria a la ley y a las normas deontológicas.
- La fiscalización de todo tipo de procesos de concentración de medios de comunicación que pueda poner en peligro el pluralismo es también una función tradicional del Consejo de Prensa (recuérdese, por ejemplo, los casos Hersant en Francia; Maxwell o Murdoch en Gran Bretaña o el caso Berlusconi en Italia).

— *Los efectos del control.* En general, las resoluciones del Consejo tendrán un carácter de advertencia, al ser depositarias de un valor paradigmático. La condena moral que se deduce de una decisión podrá servir, en determinados supuestos, para iniciar una acción judicial. Sin embargo, por lo que se refiere al ámbito periodístico, la resolución no podrá ir más allá de una recriminación por los efectos negativos que la actitud del medio de comunicación haya tenido sobre el derecho a la información.

— *Prevenciones y propuestas para su implantación en España.* ¿Qué utilidad puede tener aquí un órgano de autocontrol? ¿Es necesaria su existencia?

Una primera respuesta a estos interrogantes podría ser negativa si se considerasen suficientes los límites previstos por la Constitución en su artículo 20.4 —cuya finalidad es evitar extralimitaciones en el ejercicio del derecho a la información—. O también si bastara lo preceptuado por la Constitución respecto a la protección de los

46. Entre los códigos de ámbito supraestatal pueden citarse: a) el *Código internacional de ética periodística*, aprobado por la UNESCO en París el 20 de noviembre de 1983; b) la *Declaración de deberes de los miembros de la Federación Internacional de Periodistas (FIJ)*, realizada en su congreso constituyente, celebrado en Burdeos en 1954.

derechos de los periodistas, no sólo con relación a la actuación de los poderes públicos sino también en el seno del medio informativo en el que presten sus servicios.

Sin embargo, parece evidente que el pluralismo informativo existente hoy en España y en Cataluña no puede ocultar determinadas realidades. Una es que hay sectores que practican el derecho a la información al margen de las reglas deontológicas básicas (no separación entre información y opinión, difusión de noticias sin que hayan sido debidamente contrastadas, sensacionalismo...), con un desmesurado menosprecio por el mandato constitucional sobre el derecho a comunicar y recibir información veraz y por una considerable relativización del respeto debido a otros derechos protegidos por la Constitución. Otra, es la influencia del poder político, hasta el punto de condicionar y tergiversar los contenidos informativos, sobre medios de comunicación audiovisuales, fundamentalmente la televisión; mediante el control de los consejos de administración, las mayorías parlamentarias respectivas —en los parlamentos de las comunidades autónomas que gestionan un canal de televisión pública, o en las Cortes Generales— mediatizan el pluralismo informativo en función de intereses partidistas. No se puede obviar tampoco, como factor no especialmente satisfactorio para el derecho a la información, el hecho de que la introducción de los tres canales de televisión gestionados por grupos privados mediante concesión administrativa no parece haber aportado excesivos elementos innovadores para mejorar el pluralismo y la calidad de la información.

Con estos antecedentes la creación en España⁴⁷ o en ámbitos territoriales más reducidos, por ejemplo, en Cataluña, de un Consejo de Prensa no parece, en principio, una opción descartable. Anteriormente señalamos que en el seno de la profesión periodística catalana hay propuestas en este sentido. Con todo, entiendo que si las iniciativas prosperasen sería interesante tener en cuenta la oportunidad de considerar algunas prevenciones:

1) La primera tiene por objeto evitar que el Consejo de Prensa pueda servir para introducir elementos de censura previa. Por ejemplo, mediante la exigencia de unas normas de deontología profesional que reduzcan el contenido democrático derivado de la configuración constitucional del derecho a la información; o bien por una concepción absoluta de la veracidad informativa, alejada del planteamiento jurisprudencial del Tribunal Constitucional basado en la diligencia y buena fe profesional en la obtención de la noticia.

2) Una segunda consiste en evitar que con sus resoluciones el Consejo pueda imponer un determinado techo informativo en función de intereses políticos más o menos consensuados que, de hecho, implique el establecimiento de un modelo informativo de carácter contemporalizador con el poder político establecido y de alcance crítico expresamente reducido.

La legítima y siempre difícil intención de procurar un mínimo principio de acuer-

47. Formalmente existen precedentes. En la dictadura franquista, y una vez promulgada la Ley Fraga por Orden ministerial de 19 de diciembre de 1967, del Ministerio de Información y Turismo, fue creado el llamado Consejo Nacional de Prensa, como «órgano consultivo y asesor» del ministro. La naturaleza del régimen político y esta última condición excluían cualquier posibilidad de que este Consejo hiciese algo más que lo dispuesto por el artículo 2 de la Orden: «...el tratamiento del Consejo nacional de prensa es impersonal. Estará acogido al patrocinio del Apóstol San Pablo y celebrará su fiesta mayor el 29 de junio».

do sobre los límites del derecho a la información en el seno de la profesión debe excluir todo tipo de enjuiciamiento del objeto de la información o de la libre expresión desde ciertos parámetros morales que, de hecho, avalen la configuración del Consejo como un tribunal de honor. Es bien sabido que éstos están prohibidos por la Constitución en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales (art. 26).

3) Los intereses corporativistas tendrán que ser radicalmente excluidos. En este sentido, el Consejo debe ser permeable a todo estado de opinión profesional o social y evitar aparecer como una especie de gueto, enclaustrado en la defensa de sus intereses más inmediatos. De ser así, la existencia del Consejo no tendría sentido alguno; como tampoco la tendría si se convierte en un simple grupo de presión corporativista que, por principio, considere a los poderes públicos como un enemigo en potencia, o a determinados gobiernos como objeto de ataque sistemático en función de intereses específicos, alejados de las funciones que le son propias.

4) Los parámetros deontológicos que han servido de referencia —en el caso catalán, el Código como expresión de los principios de la profesión periodística— carecen de utilidad si no manifiestan el acuerdo de los periodistas y —cuestión aún pendiente— de los editores. Sin ánimo de efectuar propuestas muy concretas, la posibilidad de creación de un Consejo de Prensa podría abarcar los criterios que inspiran, en esencia, el modelo que conjuntamente ofrecen los consejos respectivos en Gran Bretaña y Suecia:

- a) En cuanto a *la composición* del Consejo, éste tendría que integrar a los representantes de empresas editoras, de profesionales de la información y del público destinatario de la información.
- b) *La financiación* deberá proceder, únicamente, de las aportaciones económicas de las partes privadas que lo integren.
- c) *Las funciones* que realice deberán orientarse hacia la protección de la libertad de expresión y el derecho a la información en el ámbito de los medios de comunicación. A tal fin fiscalizará las disposiciones normativas que afecten a tales derechos, la interpretación jurídica en los distintos órdenes jurisdiccionales y los actos administrativos que los afecten. Asimismo, y necesariamente, esta función de control deberá proyectarse, también, sobre la actividad de las entidades privadas que incidan en el ejercicio de esos derechos fundamentales, incluidas las propias empresas periodísticas. Se trata de verificar en qué medida las empresas facilitan o dificultan el libre ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la información.
- d) El *acceso* a la «jurisdicción» del Consejo será directo, sin ninguna instancia previa.
- e) El *carácter* de las resoluciones deberá buscar, en caso de conflicto, la conciliación previa entre las partes.

Para hacer viable un órgano de esta naturaleza y con las características descritas se precisa un consenso general de todos los sectores de la prensa. El punto de referencia debe ser, sin duda, el ordenamiento jurídico vigente y la interpretación del Tribunal Constitucional; a partir de este marco el Consejo formulará las propuestas que estime pertinentes sobre el significado del derecho a la información en el Estado democrático y el alcance de sus límites.

3. Los derechos específicos de los profesionales de la información: ¿qué hay que hacer con la cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas? La falacia según la cual la mejor ley de prensa es la que no existe

Es cuestión reiterada que la fuerza normativa de la Constitución atribuye eficacia directa a estos dos derechos integrados en el derecho a comunicar información del artículo 20.1.d de la CE. No es necesaria, pues, la *interpositio legislatoris* para que puedan ser alegados ante jueces y tribunales. A diferencia de la gran mayoría de derechos fundamentales reconocidos, y a pesar de los dieciséis años de vigencia de la Constitución, el legislador aún no ha hecho prosperar ninguna iniciativa legislativa al respecto.⁴⁸

El debate desarrollado durante los últimos años ha girado en torno a la necesidad o no de legislar al respecto. En éste sentido, determinados sectores doctrinales han considerado que el Estado debería haber mostrado una mayor beligerancia, y la mejor manera de hacerlo consistía en concretar mediante ley orgánica el régimen jurídico de estos dos derechos de los profesionales de la información con el fin de asegurar más su ejercicio. Contrariamente, importantes sectores empresariales han defendido reiteradamente que no hacía falta legislar para asegurar su ejercicio efectivo: la mejor ley de prensa —afirman, incluso hoy día— es la que no existe.⁴⁹

Sin embargo, entiendo que en éste y en otros ámbitos, la intervención del Estado es indispensable como garantía del ejercicio general de los dos derechos. No debería ser una intervención exclusivista, sino que debería complementarse con las diversas formas de autorregulación que la experiencia práctica pueda ofrecer. La necesaria concreción mediante la acción del legislador puede suponer un plus de seguridad jurídica que facilitaría un ejercicio más efectivo de ambos derechos. Es probable que esta necesidad se manifieste más en el caso de la cláusula de conciencia por la falta de una tradición jurídica al respecto, mientras que por lo que se refiere al secreto, la escasa conflictividad podría aconsejar dejar las cosas como están. No obstante, soy de la opinión que sería mejor que el legislador concretara cuál es el ámbito de aplicación del secreto profesional especificando los límites a su ejercicio. Más adelante abordaré cuáles podrían ser las condiciones para un desarrollo legislativo más eficaz. En todo caso, no me parece nada acertada la consideración según la cual la mejor ley de prensa es la que no se hace, puesto que, como es bastante evidente, el ordenamiento jurídico ofrece hoy en día un buen número de leyes que regulan directamente aspectos referidos a la prensa: protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia ima-

48. En el momento de redactar este trabajo se hallan pendiente de debate en la comisión constitucional del Congreso dos proposiciones de ley orgánica presentadas por Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya que regulan la cláusula de conciencia y el secreto profesional. Vid. *BO de las Cortes Generales* (Congreso de los Diputados), serie B, 14 de septiembre de 1993, núm. 24-1 y 25-1). En la medida en que, por primera vez, una iniciativa legislativa ha sido tomada en consideración por el Congreso, resulta también útil la consulta de los debates parlamentarios desarrollados con motivo de dicho trámite (*DD SS Congreso de los Diputados* —V Legislatura, núm. 43, sesión plenaria núm. 42, martes 8 de febrero de 1994, pág. 2.011 y ss. (con relación a la cláusula de conciencia); y el núm. 46, sesión plenaria de 15 de febrero de 1994, pág. 2.172 y ss. (con relación al secreto profesional).

49. Para una aproximación a los términos de este debate, véase AAVV, *El secreto profesional de los periodistas* (Debate con Juan Luis Cebrián). Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988; AAVV, *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas* (Debate celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales el 24 de enero de 1994), Madrid, 1994.

gen; secretos oficiales; derecho de rectificación; radiotelevisión pública; televisión privada; terceros canales autonómicos; televisión por satélite, etc.

3.1. *El derecho a la cláusula de conciencia*

a) El objeto de la cláusula de conciencia es la protección de la libertad ideológica, el derecho de opinión y esencialmente la ética profesional del periodista. La eficacia directa del artículo 20 de la CE determina que se trate de un elemento constitutivo del contrato de trabajo o de cualquier relación jurídica que vincule al periodista con una empresa informativa, con independencia de la voluntad de las partes.

La cláusula pretende proteger al periodista de las lesiones que eventualmente pudiera producirle una decisión de la empresa periodística, bien porque ésta haya cambiado de tendencia —supuesto este de causa habilitante más tradicional— o bien como consecuencia de una decisión tomada por la empresa periodística que modifique de forma repentina el estatuto profesional del periodista en el proceso de producción informativa, con consecuencias lesivas sobre el código deontológico que objetivamente asume la profesión. Ésta es una previsión normativa que incluyen las legislaciones austriaca⁵⁰ e italiana,⁵¹ cuyo cometido es censurar aquellas decisiones empresariales discriminatorias o atentatorias contra la dignidad profesional; de hecho, son medidas que bajo la cobertura de la gestión mercantil encubren una represalia.

En el primer caso, el efecto que se deriva de la aplicación de la cláusula es la rescisión del contrato a iniciativa del periodista con el derecho de obtener a cambio una indemnización que, como mínimo, debe ser equivalente a la que correspondería en un supuesto de despido improcedente. En el segundo, el efecto podría ser el mismo o, también, el derecho a permanecer como periodista vinculado a la empresa editora del medio, siempre que las medidas empresariales denunciadas fuesen anuladas.

En último término, la finalidad jurídica de la cláusula de conciencia es introducir un elemento de ruptura del principio de autonomía de las partes. Se trata, pues, de configurar un factor de heteronomía que influye sobre el contrato de trabajo, recogiendo los dos criterios básicos que actualmente operan en la legislación europea. El primero y más tradicional se produce cuando la cláusula es alegada como consecuencia de un cambio en la línea o tendencia del medio de comunicación; el segundo, cuando es consecuencia de decisoria que lesionen de forma objetiva su ética profesional. A modo de síntesis, la cláusula puede significar dos cosas: a) el derecho a abandonar el medio de comunicación con arreglo a una serie de condiciones de garantía laboral; b) o bien, eventualmente, el derecho a permanecer en la empresa de acuerdo con una serie de garantías que la legislación debe establecer.

Sin embargo, uno de los problemas que a mi entender plantea la cláusula es el modo de garantizar el carácter objetivo de la alegación que el periodista efectúa ante la dirección de la empresa informativa. Es decir, la cláusula no puede ser un instrumento jurídico sometido a demandas indiscriminadas que permitan su utilización de forma incontrolada, o interpretarla exclusivamente desde el único punto de vista que ofrezca la opinión del profesional afectado, por muy respetable que ésta pueda ser. En este sentido, es necesario que la defensa que el periodista haga de su derecho a la cláusula

50. Ley de 12 de junio de 1981.

51. Vid. A. Pace. *Stampa. Giornalismo. Radiotelevisione*. Cedam, Padua, pág. 146.

de conciencia ante la dirección de la empresa tenga un contenido objetivamente demostrable ante el conjunto de la redacción del medio. En otras palabras: el cuerpo de redacción ha de considerarse vinculado deontológicamente por la demanda que su colega o colegas presenten.

b) La titularidad del derecho a la cláusula de conciencia. Los titulares activos de este derecho son los periodistas. Por periodista no sólo debe entender a los redactores; en principio, también cabe incluir a los colaboradores permanentes o a los fotógrafos. En general, deben formar parte de este colectivo todos aquellos que desempeñen la profesión informativa de modo permanente o con una periodicidad acordada y sometida a retribución estable. En este sentido, y asumiendo el carácter absolutamente abierto de cualquier definición de la condición de periodista, entiendo que puede resultar funcional considerar como una posible aproximación la siguiente: *desempeñar la profesión periodística significa intervenir en el proceso de producción informativa de forma decisoria sobre el contenido del mensaje informativo.*

Este planteamiento permite aproximarse a la realidad de nuevas categorías profesionales configuradas por la complejidad tecnológica de los medios de comunicación audiovisuales, con vistas a que los derechos específicos del artículo 20 puedan ser disfrutados por profesionales de los medios audiovisuales que, sin responder al modelo de periodista arquetípico, *participan y condicionan* el resultado del proceso informativo. Es el caso, por ejemplo, de operadores de imagen, realizadores e incluso de documentalistas. De todas formas, considero que la delimitación de la definición, deliberadamente genérica, que deba hacer el legislador orgánico debería ser más eficaz y realista y su concreción venir determinada por la vía de la autorregulación.

Éste es otro tema polémico y de no fácil solución cuando se trata de abordar el sujeto pasivo del derecho. Parece que existe acuerdo en admitir que los sujetos pasivos de este derecho no son las empresas públicas; al menos, no de forma indiscriminada. Es evidente que no surgen dudas cuando se trata de empresas privadas (de gestión privada, más exactamente, tratándose de un medio audiovisual) en que el derecho a la tendencia es parte integrante de la libertad de empresa: el ideario del medio de comunicación se expresa en su línea editorial. Sin embargo, la cuestión no es tan obvia cuando el medio de comunicación es público. En este caso, la tendencia *strictu sensu* no existe, puesto que el punto de referencia con el que operan dichos medios se concreta en el principio constitucional del pluralismo político con el deber explícito de respetarlo, acogiendo de forma equitativa todas las expresiones ideológicas. Se trata de evitar que el medio de comunicación se convierta en una especie de portavoz velado de determinadas fuerzas políticas.

Si, como consecuencia de unas elecciones legislativas, se produce una modificación en la composición del consejo rector del medio de comunicación que conlleve un cambio en la política informativa, por ejemplo, de una cadena de televisión, la conclusión que habría que extraer no debiera ser otra que este hecho es una manifestación más del pluralismo político que el electorado ha concretado con el sentido de su voto. Sin embargo, no sería tan lógico —por ejemplo— que la misma cadena pública de televisión estableciera unos criterios de política informativa que mediatizasen, hasta el punto de anularlas, las opiniones antagónicas. De hecho, podría afirmarse que el escrupuloso respeto de este mandato constitucional debería ser la única tendencia imputable a los medios de naturaleza pública. En tales supuestos, el profesional de la infor-

mación sólo podría alegar en su favor la cláusula de conciencia cuando los elementos esenciales del pluralismo informativo fuesen sistemáticamente ignorados.

Evidentemente, este régimen aplicable a la radiotelevisión pública no significa que las de gestión o, incluso, titularidad privada puedan soslayar el principio del pluralismo informativo. La fuerza normativa y la eficacia jurídica de la Constitución también vinculan a la prensa privada, con el fin de evitar que su funcionamiento interno y la definición del producto informativo sea impermeable a los valores y principios constitucionales. El derecho a la tendencia permite un margen de maniobra más amplio para la configuración de la línea informativa y, por lo tanto, de la política informativa; sin embargo, en ningún caso habilita para la práctica del doctrinarismo.

Cuestión diferente sería, por ejemplo, si el legislador español aceptase incorporar también el modelo más reciente de la cláusula de conciencia, siguiendo la línea marcada por la ley austriaca de 1981 y la experiencia italiana, cuando la cláusula obedece a una decisión lesiva de la empresa y no a un cambio de tendencia. En este supuesto, la naturaleza de la titularidad resultaría irrelevante a los efectos de diferenciar su incidencia entre los distintos medios de comunicación; la operatividad de la cláusula sería plena con independencia del ámbito profesional en el que fuese alegada.

c) Los instrumentos de arbitraje cuando la cláusula es alegada por el periodista. La regulación de esta cuestión es una opción posible que podría tomar el legislador; entiendo, sin embargo, que se trata justamente de un ámbito en el que la vía de la autorregulación debería tener el máximo protagonismo. En la medida en que el conflicto que da lugar a reivindicar la cláusula de conciencia está definido por variables de orden deontológico-profesional, sería conveniente que los propios actores implicados —el periodista y la redacción de la cual forma parte— se erigieran en una especie de primera instancia de naturaleza privada para evaluar el caso planteado por el periodista o conjunto de periodistas.

Se trataría, pues, de que los órganos de representación profesional en el seno de un medio de comunicación (por ejemplo, el comité de redacción u órgano equivalente) sean esta primera instancia *sui generis* que decida sobre la procedencia o no de la cláusula de conciencia alegada. El hecho de trasladar la decisión a un órgano profesional de naturaleza colectiva tiene como propósito introducir elementos objetivos para ejercer el arbitraje, a fin de impedir que el derecho a la cláusula de conciencia sea interpretado sólo a partir del criterio unilateral del periodista. Evidentemente, esta primera instancia no obstaculiza la opción que, en cualquier momento, puedan tomar las partes implicadas de recurrir a la vía judicial.

d) Los efectos de la aplicación de la cláusula. Seguramente este sí es un aspecto de regulación ineludible para el legislador, que deberá llevar a cabo superando las concepciones clásicas derivadas del modelo francés, según el cual, el efecto de la cláusula de conciencia es el equivalente a la indemnización que se deduce de un despido improcedente.

Sin embargo, a mi entender esta es una solución insuficiente; las normas deontológicas tuteladas por la cláusula deben estar garantizadas de forma más beligerante por los poderes públicos. En este sentido, la finalidad es que el periodista pueda alegar este derecho específico —que, no debe olvidarse, *de facto* le supone pasar a la situación laboral de desempleado— con las suficientes y razonables garantías materiales que le

compensen económicamente, al menos, durante un cierto tiempo. Por tanto, a los efectos jurídicos de un despido improcedente, la futura legislación tendría que añadir preceptivamente una indemnización adicional que le facilite el tránsito hacia una futura ocupación.

3.2. *El secreto profesional*

a) No todos los secretos profesionales tienen el mismo carácter. El derecho de los periodistas al secreto profesional ha constituido una reivindicación tradicional en la prensa escrita y audiovisual. Buena prueba de este estado de opinión favorable lo constituyen los conflictos en que los periodistas han sido protagonistas al haber alegado ante la autoridad judicial el derecho al secreto sobre sus fuentes de información.⁵²

El Consejo de Europa nos aporta una primera aproximación conceptual a esta modalidad de secreto, como fruto de los debates celebrados en esta institución europea en octubre de 1974: el secreto «es el derecho del periodista a negarse a revelar la identidad del autor de la información, a su empresa, a terceros y a las autoridades públicas o judiciales».⁵³

El contenido de esta definición resulta adecuado al significado esencial de la institución jurídica del secreto y al valor que le otorga la propia Constitución española, básicamente en función de sus efectos *erga omnes*, es decir, como derecho susceptible de ser alegado ante los poderes públicos y también frente a entes privados.

De acuerdo con los artículos 9.1 y 53.1, la eficacia de los derechos fundamentales se predica respecto de los poderes públicos y de particulares, por lo que el derecho a mantener discreción sobre las fuentes de información periodística puede ejercerse no sólo respecto de la autoridad pública dotada de poder coercitivo, especialmente los órganos dependientes del poder judicial, sino también ante otros profesionales o la propia empresa periodística que es propietaria o gestiona el medio de comunicación.

Del mismo modo que la cláusula de conciencia, el *fundamento* del derecho al secreto profesional reside, en primera instancia, en el interés colectivo y la dimensión objetiva de su contenido, que facilita un ejercicio más integral del derecho a la información. El derecho a la información tiene un destinatario colectivo que es el cuerpo

52. Recuérdese en este sentido el caso ya antiguo, denunciado por el Instituto Internacional de Prensa (IPI) protagonizado en 1980 por el periodista Miguel A. Aguilar, editor de *Diario 16*. Aguilar había publicado un informe sobre un supuesto complot del ejército para instalar a un general retirado como jefe de Gobierno. La jurisdicción militar le exigió desvelar sus fuentes informativas; su negativa le ocasionó la pérdida del puesto profesional. (Este dato ha sido tomado de J. Rigo Vallbona, *El secreto profesional y los periodistas*. Ed. Bosch, Barcelona, 1988, pág. 64, trabajo de valor jurídico absolutamente nulo). Otro caso es del director del periódico *El País*, llamado a declarar por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo respecto a la difusión por este rotativo del contenido de la STC sobre el Decreto-ley de expropiación de Rumasa, antes que fuera publicado oficialmente. El periodista fue interrogado sobre sus fuentes y el momento en que tuvo conocimiento de la noticia. La respuesta fue negativa al amparo del secreto profesional reconocido en la CE. Vid. *El País* de 21/2/1984, pág. 20, y de 22/2/1984, pág. 21.

Vid. «El secreto profesional de los periodistas (debate con Juan Luis Cebrián)». *CEC. Cuadernos y Debates*. Madrid, 1988.

53. Esta definición es recogida por Ángel Benito, «El secreto de los periodistas», *Boletín Informativo de la Fundación Juan March*. Madrid, 1976, pág. 6; véase también Emilio Octavio de Toledo, «Algunas reflexiones sobre el tratamiento jurídico del secreto profesional», *La Ley*, núm. 612, de 11 de febrero de 1983, pág. 1.

social; la sociedad es el titular pasivo de un derecho fundamental, del que el periodista es un titular activo cualificado y agente transmisor.

Asimismo, el secreto profesional se basa en el interés subjetivo del periodista de no desvelar la identidad del sujeto productor de la noticia, con el fin de preservar su identidad en ésta y en ocasiones futuras. Sin embargo, preservar la integridad de la fuente no significa que la justificación del secreto periodístico sea la salvaguarda de la intimidad de aquél que transmite la información. La intimidad es un derecho de la personalidad que preserva al individuo de intromisiones ilegítimas sobre aquel ámbito de su vida privada cerrado al exterior y sobre el cual ostenta plena capacidad de disposición; y también aquella parte —según ha interpretado el TC—⁵⁴ de la vida privada, personal y familiar que queda excluida al conocimiento ajeno y a las intromisiones de los demás.

Lo que persigue el secreto es, en cambio, guardar discreción sobre la identidad de la fuente para asegurar el derecho a la información; es dar garantías jurídicas que aseguren su anonimato y evitar las posibles represalias que puedan derivarse tras haber desvelado una información. El periodista debe asumir esta exigencia en la medida en que también está en juego su propia credibilidad ante la fuente informativa. El interés público de la noticia, que prevalece sobre la identidad del confidente, justifica su difusión.

La combinación de los dos factores, subjetivo y objetivo, del derecho a la información concreta el fundamento del derecho al secreto profesional como un derecho integrante de aquél y vinculados ambos al principio democrático.

El secreto profesional de los periodistas no es un instituto jurídico definido en una sola dirección. Desde una perspectiva teórica puede ser construido como un deber jurídico, como un derecho o, también, como un derecho-deber.

Conviene recordar previamente que el secreto profesional en sentido estricto es el que afecta, por ejemplo, al abogado o al médico; y, ciertamente, en estos casos se configura como un deber jurídico. De acuerdo con la CE (art. 24.1),⁵⁵ es al legislador a quien corresponde determinar cuáles son las profesiones que pueden quedar exentas de declarar, por razón de parentesco o secreto profesional. En tales supuestos, lo que establece la Constitución es un deber jurídico que afecta a un ámbito determinado de profesionales. En el caso del abogado o del médico el deber exige discreción sobre toda la información que el cliente aporta como consecuencia de una relación de confianza previamente pactada. Al tratarse de un funcionario, el deber de guardar secreto se articula a partir de una relación de sujeción especial que tiene respecto de la Administración y que supone un límite a sus derechos de expresión e información.⁵⁶

El diseño trazado por la Constitución del secreto profesional de los periodistas es distinto: está definido como el derecho a no desvelar las fuentes informativas utilizadas; sin embargo, este poder de disposición del periodista no deriva simultáneamente en un derecho jurídico. Si el periodista decide revelar la identidad de una fuente no le será exigida responsabilidad por esta acción. Dicho de otro modo: el profesional de la

54. *Vid.* ATC 642/1986.

55. Sobre los demás secretos profesionales previstos en este precepto constitucional, véase J. M. Michavila Núñez, «El artículo 24 de la Constitución y el derecho al secreto profesional: una visión unitaria de la Institución», REDA núm. 56, Madrid, 1987, pág. 537 y ss.

56. *Vid.* Fernández-Miranda Campoamor, *op. cit.*, pág. 32.

información goza de plena disponibilidad sobre el uso que haga de un derecho fundamental. Un aspecto diferente sería el de la cuestión ética o deontológica: un amplio sector de los periodistas considera que guardar secreto sobre las fuentes es, sobre todo, un deber propio del ejercicio de su profesión. Éste es el planteamiento que aparece en los estatutos de redacción hoy vigentes en algunos medios de comunicación; planteamiento que resulta compatible con su naturaleza jurídica que lo equipara a la categoría de derecho.

La modalidad de secreto que aquí analizamos presenta características diferentes respecto a otros secretos que afectan a profesiones como la de abogado, médico, funcionario, etc. La naturaleza de la relación jurídica que se establece entre el sujeto que proporciona la información y el que la recibe es la siguiente:

1) Una primera y esencial es la referida al objeto: para los profesionales mencionados, la confidencialidad afecta a la información que el cliente suministra al abogado o al médico, en tanto que, por lo que se refiere al periodista, el secreto debe incidir sobre el sujeto de la información y no sobre su contenido, que es justamente lo que se difunde. Se produce, por lo tanto, una inversión en el significado del secreto.

2) La relación de confianza que debe existir entre cliente, por un lado, y abogado o médico, por otro, no tiene por qué darse —aunque no debe excluirse— entre el profesional de la información y la persona que le facilita confidencialmente una noticia de interés social. Por ejemplo, el abogado obtiene de una persona información sobre ella y una contraprestación económica a cambio de un asesoramiento legal por el cual ha sido contratado o designado; en cambio, el periodista no aporta —en principio— nada evaluable al confidente, aparte de la difusión de unos hechos o de unas opiniones de las cuales es autor el confidente.

3) Los bienes jurídicos protegidos por el secreto tipificado por la legislación penal son, por un lado, el deber de reserva que atañe al titular afectado sobre las materias que conoce en razón de su profesión (funcionario), y de otro la intimidad del cliente (abogado, médico). En el secreto periodístico, lo protegido tiene un valor objetivo más intenso; lo que predomina es el derecho a comunicar y a recibir información veraz (*ius narrandi*)⁵⁷ como requisito esencial de una sociedad democrática, en la que el principio de publicidad sobre todo aquello que es de interés público —bien por razón del contenido, bien por razón de la dimensión pública de las personas implicadas— debe prevalecer sobre otros bienes jurídicos.

4) Finalmente, y como lógico corolario, el secreto profesional no es —solamente— una garantía del redactor o del director como sujetos centrales de la empresa informativa; hay que decir que es, también, una *garantía institucional*⁵⁸ del derecho a la información en la medida en que introduce un mecanismo que facilita su acceso a ámbitos de la esfera pública o privada poco permeables al principio de publicidad.

57. Vid. Enrique Gómez-Reino y Carnota, «El secreto profesional de los periodistas», *RAP* núm. 100-102, enero-diciembre, Madrid, 1983, pág. 611-629.

58. Sobre el concepto de garantía institucional aplicada al derecho a la información, vid. Paolo Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bolonia, 1984, pág. 223-236.

b) El derecho al secreto profesional no es un derecho absoluto: la problemática de sus límites

Del contenido material de la Constitución pueden deducirse algunos límites o ámbitos concretos sobre los que la futura ley orgánica reguladora tendrá que concretar su alcance, además de los que de manera explícita decida añadir; naturalmente, sin perjuicio de la exigibilidad directa de este derecho ante poderes públicos⁵⁹ y entidades privadas. Sin embargo, es necesario realizar algunas consideraciones sobre los límites a partir de los datos que ofrece el propio ordenamiento constitucional y las posiciones que sobre este punto sostienen algunos sectores doctrinales y profesionales.

1) Comenzando por estos últimos, destaca una propuesta defendida por importantes sectores empresariales y profesionales del periodismo según la cual cualquier regulación legal posterior, tanto de la cláusula de conciencia como del secreto profesional, será limitativa. Para evitar esta consecuencia se proponen las siguientes soluciones:

a) Reformar los artículos 416 y 417 de la Ley de enjuiciamiento criminal, incluyendo a los periodistas entre las personas dispensadas de la obligación de declarar.

b) Incluir a los profesionales de la información entre los sujetos excluidos de responsabilidad criminal cuando obren en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 8.11 del Código penal).⁶⁰

Los defensores de esta solución argumentan en su favor que de este modo ya no sería necesaria ninguna ley posterior y se otorgaría un trato idéntico al que reciben otras modalidades de secreto profesional.

Es evidente que este planteamiento está basado en una hipótesis de deontología profesional que goza de aceptación: el secreto profesional es alegable en cualquier caso porque el deber del periodista es informar. Sin embargo, la perspectiva jurídica no ofrece la misma conclusión por no ser los derechos y libertades absolutos y, en conse-

59. Recuérdese el caso protagonizado por el entonces director del periódico *El País*, Juan Luis Cebrían, llamado a declarar por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo con relación al avance del contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/1983, de 2 de diciembre, sobre el Decreto-ley 2/1983, de 23 de febrero, de expropiación de Rumasa. Este director fue preguntado por las fuentes utilizadas para publicar el texto de la resolución judicial y el momento en que tuvo conocimiento de la noticia; la respuesta fue negativa, alegando en su favor el derecho al secreto profesional reconocido por la Constitución (*El País* de 21 de febrero de 1984, pág. 20, y de 22 de febrero de 1984, pág. 21).

Otro caso más reciente es el protagonizado por el director general de la cadena de emisoras radiofónicas SER, Augusto Delkáder, el cual, a propósito del llamado caso Benegas, se negó a proporcionar datos concretos al juez de guardia —más allá de su procedencia lícita— sobre el origen de unas cintas magnetofónicas que reproducían una conversación telefónica mantenida por este dirigente del PSOE y otros miembros de este partido. Sobre la problemática jurídica de este asunto, véase mi artículo «L'afer Benegas des del punt de vista jurídic», *Capçalera*, núm. 23, Colegio de Periodistas de Cataluña, Barcelona, junio, 1991, pág. 15-17; y también, sobre la inviolabilidad de las comunicaciones y el uso del secreto profesional, mi artículo «El precintado y la incautación de emisoras en el anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones: ¿una nueva forma de censura previa?», *Jueces para la Democracia*, núm. 13, Madrid, 1991, pág. 13-16.

60. Ésta es la posición defendida tradicionalmente por el ex director del periódico *El País*, Juan Luis Cebrían, en su opúsculo *La prensa y...*, *op. cit.*, pág. 103 y ss., y por el propio periódico en numerosos editoriales.

cuencia, estar sometidos a límites, como reiteradamente ha puesto de relieve la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.⁶¹ En este sentido, cuando se alega como causa de exención de la responsabilidad la previsión del artículo 8.11 del Código penal referida a: «obrar [...] en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo», no se puede olvidar que ni la Constitución ni, por lo tanto, el Código avalan cualquier ejercicio del derecho —en este caso, el derecho a comunicar información— sino aquél que sea legítimo; es decir, el que no lesione bienes jurídicos integrados en otros derechos constitucionalmente protegidos.

Otro elemento que debe tenerse en cuenta de esta, por otro lado, sugerente propuesta es la consideración del secreto profesional como un deber; ésta es la consecuencia a la que inevitablemente conduce la otra parte de la referencia a la cláusula eximente de responsabilidad criminal del artículo 8.11 del Código penal: «obrar en cumplimiento de un deber». Antes hemos subrayado que el texto constitucional no adopta esta posición —más propia de comportamientos deontológicos— sino que considera el secreto profesional como un derecho integrado en el derecho fundamental a comunicar información veraz, sobre el que —jurídicamente— el periodista tiene plena disponibilidad para su ejercicio. Asimismo, no hay que dejar de lado el criterio que —de forma acertada— ha adoptado el TC: el cumplimiento de un deber se justifica únicamente cuando éste es legal. Y parece evidente que ello no se deduce directamente de la Constitución y que la falta de norma legislativa lo hace inaplicable como deber.

2) Una segunda posición es la que entiende los derechos fundamentales como derechos sometidos a límites que, como criterio general, derivan, en primer lugar, de la concepción constitucional de los derechos y libertades y, en segundo lugar, de la configuración que, conforme a la norma suprema, haya configurado el legislador.

En este sentido, el secreto periodístico no podrá ser alegado, por ejemplo, respecto a materias que, con arreglo a las previsiones legales vigentes,⁶² hayan sido declaradas válidamente como secretas y, por lo tanto, no susceptibles de ser objeto de difusión. Si el periodista ignora la decisión administrativa que clasifica una materia como secreta y difunde su contenido total o parcialmente, incurrirá en responsabilidad penal por el descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativo a la defensa nacional (art. 135 bis *c* del CP) y no podrá pedir la cobertura del secreto profesional, ya que en este caso no opera: el periodista comparecerá ante el órgano judicial como inculpado, no como testigo. Asimismo, y siempre que la calificación como materia secreta haya sido publicada, como es preceptivo, en el BOE, tampoco podrá alegar —obviamente— ignorancia sobre dicha circunstancia, que se justifica por el principio de publicidad de los actos de los poderes públicos. Su conducta sería, *ab initio*, antijurídica.

61. Criterio establecido desde las primeras sentencias; véanse, por todas: entre las primeras, STC 2/1982, de 29 de enero, y 62/1982, de 15 de octubre. Y entre las últimas, STC 20/1990, de 15 de febrero, y 105/1990, de 6 de junio.

62. Según la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales, modificada por Ley 48/1978, de 7 de octubre, la clasificación de una materia como secreta corresponde al Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor. La dependencia orgánica y funcional de este órgano respecto al Ministerio de Defensa (art. 11.2 de la Ley orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar, modificada por Ley orgánica 1/1984, de 5 de enero) es la causa de que el órgano decisorio sobre este punto sea también, al fin y al cabo, el Consejo de Ministros.

Naturalmente, la existencia de este límite o, más propiamente, *de este ámbito exento en el ejercicio del secreto profesional*, definido por la existencia de materias calificadas como secretas, no impide ni la eventual denuncia que los medios de comunicación puedan efectuar del contenido de la Ley de secretos oficiales o de su uso abusivo por parte del Gobierno, ni los controles que en el ámbito de sus respectivas funciones puedan ejercer la jurisdicción ordinaria y las Cortes Generales.

Conviene recordar al respecto que la noción de secreto oficial o secreto de Estado no es un concepto jurídico asimilable a un cheque en blanco, mediante el cual se pueda incluir cualquier materia; su ámbito queda limitado a los aspectos concernientes a la defensa y seguridad nacional. Es decir, aquellos asuntos que por su naturaleza estén relacionados con la Administración militar y tengan por objeto esencial la defensa del Estado.⁶³ Se trata del alto secreto militar, tradicionalmente vinculado a la seguridad exterior del Estado, no a la seguridad interior, supuesto este que otorgaría al ámbito del secreto oficial una *vis expansiva* incontrolable.

3) Además del caso específico y singular analizado en este último apartado, otro ámbito que no permite la alegación del secreto oficial en beneficio del periodista debe ser el derivado del deber de impedir la comisión de cualquier delito. Evidentemente, en este caso es necesario que sea constatable, de forma objetiva, un peligro inminente de una acción delictiva de cualquier tipo para que la colisión de bienes jurídicos dé como resultado el decaimiento del derecho al secreto profesional en favor de otro de rango superior. Idénticas consecuencias tendría si el hecho delictivo ya se hubiera cometido y el periodista no lo hubiera puesto en conocimiento de la autoridad o de sus agentes.

4) El derecho a mantener discreción o reserva sobre determinadas personas o materias que afectan a las fuentes informativas no puede tener como consecuencia una declaración judicial del periodista que, sin faltar a la verdad, la altere con reticencias o inexactitudes. Ante la duda de producir tales efectos, el periodista que desee mantener el secreto profesional deberá optar por el silencio si no quiere correr el peligro de levantar falso testimonio (art. 332 del CP).

5) El periodista deberá evitar que su actitud en defensa del secreto profesional pueda suponer —como decíamos antes— el encubrimiento de un delito (art. 17 del CP); en este sentido, si como fruto de su actividad profesional llegase a poseer los instrumentos materiales del delito tendrá que hacer entrega de los mismos al juez instructor (art. 334 de la LECR). El derecho al secreto debe ser compatible con el deber de auxilio a la justicia, sin que ello suponga desvelar la identidad de las fuentes de que dispone.

6) Otro punto de gran interés es la relación que se plantea entre el secreto profesional y el derecho a comunicar información veraz. Como es sabido, el Código penal acepta la *exceptio veritatis* en los supuestos de presuntos delitos por calumnias

63. Vid. mi libro *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución española de 1978*. PPU, Barcelona, 1987, pág. 99 y ss.; Gómez-Reino, art. cit., pág. 123; J. Leauté, *Sécret Militaire de la Presse (Étude de Droit Penal Comparé)*. PUF, París, 1956, pág. 64-65.

(art. 456) y también por injurias, cuando las hipotéticas expresiones o acciones ejecutadas, en descrédito o menosprecio de una persona, se refieran a funcionarios públicos sobre hechos que conciernan al ejercicio de su cargo, o cuando se tenga derecho a perseguir aquellos tipos de delitos que son perseguibles de oficio (art. 461 del CP).

La pregunta que se plantea es la siguiente: ¿qué ocurre cuando es el periodista quien ha de probar que aquello que ha difundido es cierto? Y, más concretamente: ¿cuáles son las consecuencias cuando el periodista alega el secreto profesional? Las posibilidades que se plantean son dos:

- a) Que pueda probar aquello que ha publicado o difundido sin necesidad de identificar la fuente informativa.
- b) Que la cobertura que ofrece el secreto profesional no le permita probar plenamente lo que ha dicho o escrito.

En Francia no hay opción: o se prueba que la información es veraz o se incurre en responsabilidad; pero éste es el supuesto de un ordenamiento jurídico que tradicionalmente no ha aceptado el derecho al secreto. En el caso español, y en general, en los supuestos en que se admite este derecho fundamental, la alegación ante los tribunales no siempre tiene por qué constituir un obstáculo insalvable para poder probar que la información se corresponde con la verdad de los hechos. Sin embargo, cuando no es posible la prueba y el periodista es el autor de la información presuntamente lesiva, el derecho al secreto profesional no opera. La eficacia del derecho al secreto profesional del periodista sólo será plena cuando éste intervenga como testigo y, por lo tanto, no ha sido inculcado.

Ahora bien, la investigación judicial sobre la veracidad de la información debe facilitar y dar acogida, previamente, a todo tipo de pruebas aportadas por el periodista que, sin identificar la fuente, basten para justificar que la información no es falsa. Es decir, el juez no puede iniciar la investigación exigiendo como primera providencia que el periodista revele la identidad de quien le ha proporcionado la información. El juez deberá valorar aquí el interés público de la información, la trascendencia pública del sujeto cuestionado, la diligencia⁶⁴ profesional del periodista, etc. Sólo tras este proceso previo de evaluación, y si se demuestra que el trabajo periodístico ha carecido de diligencia profesional, el órgano judicial podría solicitar la revelación plena de las fuentes informativas.

En los procesos por difamación en Estados Unidos, está prevista una fase previa o *discovery period* en que se promueve que el periodista ponga a disposición del demandante sus fuentes informativas para demostrar que lo que ha publicado o difundido es verdad o, ¡atención!, ha sido obtenido con diligencia.⁶⁵

Hasta aquí, pues, algunas consideraciones sobre esta institución jurídica que, todo hay que decirlo, no ha generado conflictos de especial relevancia, lo cual ha llevado a algunos sectores a considerar suficiente el reconocimiento general que hace la Constitución para el pleno ejercicio de este derecho.

64. Sobre el concepto de diligencia, véase el criterio adoptado por el TC en la Sentencia 6/1988.
65. Vid. Muñoz Machado, *Libertad de prensa...*, op. cit., pág. 156-157.

4. Algunas cuestiones problemáticas

4.1. *La difusión de informaciones obtenidas mediante procedimientos irregulares: el caso de la interferencia de comunicaciones telefónicas*

La divulgación por varios medios de comunicación de conversaciones telefónicas que han sido objeto de interceptación mediante instrumentos técnicos ha puesto de relieve la entidad de una práctica lesiva sobre el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones reconocido en el artículo 18.3 de la CE y, sobre todo, el hecho mismo de la difusión de la información, a pesar de haber sido obtenida mediante este procedimiento. Como es sabido, hace unos tres años, una emisora de radio de gran audiencia difundió una pintoresca y, sin duda, ilustrativa conversación telefónica sobre el talante de un determinado sector del personal político en ejercicio, mantenida por el señor Benegas —a la sazón responsable de organización del PSOE— y otros miembros de este partido político, en la cual se abordaban problemas derivados de las relaciones partido-gobierno. Más recientemente, el consejero de Política Territorial de la Generalitat de Cataluña presentó su dimisión al jefe del ejecutivo autonómico como consecuencia de la difusión, por un medio de comunicación escrito, de conversaciones de las que podrían derivarse irregularidades urbanísticas cometidas en beneficio de un familiar cercano.

Ambos casos plantean el significado de un conjunto de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española como son, por un lado, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones (art. 18.3) y el derecho a la intimidad (art. 18.1); y, por otro, el derecho a recibir y comunicar información veraz por cualquier medio de comunicación (art. 20.1 *a*). Y, especialmente, la problemática que genera el conflicto entre derechos adscritos a la actividad individual de la persona, como son los primeros, y un derecho perteneciente al estatuto de libertad política y de participación como es el segundo.

Aparte del carácter pionero de la 4ª enmienda a la Constitución de los Estados Unidos que entró en vigor en 1791, la constitucionalización en Europa de los derechos incorporados al ámbito privado e íntimo de las personas es, esencialmente, producto del constitucionalismo surgido tras la segunda posguerra mundial. El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones se reconoce, por ejemplo, en la Constitución italiana de 1947 (art. 15) y en la Ley fundamental de Bonn, hoy Constitución de la Alemania reunificada (art. 10). Por su parte, el derecho a la intimidad ha sido objeto de una regulación constitucional muy detallada en la Constitución portuguesa de 1976, texto jurídico que hizo un loable esfuerzo por recoger normativamente la protección ante la incidencia de la informática sobre el patrimonio privado de las personas (art. 33).

Por otro lado, el derecho a la inviolabilidad o al secreto de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas reconoce la potestad de toda persona para impedir cualquier intromisión que altere su libertad de comunicarse con los demás. Desde una perspectiva formal, el bien jurídico protegido no sólo es el secreto de la conversación mediante la prohibición de interceptarla —por ejemplo, mediante la colocación de dispositivos de escucha telefónica—; lo es también, desde un punto de vista material, el contenido de lo que ha sido captado. Así lo recuerda el Tribunal Constitucional en su Sentencia 114/1984. Se trata, pues, de un derecho exigible a poderes públicos y a

particulares, que protege también la identidad subjetiva de los protagonistas de una conversación privada, frente a la intromisión de terceros con ayuda de instrumentos técnicos que faciliten el conocimiento de algo que pertenece al ámbito secreto de la comunicación. Así lo recuerda también en su Sentencia de 2 de agosto de 1984 (caso Malone) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, jurisdicción internacional que dicta doctrina jurisprudencial sobre derechos fundamentales y libertades públicas que no puede ser obviada por los estados miembros del Consejo de Europa, de los que España forma parte.

Con todo, parece bastante evidente que no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser limitado como el resto de los reconocidos por la Constitución; bien por decisión del juez en los supuestos en que sea necesario para el descubrimiento de un hecho o circunstancia importante para una causa judicial; o bien por decisión del Ministerio del Interior en casos de urgencia referidos a actos de bandas armadas o elementos terroristas, con la obligación de comunicarlo inmediatamente al juez. No parece, pues, que los dos supuestos citados tengan relación con tales previsiones legales. Y, por lo tanto, de la descripción de los hechos parece evidente que la interferencia sobre la conversación entre las dos partes se produjo y, como tal, se constata la violación del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones mediante una acción que, asimismo, es constitutiva del delito tipificado en el artículo 497 bis del Código penal: «el que para descubrir los secretos o la intimidad de otros sin su consentimiento interceptare o utilizare instrumentos o artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido será castigado con las penas de arresto mayor y multa...».

En estos momentos, la responsabilidad sobre el hecho de la interferencia de la comunicación no ha sido esclarecida en los dos ejemplos citados. Además, en el primer ejemplo, la emisora alegó que la grabación llegó hasta ella de forma unilateral y sin que le correspondiera la autoría de la interferencia. Por otra parte, y haciendo uso del derecho fundamental al secreto profesional, con criterio inteligente y constitucionalmente irreprochable, el director general de la entidad radiofónica se negó a revelar sus fuentes informativas. En este sentido hay que recordar que el secreto profesional, garantía básica del derecho a la información, puede alegarse ante la autoridad judicial siempre y cuando el profesional de la información intervenga como testigo; nunca como autor de la acción presuntamente delictiva. En este caso la emisora de radio —y también el medio escrito— ejerció correctamente su derecho a *guardar silencio sobre el asunto, siempre que no se demostrara que fue ella, directa o indirectamente, la que provocó la interferencia en la citada conversación.*⁶⁶

66. Durante la celebración de este Seminario Internacional (*vid.* nota 1), y más concretamente en la sesión organizada el 15 de diciembre de 1994 (*vid. El País* de 16/12/1994, pág. 22) se produjo la aprobación definitiva por el Congreso de los Diputados de la proposición de ley por la que se modifica el Código penal en lo referente al secreto de las comunicaciones (antes proposición de Ley orgánica por la cual se modifica el Código penal en lo referente a las escuchas telefónicas). La nueva redacción del artículo 497 bis del Código penal ha quedado así:

«El que para descubrir los secretos o la intimidad de otro sin su consentimiento interceptare sus telecomunicaciones o utilizare artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen será castigado con las penas de prisión menor en grado medio y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.

»Si divulgare o revelare lo descubierto, incurrirá en las penas de prisión en grado máximo y multa de 100.000 a 5.000.000 de pesetas.

El derecho a la intimidad es un derecho de la personalidad del individuo cuyo objetivo es la protección de aquel reducto de la persona referido a aspectos de su ámbito particular o familiar sobre los que únicamente él tiene capacidad de determinación. Bajo el concepto de *privacy*, la jurisprudencia americana ha elaborado una amplia doctrina alrededor de aquello sobre lo que nadie puede introducirse si no es con autorización del interesado, o cuando inciden razones de interés público que puedan dar un carácter preferente al derecho a la información. En el caso Benegas, no parece que del contenido de las conversaciones grabadas y posteriormente difundidas por radio y prensa escrita puedan deducirse aspectos referidos a la intimidad de los sujetos del, por otro lado, impagable diálogo; cuando menos de la parte difundida.

De cuanto se conoce en los ejemplos aportados, se deduce, en el primero, la existencia de un conflicto PSOE-Gobierno de alcance imprevisible y del que ya se habían hecho eco los medios de comunicación, aunque sin la beligerancia subjetiva que se desprende las palabras empleadas por los contertulios. Y, por lo que se refiere al consejero autonómico, su presunta participación en una irregularidad urbanística. El interés público de las informaciones difundidas no parecía ofrecer dudas, aunque se refiriera a temas más o menos conocidos por cualquier persona con un nivel general de información política. La subjetividad que pueda expresar una persona de dimensión pública sobre cuestiones vinculadas a su profesión es siempre susceptible de la atención colectiva. En consecuencia, el derecho individual con el que se enfrenta el derecho a recibir información no es, principalmente, la intimidad del señor Benegas y sus amigos, o la del señor Cullell. El derecho esencialmente afectado es el secreto de las comunicaciones, sobre el cual no puede ostentar preferencia el derecho a la información, a pesar del interés público de ésta. La razón es que, en ningún caso, la violación de un derecho fundamental puede legitimar la prevalencia de otro; el derecho a la información nunca tendría que operar a partir de la negación de la vigencia del secreto de las comunicaciones.

Otra gran cuestión es saber si la divulgación de la información por la prensa escrita o audiovisual, forma parte de la negación de preferencia a la que nos hemos referido. En este sentido hay que distinguir claramente si existe o no responsabilidad penal en la

«El que con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior, será castigado con las penas de prisión en grado mínimo y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas». (Esta redacción es la misma que fue aprobada por el Senado; *BO de las Cortes Generales* [Senado] serie III A, de 7 de diciembre de 1994, núm. 13-1).

El párrafo en cursiva es la novedad que modifica sustancialmente el régimen de inviolabilidad de las comunicaciones. Hasta ahora, la falta de participación en la interceptación de comunicaciones era un elemento de exclusión de responsabilidad; con el nuevo redactado no del todo, ya que se exige, aunque no se haya tomado parte en el descubrimiento, el desconocimiento del origen ilícito.

Esta nota no es el lugar más idóneo para analizar la nueva redacción del precepto penal. Sin embargo, hay que avanzar en el *problema de prueba* que plantea la determinación de lo que se entiende por conocimiento ilícito de la interceptación. En todo caso, parece evidente que el legislador quiere introducir un criterio más restrictivo sobre la difusión de conversaciones grabadas a partir del reconocimiento de un tipo delictivo basado en la relación de causa-efecto entre la interceptación de la noticia y su difusión. La carga de la prueba corresponderá al periodista que tendrá que demostrar el desconocimiento del carácter ilegal del material difundido.

Hay que decir que en estas circunstancias cobra mayor relevancia institucional el derecho de los periodistas al secreto profesional, como vía de preservación de las fuentes informativas, siempre y cuando —eso sí— sea alegado por un periodista desvinculado de cualquier tipo de participación en una acción delictiva.

interferencia de la comunicación. Entiendo que hasta que no se demuestre que los medios de comunicación tienen alguna implicación material o formal en la interferencia de la conversación, el hecho de la divulgación de ésta es una demostración del derecho a comunicar información veraz. Si su procedencia es de legalidad cuestionable, el problema se sitúa en el ámbito de la deontología profesional; es, pues, el medio de comunicación el que ha de valorar la oportunidad o no de difundir una información de evidente interés público. En este sentido, el Tribunal Constitucional español ha insistido en abundante jurisprudencia —recuérdense, por todas, las STC 104/1986 y 6/1988— sobre el carácter preferente del derecho a la información, cuando el interés de lo que se difunde resulta objetivo por sí mismo o bien por la calidad del sujeto. En este sentido, no es lo mismo que el Ministro de Economía y Hacienda sea despreciado por un anónimo afiliado al PSOE, a que lo haga el secretario de organización del partido. Debería aplicarse el mismo criterio cuando lo que se dice del consejero afecta a la legalidad urbanística. El Tribunal recuerda —recogiendo criterios del Tribunal de Estrasburgo— que la libertad de expresión y el derecho a la información comprenden «[...] no solamente las informaciones consideradas inofensivas o indiferentes, o que acojan favorablemente, sino también aquéllas que puedan inquietar al Estado o a una parte de la población, pues así resulta del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática».⁶⁷

4.2. *Derecho de huelga y derecho a la información: ¿Son incompatibles? ¿Pueden ser excluidos los periodistas del ejercicio del derecho de huelga para proteger intereses de rango superior?*

La cuestión que aquí se presenta puede ser planteada de la forma siguiente: en una situación de huelga legal y de carácter general, ¿deben abstenerse de participar en la misma los periodistas con el fin de mantener informada a la sociedad durante el día de huelga? Durante el período previo a la última huelga general del 27 de enero de 1994, y también ese mismo día y en días posteriores, determinados sectores del mundo de la información defendieron que, con independencia de lo que hubieran decidido los trabajadores en las asambleas de los diversos medios de comunicación, si un sector de las mismas —aunque fuera minoritario— decidía trabajar y sacar el periódico a la calle o difundir un programa de radio o televisión, era legítimo que lo hiciera, porque la información es un servicio público del ciudadano y la sociedad no puede permanecer desinformada, incluso en un día de huelga de ámbito general.

El punto de partida para el análisis de la cuestión planteada no puede obviar que la concepción de los derechos fundamentales como derecho absoluto no tiene cabida en el constitucionalismo democrático; la existencia de límites en su ejercicio es un elemento definitorio de su actuación. Asimismo, su condición de derechos fundamentales elimina cualquier pretensión de establecer un orden de prelación en función de una supuesta relevancia social. Por ejemplo, cuando el artículo 20.4 de la CE especificó como límites de la libertad de expresión y del derecho a la información los derechos de la personalidad, no estaba introduciendo criterios de preferencia; lo que en realidad quería subrayar el legislador constituyente eran los posibles ámbitos en los que la fricción de derechos podía ser más factible, como así han demostrado ampliamente la

67. Vid. STEDH de 8 de julio de 1986 (*caso Lingens*).

jurisprudencia constitucional y ordinaria. En este sentido, en el apartado segundo de este trabajo ya vimos que para la jurisprudencia constitucional el derecho a la información goza de la condición de derecho preferente; cualidad esta que opera respecto de los derechos de la personalidad —no con relación a otros de naturaleza fundamental— cuando el objeto de la información sea de interés público, bien en razón de su contenido, bien por causa de la dimensión pública de la persona objeto de la misma. No hay duda, pues, de que el ámbito material de los derechos fundamentales está afectado de las mismas garantías jurisdiccionales, y que el derecho a la tutela judicial se predica con la misma intensidad de todos ellos. Sin embargo, ¿deberían preverse excepciones en función de valores o principios de rango superior, como aquellos que consideran el derecho a la información como una especie de servicio público?

Entiendo que en modo alguno sería posible llegar a una conclusión parecida. La situación en la que se encuentra de hecho el periodista vinculado por un contrato laboral a una empresa informativa no se diferencia de la que afecta a otro trabajador que, ante una determinada coyuntura socioeconómica, decide ejercer el derecho de huelga reconocido por el artículo 28.2 de la CE para la defensa de sus intereses. En ambos supuestos, el titular del derecho a interrumpir la actividad laboral es el trabajador, individualmente considerado. Y no únicamente el trabajador; también las huelgas organizadas y dirigidas por los sindicatos se hallan protegidas por la Constitución, dada la configuración que la norma suprema atribuye a los sindicatos (art. 7) como organizaciones básicas del sistema político.⁶⁸ Conviene poner de relieve asimismo que la Constitución no restringió el ámbito material del derecho de huelga a la llamada huelga contractual; recuerda el TC, en una de sus primeras y decisivas sentencias, que las huelgas de solidaridad gozan de cobertura constitucional: los trabajadores pueden tener también un interés profesional que les solidarice con otros trabajadores de un ramo productivo diferente. De acuerdo con esta línea argumental, el concepto de *interés* recogido en la norma constitucional no es preceptivo que sea directo, y el adjetivo «profesional» introducido anteriormente por el preconstitucional Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, regulador del derecho a la huelga y de los conflictos colectivos de trabajo, debe entenderse siempre referido a los intereses que afecten a los trabajadores como clase o sector social afectado, pero no como miembros adscritos a una determinada categoría laboral.⁶⁹

Estos elementos sirven para rehusar diferencias sobre la situación de hecho que afecta al periodista que decide⁷⁰ hacer huelga y la de cualquier trabajador por cuenta ajena. En consecuencia, si no existen supuestos fácticos diferentes, el tratamiento jurídico que debe serles otorgado tampoco puede ser distinto. La razonabilidad de una regulación jurídica diferenciada no estaría fundamentada y su resultado sería una clara solución discriminatoria. Desde este punto de vista, pues, excluir al periodista como sujeto de derecho a la huelga lesiona el derecho a la igualdad.

También queda lesionado en el supuesto de una huelga que se desarrolle en servicios esenciales para la comunidad, cuando los poderes públicos o las empresas privadas dictan disposiciones reguladoras de servicios mínimos de contenido muy expansivo.

68. Vid. STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 11.

69. Vid. STC 117/1981, FJ 21.

70. Decisión que, evidentemente, adopta de acuerdo con las normas democráticas basadas en el principio de la mayoría.

El ejemplo más frecuente es el que ofrecen los decretos reguladores de servicios mínimos en la Administración pública. Una posición maximalista o de contenido expansivo puede anular, de hecho, el ejercicio del derecho, en la medida en que dificulta el reconocimiento de aquella parte que lo identifica y le atribuye especificidad ante los otros. Por lo que se refiere al derecho de huelga, esta parte es definida como la interrupción del trabajo, entendida como instrumento de presión para la defensa de los propios intereses. Por lo tanto, si los servicios mínimos llegan a superar en extensión el efecto que produce dejar de trabajar, no es aventurado afirmar que el derecho se ejerce en condiciones de flagrante inconstitucionalidad.⁷¹

4.3. *Publicidad y respeto a los derechos fundamentales: La Directiva 89/552/CEE del Consejo Europeo, de 3 de octubre de 1989, sobre coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. Su incorporación al ordenamiento jurídico español: la Ley 25/1994, de 12 de julio*

Esta ley es una consecuencia lógica de la adscripción de España a la Unión Europea, que obliga a mantener algunos parámetros homogéneos de conducta sobre programación y publicidad en televisión. Los aspectos más característicos en cuanto a normas de publicidad y protección de los menores son los siguientes: por ejemplo, se considera publicidad ilícita la que fomente comportamientos perjudiciales para la salud, la que discrimine por razón de raza, sexo, religión, etc. También la que incite a la violencia o a comportamientos antisociales; concretamente, la ley establece la prohibición de cualquier tipo de publicidad, directa o indirecta, sobre el tabaco. Por lo que se refiere a la publicidad de bebidas alcohólicas, se determinan una serie de condiciones restrictivas; por ejemplo, no podrá estar dirigida a menores de edad o asociar su consumo a una mejora del rendimiento físico o al éxito social o sexual, etc.

Sin embargo, lo que sin duda puede ofrecer un mayor impacto, especialmente en las cadenas de televisión en régimen de concesión a favor de empresas privadas, son las reglas especiales establecidas para difundir mensajes publicitarios.⁷² Por ejemplo, el tiempo de transmisión dedicado a la publicidad no puede ser superior al 15% del

71. Con motivo de la huelga general convocada por los sindicatos el 27 de enero de 1994, contra la reforma laboral impulsada por el Gobierno, la consejería de Trabajo de la Generalidad dictó el Decreto de 22 de enero, sobre el ámbito de los servicios mínimos en los medios de comunicación de titularidad pública; según datos proporcionados por el Sindicato de Periodistas de Cataluña en su órgano de expresión (*Fil Directe*, núm. 3 y 4, abril 1994, pág. 4), en los medios audiovisuales los servicios esenciales que se debían cubrir comprendían no sólo la programación de informativos, sino también el resto de la programación. Bajo esta cobertura administrativa, en TVE, por ejemplo, se incluyó como servicio esencial el telefilme «Kassandra» de la serie de los llamados «culebrones». En TV3, la presión de la empresa (los estudios habían sido tomados por más de un centenar de mossos d'esquadra armados con material antidisturbios), a pesar de la voluntad mayoritaria de los trabajadores de apoyar la huelga, permitió el mantenimiento de la totalidad de la programación, salvo los programas en directo, con la particularidad de que los trabajadores del área de continuidad debían efectuar su trabajo acompañados por la policía autonómica.

72. La razón no es otra que la siguiente: según datos recogidos por la prensa escrita española de los meses de septiembre-octubre, las cadenas de televisión incumplen sistemáticamente el contenido de la nueva Ley 24/1994, especialmente en aquellos preceptos que prohíben la violencia y el sexo en la programación diurna. Por su parte, el Defensor del Pueblo recibe unas quinientas quejas anuales al respecto (por ejemplo, *vid. El País* de 31 de julio de 1994, pág. 40).

tiempo diario de emisión; porcentaje que, por cierto, es superior al 10% que hasta ahora establecía la normativa vigente.⁷³ En los programas divididos en partes autónomas (por ejemplo, los partidos de fútbol) sólo se podrá hacer publicidad en los intervalos; en los largometrajes cinematográficos la interrupción publicitaria no podrá producirse antes de 45 minutos... Y por lo que se refiere a la protección de los menores, se establece que la publicidad no podrá incitar a la compra de un producto explotando su inexperiencia o credulidad. En cualquier caso, se prohíbe la emisión de programas de contenido pornográfico o que contengan escenas de violencia gratuita, entre las seis de la mañana y las diez de la noche.

Desde la dirección de las cadenas privadas de televisión se afirma, sin reservas especiales, que todas estas previsiones normativas son de imposible cumplimiento; que el Estado les obliga a poner en práctica un dirigismo cultural que no les corresponde. Además, se considera que las restricciones en materia publicitaria ponen en peligro el apoyo de los anunciantes y que las directrices sobre el contenido de algunos programas provocará la disminución de la audiencia y la tasa de beneficios, objetivo básico de toda sociedad mercantil. Estos sectores, con el fin de dar más consistencia a su planteamiento, argumentan también, asumiendo criterios jurídicos del Tribunal Constitucional Federal alemán, expuestos en una sentencia de 1986, que no se produce lesión en el pluralismo informativo por el hecho de que únicamente debe corresponder a la televisión pública la función de difundir información y promover cultura.

De todos modos, este planteamiento atribuido a la jurisdicción constitucional alemana no ha prosperado, puesto que al año siguiente el mismo Tribunal, en su Sentencia de 24 de mayo de 1987, abandonó este criterio tan polarizado, obligando también a las cadenas privadas a respetar las reglas deontológicas y los valores constitucionales.

Dicho esto, lo cierto es que no se puede negar que la capacidad de riesgo económico es superior en una cadena privada. Pero tampoco se puede olvidar que cuando una constitución reconoce los valores de dignidad y pluralismo, o protege los derechos a la intimidad o los derechos de la infancia y la juventud como fundamentos de la sociedad democrática, lo hace sin establecer distinciones según el régimen jurídico del medio de comunicación. Ello supondría institucionalizar dos áreas de vigencia de la Constitución, lo cual rompería con su condición de norma jurídica que vincula a poderes públicos y particulares. Por lo tanto, no es constitucionalmente admisible que sea en la televisión pública donde los citados principios y derechos deban ser respetados, en tanto que todo vale en la privada, porque así lo exigen la competitividad y las necesidades de autofinanciación.

Sin embargo, y en la medida en que es obvio que la situación de hecho de los dos modelos de televisión no es similar —especialmente en cuanto a su régimen de financiación—, entiendo que de acuerdo con el principio de igualdad ante la ley, las reglas sobre difusión de la publicidad deberían reconocer estas diferencias entre cadenas. En todo caso, será la audiencia la que valore el producto que se le ofrece. De acuerdo con el marco constitucional, lo que resulta irrenunciable es la obligación del Estado de exigir unos requisitos mínimos sobre los contenidos de la programación que sean sensibles a los valores democráticos que derivan de la Constitución, sin distinción de audiencias. En caso contrario, la institucionalización de dos áreas de vigencia de la Constitución sería un hecho consumado.

73. Ley 10/1988, de 3 de mayo, de televisión privada.

5. El proceso de concentración de medios de comunicación: ¿Limitación del pluralismo informativo o mediatización de la producción informativa? Una aproximación a la normativa europea y española

5.1. *Introducción: cuestiones preliminares*

El derecho a recibir y comunicar información está reconocido con diferentes formulaciones jurídicas, pero sin excepciones, en las diversas constituciones europeas.⁷⁴

Aparte de matices de orden menor, conviene subrayar que de la mayoría de los textos citados no se deducen limitaciones específicas que dependan de la titularidad pública o privada del medio de comunicación para ejercer el derecho a informar. Sin embargo, la situación ha sido bastante diferente en la prensa escrita y en la radio en relación con el estatuto jurídico de la televisión. En Europa, la televisión estuvo sometida hasta los años sesenta a un régimen de monopolio público. Aún más, en una primera fase, si tomamos como ejemplo la redacción inicial de la Constitución portuguesa, podemos comprobar incluso que ésta fue una excepción a la regla general, ya que prohibió expresamente a las empresas privadas crear emisoras de televisión. Esta previsión ha sido matizada por reformas posteriores.

En la década de los ochenta se han transformado profundamente las estructuras económicas de la industria de la comunicación. La ruptura de los monopolios televisivos ha dado paso a una liberalización de la industria de la comunicación y a la aparición de nuevos actores en el mercado; no obstante, la diversidad de sujetos ha generado nuevas formas de propiedad compartida y, por lo tanto, de procesos de concentración, especialmente entre medios de comunicación escrita y audiovisual.⁷⁵

Estos cambios se han manifestado en varios ámbitos y de tal manera que condicionan la regulación jurídica del estatuto de las empresas que desarrollan su actividad en el mundo de la comunicación. Las características esenciales de dichos cambios son los siguientes:

— Como sucede en otras especialidades de la actividad económica, el sector de la comunicación ha mostrado un fuerte proceso de concentración en su estructura de propiedad. Entre otras causas, la concentración de medios de comunicación se ha visto favorecida por: 1) el proceso de desregulación de los medios de comunicación, es decir, por la apertura de la radio y la televisión a los proveedores comerciales; 2) los avances técnicos y su impacto sobre las posibilidades de crear nuevos soportes informativos y comunicacionales; 3) la influencia de la publicidad; 4) la necesidad de socializar o redistribuir la capacidad de riesgo empresarial.

Una expresión de este proceso ha sido la progresiva consolidación en Europa de los grupos multimedia que actúan en todos los niveles de comunicación social, en la

74. *Vid.* art. 21 de la Constitución italiana de 1947; enmienda 1.ª a la Constitución de los Estados Unidos de 1787 (incorporada al texto el 15 de diciembre de 1791); art. 5 de la Constitución alemana de 1949; art. 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1791, incorporado a la Constitución de la V República, de 1958; art. 37 y ss. de la Constitución portuguesa de 1976; art. 20 de la Constitución española de 1978.

75. *Vid.* Concentració de la comunicació a Europa (resum i recomanacions de l'informe de *The European Institute for the Media*). Centre d'Investigació de la Comunicació. Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1993, pág. 23.

industria cultural y en todas las fases del proceso económico (producción, distribución y comercialización del «producto» informativo).

El problema que se plantea es determinar en qué medida la concentración de medios de comunicación puede mediatizar e incluso anular el pluralismo informativo como eje básico del proceso democrático de formación de la opinión pública.

— También se ha producido una transnacionalización de las comunicaciones que opera en una doble dirección: concretamente, desde los años sesenta, las multinacionales norteamericanas de la información y la cultura han mantenido una fuerte presencia en Europa; la época actual también está presidida por la implantación en el mercado norteamericano de los grandes grupos europeos de la industria de la comunicación (Beterlsmann en Alemania; Maxwell y Murdoch en la Gran Bretaña; Hachette en Francia; Berlusconi-Fininvest en Italia, etc.)⁷⁶

a) Este proceso de concentración de la propiedad de medios en un reducido número de propietarios ha suscitado preocupación por su posible incidencia negativa sobre la integridad del pluralismo informativo como valor constitucional constitutivo de un estado democrático. Se trata de una concentración configurada de muy diversas maneras; la modalidad más común ha sido inicialmente la concentración horizontal, que ha consistido en la fusión o en acuerdos de colaboración (*joint ventures*) entre empresas de comunicación; hay que añadir también la llamada concentración vertical, es decir, la creación de multimedias, que consiste en la fusión empresarial, por ejemplo, de productores de medios de comunicación (que acostumbran a reunir emisoras de radio, cadenas de televisión y prensa escrita) y agencias de publicidad.

En la línea de obstruir el paso a los procesos descontrolados de concentración de medios informativos, Francia fue el primer país de la Comunidad Europea —por entonces todavía CEE— en dotarse de una legislación específica antitrust en materia de comunicación. Lo hizo mediante la Ley de comunicación audiovisual, de 29 de julio de 1982, modificada sustancialmente por una posterior de 30 de septiembre de 1986. Ambas rompieron con la tradición existente hasta entonces en el sentido de que el sector público fuera quien dominara el sector audiovisual. Con esta normativa se regulaba el fenómeno de los multimedia con el objeto de diseñar el marco jurídico de la libertad de comunicación y el desarrollo de la actividad de las empresas en esta modalidad de concentración empresarial.

b) La preocupación por controlar y limitar los procesos de concentración en el mundo de la comunicación ha propiciado que esta función se incorpore como una más de las que son propias de los llamados consejos de prensa. Como es sabido, se trata de organismos de naturaleza privada creados en algunos estados europeos⁷⁷ para promover el autocontrol de la prensa frente a los propios excesos y también para fiscalizar la concentración de medios de comunicación que pueda cuestionar el pluralismo informativo. Esta forma de autorregulación privada concede protagonismo a las asociaciones de empresarios editores de medios de comunicación, a los sindicatos de periodis-

76. Vid. E. Giordano y C. Zeller, *Europa en el juego de la comunicación global. Monopolios y control de información*. Fundesco, Madrid, 1988, pág. 29-39.

77. Conviene mencionar especialmente por su demostrada funcionalidad el British Council en la Gran Bretaña y su homólogo sueco.

tas y, en algunos casos, también al público, para ejercer unas funciones de autocontrol que vinculan a todos los medios de comunicación sometidos a su jurisdicción.⁷⁸

Sin abandonar los ejemplos autorreguladores, es importante añadir la proliferación de estatutos de redacción, códigos deontológicos, sociedades de redactores e instrumentos similares creados en el seno de la profesión periodística que, entre otras funciones específicas, prevén el reconocimiento de derechos para los profesionales de la información, especialmente consagrados a preservar el ejercicio del derecho a comunicar información en situaciones que puedan ponerlo en peligro. Éste es el caso de la cláusula de conciencia, que permite al periodista, de acuerdo con la ya clásica formulación francesa,⁷⁹ rescindir unilateralmente el contrato de trabajo que le une con la empresa editora de un medio de comunicación, cuando ésta modifica su orientación informativa o altera su línea ideológica, como consecuencia —por ejemplo— de una fusión empresarial que modifica la composición del accionariado. También es el caso de la regulación de los derechos de autor, especialmente en los grupos multimedia, en la medida en que éste es un ámbito favorable a la transmisión descontrolada y abusiva de trabajos periodísticos que son reproducidos, sin autorización previa del autor, en otros medios del grupo empresarial informativo.

c) Otro elemento definidor de los cambios producidos en el campo de la comunicación escrita y, especialmente, la audiovisual ha sido la decisiva influencia de la publicidad en su financiación. Buena prueba de esta incidencia es la constitución de grupos multimedia que integran también a empresas de publicidad con el fin de asegurarse un canal fijo de autofinanciación y la participación en el control de este sector; esta voluntad de control favorece que la publicidad pueda impulsar los procesos de concentración empresarial. También lo son las concentraciones que se producen en el propio ámbito del sector publicitario, la integración entre industria y productores de programas de televisión y, naturalmente, la creciente influencia de la publicidad en la forma de los programas (por ejemplo, con la telecomptra).⁸⁰

En todo caso, el incremento de la inversión publicitaria es un hecho que ha permitido la apertura de grandes posibilidades de crecimiento en el sector de la comunicación. Sin embargo, el problema que deriva de este crecimiento es el control de forma y contenidos de la publicidad.

En relación con este tema, no cabe duda de que la publicidad es una vía de transmisión de estereotipos de comportamiento vinculados a la cultura de consumo. Cuando se transmite un mensaje, el sujeto activo del mismo desarrolla una forma específica de libertad de expresión, independientemente de que exista o no ánimo de lucro. Este mensaje se integra dentro de la libertad de empresa reconocida por la Constitución como una forma más de incitar la venta de una mercancía (art. 38). Pero parece evidente que su contenido no es absolutamente libre; está sometido a los límites que

78. Sobre las posibilidades de un órgano de estas características en España, véase mi trabajo «Ètica i periodisme: possibilitats i prevencions dels Consells de Premsa com a instruments d'autocontrol», en *III Converses a la Pedrera. Ètica i Comunicació Social*. Centre d'Investigació de la Comunicació. Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1993, pág. 59-64 y 91-93.

79. Este precedente francés data de la Ley de 19 de marzo de 1935 que, inspirada en el célebre informe Brachard, reguló el estatuto profesional del periodista.

80. *Vid.* M. J. Baró i Ballbé, *La publicitat il·lícita i la defensa dels consumidors*. Centre d'Investigació de la Comunicació. Generalitat de Catalunya. Barcelona, 1993, pág. 69 y ss.

dicta el deber de respeto a los valores constitucionales, con especial referencia a la dignidad y los derechos de las demás personas, específicamente los que afectan a la infancia y a la juventud. En este sentido, la promulgación de la Ley 34/1988, de 2 de noviembre, general de publicidad es un instrumento importante en la línea de atribuir a los poderes públicos potestad para asegurar el equilibrio entre la atracción al cliente y la información correcta al consumidor, por una parte, y combatir las diversas formas de publicidad engañosa de otra. Ello significa que el Estado es quien debe aportar las garantías institucionales aseguradoras del ejercicio efectivo de derechos y libertades. Se trata, pues, de hacer tangible, también en este ámbito de la publicidad, la vigencia del Estado social, para permitir en el terreno del derecho de los consumidores y los usuarios el respeto del binomio libertad-igualdad.

d) En el terreno del análisis de la capacidad de incidencia de los medios de comunicación sobre el sujeto pasivo del mensaje publicitario, se pone de relieve la decisiva influencia de la televisión como soporte comunicacional por excelencia que favorece el acceso del producto a los potenciales consumidores. La preocupación por obtener una buena cuota de audiencia ha incentivado la consideración de la televisión como espectáculo permanente, incluso en la información que transmite. Esta tendencia, generalizada en los medios de comunicación gestionados por entidades privadas, afecta también a la televisión pública, donde se constata la renuncia a la calidad cuando lo que se busca es una mayor competitividad en el mercado. En este sentido, no constituye una afirmación gratuita señalar que la llamada televisión *basura* no es patrimonio exclusivo de las cadenas sometidas a gestión privada.

e) Otro fenómeno que ha alcanzado una gran importancia es la presencia de intereses bancarios y financieros en los medios de comunicación. En España es probablemente el hecho más significativo del nuevo orden de la comunicación que se ha ido configurando en los últimos años. Este factor ha predeterminado la gestión de las empresas informativas —especialmente las cadenas de televisión privadas y también sectores de la prensa escrita—, ahora mucho más vinculadas a proyectos empresariales, que la mayor parte de las veces están poco o nada ligadas con el mundo empresarial de la información.⁸¹

En Europa se ha producido una tendencia indudable hacia la expansión de la comunicación audiovisual. Los indicadores más significativos se fundamentan en: 1) la aparición durante los años ochenta del grupo Fininvest, muy vinculado al ex primer ministro italiano Silvio Berlusconi y también al ascenso del grupo Canal Plus; 2) las diversas manifestaciones de crisis del sistema público de televisión, diferentes según los estados, pero especialmente significativas: es el caso de la BBC, la privatización de TF1 en Francia y, en los últimos tiempos, la crisis de la RAI italiana, muy tributaria de la dinámica política iniciada en el país transalpino con el espectacular desembarco en la vida política del *Cavaliere* y su singular partido político, Forza Italia; 3) la consolidación de un buen número de grupos multimedia con una posición estabilizada en el mercado (Bertelsmann, Fininvest, Hachette, Polygram, Havas-Canal Plus, Rizzoli, Verlag Axel Springer), que han acentuado las tendencias hacia la concentración oligopolista, facilitada por la presión ejercida por los ámbitos publicitarios.

81. Vid. Bernardo Díaz Nosty, «Informe sobre los medios en España», en Comunicación social 1993/tendencias. Informes anuales de Fundesco, Madrid, 1993, pág. 15-129.

5.2. *La posición de la legislación y la jurisprudencia europeas*

El análisis de las experiencias jurídicas que se exponen a continuación permite avanzar que la legislación antitrust es aún escasa y modesta en cuanto a su alcance y capacidad de disuasión. Por su parte, las resoluciones jurisprudenciales han sustituido muchas veces, con éxito relativo, la incapacidad del legislador para enfrentarse al reto de limitar los procesos de concentración de medios de comunicación que puedan suponer una amenaza factible para el pluralismo informativo.

5.2.1. El caso francés

No cabe duda de que es el más activo en lo que se refiere a la producción de una normativa antitrust para el ámbito audiovisual. Otra cosa es el éxito que haya podido obtener frente a la voracidad de determinados grupos empresariales, especialmente en el caso del Grupo Hersant.

La primera ley en este sentido fue la de 9 de noviembre de 1981, que derogó de forma transitoria el monopolio de la difusión de programas con modulación de frecuencia. Debíó transcurrir un año para que se llegara a una situación legal de libertad de comunicación con la Ley de comunicación audiovisual, de 29 de julio de 1982, que suprimió la situación de monopolio, introduciendo la novedad, entonces más relevante, de la creación de una autoridad autónoma (la *Alta Autoridad*) para garantizar el funcionamiento e independencia de los medios de comunicación. Esta ley se inspiró en la filosofía de proteger los principios de pluralismo y libre competencia con la clara finalidad, en principio, de cerrar el paso a situaciones de abuso o de dominio de una empresa sobre el mercado. En este sentido, la ley establecía las siguientes previsiones:

- Una limitación general del 15% como límite posible de concentración en favor de una única empresa.
 - Una empresa podía poseer, como máximo, el 25% del capital de una red de televisión estatal; el 50% de una red regional (sin límite si la cobertura es inferior a 200.000 habitantes); el 50% si se trata de televisión por satélite.
 - Por lo que se refiere a la prensa escrita y a la radio, la normativa francesa no introduce límites, excepto prohibir la adquisición de un periódico si éste proporciona al comprador el control directo del 30% de los periódicos de la misma naturaleza.
- En todo caso, este trato diferente respecto al medio audiovisual evidencia la importancia de la televisión como medio de comunicación y de poder político.
- Con relación a las posiciones dominantes en un mismo tipo de medio de comunicación, se autoriza la participación de un mismo grupo en tres cadenas de televisión diferentes, pero con una serie de limitaciones de porcentaje cuantificadas con arreglo al siguiente criterio: 25% para la primera cadena, 15% para la segunda y 6% para la tercera.⁸²
 - En la televisión regional está prohibida la concentración.

A pesar de estos límites a la concentración empresarial, hay que destacar que por sí mismos no han evitado los problemas y las posibles trabas para una información plu-

82. Vid. C. Debash, *Droit de l'audiovisuelle*, Dalloz, 1988, pág. 87 y ss.

ral. A saber: este tipo de leyes no han conseguido establecer de forma clara el control y la propiedad real de las empresas participadas por sociedades y grupos que presenten numerosas ramificaciones.

Igualmente, la legislación francesa ha tropezado con el grave problema de que su promulgación se ha efectuado *a posteriori* y se ha encontrado con hechos consumados. Éste es el caso de la Ley antimonopolio promovida por el gobierno Mauroy en septiembre de 1984: el destinatario era, sin duda, el grupo empresarial presidido por Robert Hersant, diputado conservador y antiguo colaborador del Gobierno de Vichy. La ley establecía las siguientes exigencias, aplicables con carácter retroactivo:

- Transparencia en la propiedad de los medios de comunicación.
- Prohibición de la propiedad simultánea de un periódico nacional y de cualquier otro de ámbito regional.
- No permitía la concentración de periódicos de difusión conjunta superior a 300.000 ejemplares (hay que recordar en este sentido que el grupo Hersant ya poseía, en 1984, unos 20 periódicos con una difusión total de dos millones de ejemplares).

Razones de seguridad impulsaron al Consejo Constitucional francés a no admitir, por ser contrario a la Constitución, el carácter retroactivo del proyecto de ley que el legislador había previsto, lo cual liberó al grupo Hersant de gran parte de los efectos que dicha disposición contenía. La ley fue finalmente aprobada en los términos que la resolución del Consejo Constitucional estableció el 23 de octubre de 1984. En este sentido, limitaba la concentración de periódicos al 10% de la difusión de la prensa diaria nacional; asimismo, la superación de este límite resultaba incompatible con la posesión de otro 10% de la tirada de periódicos regionales; límites que, en aquellas fechas, el imperio Hersant superaba con creces.⁸³

El dominio del grupo Hersant en el mundo de la prensa escrita tiene su equivalente en el consorcio Hachette-Filipacchi para el ámbito audiovisual. Sin embargo, durante el primer gobierno de cohabitación se aprobó la nueva Ley sobre el sector audiovisual, de 30 de septiembre de 1986, que establecía lo siguiente:

- Supresión del predominio del sector público en este ámbito.
- Libertad de creación de instalaciones de telecomunicación, de acuerdo con una serie de límites vinculados a la defensa nacional, orden público, libertad y propiedad de los demás. Esta previsión permitió la privatización de la cadena pública TF1, a pesar de no ser deficitaria y mantener una audiencia sólida.
- La competencia para autorizar el establecimiento y utilización de instalaciones de telecomunicaciones se atribuía a la Comisión Nacional de Comunicación y Libertades, en sustitución de la Alta Autoridad. La diferencia esencial es que esta competencia correspondía en la Ley Mauroy al ministro de Correos, Telecomunicaciones y Transportes.

Como última observación referida al caso francés conviene subrayar que, de acuerdo con la tradición jurídica continental, los cambios producidos en el control del sector audiovisual han sido producto de iniciativas del Gobierno, avaladas posterior-

83. *Vid.* E. Giordano y C. Zeller, *op. cit.*, pág. 133.

mente por la aprobación del Parlamento, lo cual, como veremos más adelante, no ocurrirá así en otros supuestos.

5.2.2. El caso italiano

La perspectiva jurídica de la regulación de los límites a la concentración ofrece aquí vías formales de solución bastante diferentes. Probablemente, el aspecto más destacado es la evolución de las posiciones doctrinales de la Corte Constitucional italiana sobre este punto, hasta llegar a provocar una decisión del legislador que formalice una regulación antimonopolio que la jurisdicción constitucional ya había prefigurado.

La ruptura del monopolio público se ha producido en el marco del debate constitucional desarrollado sobre la titularidad del derecho a crear medios de comunicación de cualquier tipo, incluida, lógicamente, la televisión.

En Italia, la posición inicial de monopolio público sobre el sector audiovisual fue refrendada por una sentencia de la Corte Constitucional de 13 de julio de 1960 que impedía a los particulares la difusión de programas a través de la televisión. Los fundamentos de esta posición eran básicamente dos: a) el interés general debía estar cubierto por una institución pública, que es la única instancia que puede asegurar el efectivo ejercicio del derecho a la información, a la cultura y a la formación de una opinión pública libre; b) la existencia de un número reducido de canales y la complejidad técnica de este medio hacen que sea el Estado quien deba hacerse cargo de él.

Sentencias posteriores de la Corte han ratificado este criterio general de apoyo al monopolio público, aunque con matices que conviene subrayar en la medida en que habilitan futuras regulaciones más abiertas. Así, en la sentencia de la Corte Constitucional de 10 de febrero de 1974, si bien es cierto que se ratificó el criterio expuesto por la dictada en 1960, ello no fue óbice para que el Tribunal decidiera poner en tela de juicio la idea de monopolio, afirmando que éste no podía ser absoluto. Esta posición abriría la puerta a una positiva sentencia, la de 14 de abril de 1981, que sin alejarse todavía de la idea del monopolio introducía excepciones en el mismo mediante leyes que aseguraran el pluralismo informativo e impidieran la formación de oligopolios privados. Estaba claro, pues, que quedaba abierta la vía de la televisión privada, como así lo demostraría la construcción del imperio informativo Berlusconi años más tarde.

Durante el período 1980-1984 se produce la aparición sucesiva de canales privados de televisión local que posteriormente se unificarían para alcanzar una cobertura de ámbito estatal. Esta realidad fáctica sería homologada por una ley del Parlamento, de 4 de febrero de 1985, impugnada ante la Corte Constitucional. El Tribunal, sin cuestionar la idea del monopolio público, reclamó del legislador una nueva legislación que abordara la realidad social creada por la proliferación de cadenas de televisión. Esta ley llegaría el 6 de agosto de 1990 la denominada Ley *Mammi*, que establece el monopolio para la difusión y somete a los canales privados a un régimen de concesión administrativa.⁸⁴

Los últimos esfuerzos del gobierno italiano presidido por Silvio Berlusconi —propietario del grupo Fininvest— por establecer mecanismos de control —mediante una

84. Vid. S. Muñoz Machado, *Público y privado en el mercado europeo de la televisión*. Civitas, Madrid 1993, pág. 33-36.

comisión designada por el propio primer ministro— que permitan separar la actividad política del jefe de Gobierno de su imperio comunicacional, ponen de relieve las dificultades con que topa en Italia el pluralismo informativo; más aún después de las decisiones del Ejecutivo de provocar el cese del equipo dirigente de la RAI a causa de las críticas de la cadena pública hacia al gobierno.⁸⁵

5.2.3. El caso alemán

También aquí ha sido la evolución jurisprudencial expresada en las sentencias del Tribunal Constitucional Federal la que ha permitido la coexistencia entre un régimen de monopolio público y la gestión privada de cadenas de radiotelevisión.

El modelo de radiotelevisión establecido en la antigua Alemania Occidental estuvo basado, durante treinta años, en una estructura federal en régimen de monopolio público en la cual la regulación y el control pertenecían a los *Länder*. Este régimen fue ratificado por el Tribunal Constitucional, que rechazó el proyecto del gobierno Adenauer de creación de un segundo canal de televisión de ámbito federal. La jurisdicción constitucional reafirmó que la televisión era competencia de los *Länder*. A consecuencia de esta polémica, los ministros-presidentes de once estados de la Federación decidieron, mediante convención, la creación de un organismo público encargado de difundir un programa de televisión de ámbito federal (la ZDF).

En lo que aquí concierne, hay que destacar que la citada sentencia del Tribunal, de 28 de febrero de 1961, consideró compatible el artículo 5.1 de la Ley fundamental de Bonn («todo el mundo tiene derecho a expresar y difundir libremente su opinión...») con la noción de monopolio. En este sentido, admitió —abriendo la puerta a la gestión privada de la televisión— que una sociedad privada podría participar en la gestión de una emisora televisión privada si garantizaba:

- La participación de todas las tendencias, es decir, el respeto al pluralismo.
- La independencia en el ejercicio de la función de informar.

Estos dos requisitos serán reiterados en el futuro para justificar su compatibilidad. Así lo hizo la Sentencia de 27 de julio de 1971, añadiendo, además, razones de carácter técnico —al igual que hizo la Corte Constitucional italiana— que a causa de su complejidad justificaban la necesidad de mantener el régimen de monopolio.

Una tercera sentencia fue la que resolvió el recurso contra la Ley del estado del

85. En fase de redacción de esta ponencia se ha hecho pública la decisión de la Corte Constitucional italiana (*Vid. El País* 8/12/1994, pág. 2) que declara inconstitucional la citada Ley *Mammi*, por la cual le fueron concedidos a Berlusconi tres cadenas de televisión de ámbito estatal, concesión que ratificaba una situación de oligopolio de hecho, que se había ido configurando durante los años ochenta, cuando el grupo Fininvest había empezado a emitir aprovechando el vacío legal existente.

La sentencia se ha producido como consecuencia de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un tribunal administrativo de la región del Lacio. De acuerdo con el contenido de la información periodística, «la sentencia estima que la norma de 1990 —la Ley *Mammi*— no respeta la exigencia constitucional de un pluralismo informativo y que la formación de posiciones dominantes en el sector no sólo altera la regla de la competencia, sino que puede conducir a una situación de oligopolio que amenaza por sí mismo al valor fundamental del pluralismo».

Sin embargo, la sentencia no tiene eficacia inmediata, puesto que ha previsto un plazo que expira en agosto de 1996 para que el Parlamento italiano apruebe una nueva ley sobre la distribución de frecuencias televisivas.

Sarre, que admitía la puesta en marcha de emisoras privadas de televisión. La resolución, en coherencia con las anteriores, declaró posible la gestión privada, pero el legislador debía garantizar:

- El libre acceso de las corrientes de opinión.
- El mantenimiento del pluralismo y el equilibrio en los programas, garantizando la imparcialidad y la veracidad en la información.

Sin embargo, y a pesar de la pacífica compatibilidad jurídica propugnada por la jurisdicción constitucional alemana, como ha señalado Muñoz Machado,⁸⁶ los años ochenta estuvieron presididos por un estado de opinión generalizado contra la objetividad de la televisión pública, dada la influencia de los partidos políticos en los contenidos de los programas.

Esta situación provocó la aprobación por parte de algunos *Länder* de leyes que ya reconocían la gestión privada de una cadena de televisión; éste era el caso de la Ley de 22 de mayo relativa a la radiodifusión en la Baja Sajonia, que también fue recurrida ante el Tribunal Constitucional. Este último admitió una vez más la constitucionalidad de una situación de monopolio público, compatible con un sistema dual de gestión de la televisión que incluyera la llamada televisión privada. Los requisitos eran, no obstante, más detallados que los que hasta entonces se conocían:

- La televisión pública debía cubrir las necesidades generales de la población, lo cual significaba atribuirle funciones informativas y culturales en su más amplio sentido.
- La concesión de la explotación de la televisión privada debían realizarla autoridades independientes y alejadas del sector de los representantes políticos.
- Se debía mantener el necesario equilibrio de opiniones e impedir la presencia de posiciones dominantes.

De acuerdo con este planteamiento, el Tribunal consideró que las cadenas de televisión privada no estaban obligadas a satisfacer las citadas necesidades generales que sí eran imputables a la televisión pública. Parecía, pues, que este criterio atribuía una evidente preeminencia al ánimo de lucro que una cadena privada siempre debe perseguir. Dado que los programas culturales no generan una cantidad de audiencia rentable que pueda atraer un porcentaje estimable de publicidad, las cadenas privadas quedaban excluidas de tales obligaciones de orden general.

El Tribunal, por su parte, insistía en que el valor del pluralismo no debía quedar lesionado si se mantenía un sistema dual de televisión, puesto que la emisora pública podía atender finalidades culturales y, de este modo, cubrir un espectro de programas que no debían ser exigidos a las privadas.

Esta última resolución del Tribunal Constitucional reafirmó la incorporación de la televisión privada al mundo audiovisual alemán. Como consecuencia de ello, y de acuerdo con el sistema dual consagrado por el alto Tribunal, los ministros-presidentes de los *Länder* pactaron un tratado de reorganización de la radiotelevisión. Los principios en que se basaba el nuevo sistema eran los siguientes:

86. Vid. Muñoz Machado, «Lo público...», pág. 31.

- Las televisiones privadas también deben contribuir a la información y la cultura.
- Deben respetar las reglas básicas de la deontología periodística.
- En período de elecciones, han de permitir el acceso de los partidos políticos.

Parece evidente que el tratado de los ministros-presidentes introducía criterios de igualdad entre ambos sistemas de televisión, a fin de que la televisión privada no se convirtiera una especie de isla desvinculada de los mandatos institucionales, en pro de la rentabilidad comercial.

Esta línea sería confirmada un año más tarde por el Tribunal Constitucional al considerar contraria al artículo 5 de la Ley fundamental de Bonn una ley del Estado de Baden-Württemberg mediante la cual se atribuía únicamente a la televisión privada el desarrollo de cadenas de ámbito local o regional. El Tribunal, mediante esta resolución de 24 de mayo de 1987, rompió con la tentación, que él mismo parecía apuntar con la Sentencia de 1986, de separar los contenidos de los programas según el tipo de cadena: informativos y culturales para las públicas y de ocio y similares para las gestionadas por la iniciativa privada.

5.2.4. El caso británico

Ofrece un modelo de prensa escrita que presenta uno de los índices de difusión media más altos de toda Europa. La propiedad de la prensa británica ha estado siempre en manos de los grandes consorcios de edición, a menudo vinculados a los grandes grupos de prensa norteamericana y canadiense, y su nivel de concentración ha sido muy alto,⁸⁷ a pesar de los intentos de diversificación con la aparición de nuevos periódicos (por ejemplo, *Today* en 1986). El gran reto del caso británico es, como en otros ámbitos, su adaptación a la normativa de la Comunidad Europea, dada la ausencia de una legislación propia que pueda combatir con eficacia los monopolios informativos.

5.2.5. El caso español⁸⁸

La Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado (art. 38). Aunque explícitamente no lo afirma, el principio de libre competencia forma parte del contenido esencial de esta libertad y así lo recuerda el TC,⁸⁹ al considerar que el aspecto normativo de la competencia comprende:

«...toda la legislación ordenada a la defensa de la libertad de competencia mediante la prevención y, en su caso, la represión de las situaciones que constituyan obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado, siendo su objetivo la defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de la libertad de competencia».

87. Se trata de los grupos Maxwell —que fue muy importante en la prensa escrita en los años ochenta— y Murdoch —en el ámbito audiovisual.

88. Para un buen análisis del marco jurídico español, véase Antoni Vallés Copeiro del Villar, «Legislació espanyola sobre concentració dels mitjans de comunicació social». *Actes del II Congrés de Mitjans de Comunicació*. Quaderns 3 i 4, Eliseu Climent editor. Valencia, 1994.

89. STC 71/1982, de 20 de noviembre, y STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 4.

Las cláusulas económicas previstas en la CE han sido diseñadas por el legislador constituyente, que ha asumido la necesaria complementariedad del principio de economía de mercado con la declaración de un sector de la economía como reservado al sector público (128.2 CE). Esta previsión constitucional ha permitido, con posterioridad, que el legislador ordinario haya podido calificar como *servicios públicos esenciales* el ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 20 de la CE, mediante el apoyo material que ofrecen las cadenas de radio y televisión, lo cual ha modificado notablemente el régimen de libre competencia que, como criterio general, establece el texto constitucional. Es decir, ha hecho posible, por ejemplo, el régimen de monopolio público de la televisión hasta 1988, año en que fue aprobado el régimen legal de la televisión sometida a concesión para la gestión privada del servicio.

Antes de abordar los límites que la normativa específica antitrust establece respecto al ejercicio del derecho a la información y a la libertad de expresión en los diferentes medios de comunicación, hay que subrayar que la legislación general encaminada a garantizar la libertad de empresa y la libre competencia⁹⁰ está pensada más para sancionar las prácticas contrarias a la competencia que para restringir la concentración empresarial.⁹¹

En cualquier caso, a la hora de analizar las limitaciones que el ordenamiento establece a la concentración de medios de comunicación para proteger el pluralismo informativo, el régimen jurídico vigente presenta notables diferencias entre aquellos, más tradicionales, que forman parte de la prensa escrita y el sector de trato jurídico más complejo como es todo el que regula los medios audiovisuales. Por lo que se refiere a los primeros, no hay medidas restrictivas para la creación de nuevas empresas informativas que puedan poner en peligro la libertad de concurrencia y el pluralismo; ni ninguna normativa que, como mínimo, pretenda garantizar la transparencia sobre la identidad de la propiedad mercantil de los medios de comunicación escritos.

El Estatuto de la Radio y la Televisión, regulado en la Ley 4/1980, de 10 de enero, con arreglo a las previsiones constitucionales anteriormente citadas, considera ambos medios de comunicación como «servicios públicos esenciales»; los argumentos utilizados en la exposición de motivos de esta ley han sido los tradicionales para justificar su adscripción al servicio público: las limitaciones del espectro radioeléctrico, la utilización del dominio público para el ejercicio de su actividad y la necesidad de aplicar los convenios internacionales sobre la materia.⁹² Estos argumentos han permitido que una ley general de carácter básico para todo el Estado, la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las telecomunicaciones, pueda establecer un régimen jurídico de los medios audiovisuales que, desde la lógica del «servicio esencial», reconozca también restricciones con el fin de cerrar el paso a las situaciones de monopolio privado.⁹³

Con esta finalidad y con la excepción indicada, es posible mantener que las restricciones a la concentración empresarial en los medios radiofónicos no suponen un obstáculo para asegurar el pluralismo informativo (RD 2648/1978). Las características del régimen jurídico de estas limitaciones son, entre otras, las siguientes:

90. Vid. Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia.

91. Vid. Vallés Copeiro del Villar, *op. cit.*, pág. 70.

92. Vid. Vallés Copeiro del Villar, *op. cit.*, pág. 73.

93. Sin embargo, es necesario señalar que esta norma no es especialmente precisa para limitar los procesos de concentración que bajo el modelo de los multimedia ha abundado últimamente.

- El titular debe poseer la nacionalidad española, excepto los miembros de los estados miembros de la Comunidad Europea.
- La participación extranjera, con la citada excepción, no podrá exceder, directa ni indirectamente, del 25% del capital.
- Las participaciones en el capital, cuando el titular sea una persona jurídica, serán nominativas.
- Una persona física o jurídica no podrá participar de forma mayoritaria en más de una sociedad concesionaria que explote servicios de radiodifusión sonora que coincidan substancialmente en su ámbito de alcance.
- La transferencia de la concesión está sometida a autorización administrativa.

El régimen jurídico de la televisión ha mantenido la situación de monopolio estatal —en el sentido de adscripción exclusiva a la Administración central— hasta la aprobación de la Ley 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del tercer canal, que contemplaba la explotación del servicio de la televisión por las comunidades autónomas en régimen de concesión. La entrada del sector privado se regula con la aprobación de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de televisión privada, que autorizó al Gobierno central a atribuir un máximo de tres concesiones de servicio público, con una serie de limitaciones concebidas para controlar su régimen de propiedad y, asimismo, para evitar los procesos monopolísticos:

- No se puede ser titular de más de una concesión ni participar ni controlar efectivamente más de una sociedad concesionaria.
- La obtención de una concesión obliga a su gestión directa por la entidad concesionaria. La titularidad es intransferible.
- Las sociedades concesionarias deben revestir necesariamente la forma de sociedades anónimas, sus acciones deben ser nominativas y deberán tener como único objeto social la explotación del servicio de televisión.
- Ninguna persona física ni jurídica podrá ser titular, ni directa ni indirectamente, de más del 25% de una sociedad concesionaria.
- Las acciones en manos de extranjeros, excepto los que formen parte de los estados de la Comunidad Europea, no podrán exceder del 25% del capital social.
- Todos los actos o negocios jurídicos que supongan transmisión, disposición o gravamen de acciones, así como la emisión de obligaciones o títulos similares, requieren autorización administrativa.

5.2.6. El reto europeo

La Comunidad Económica Europea, tributaria del Tratado de Roma, se basaba en la libertad de circulación de personas y mercancías. Este principio general inspiró la primera Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad en un caso en el que se cuestionaba lo que ha sido una realidad común en la Europa que vio nacer la televisión: el monopolio público de emisión de imágenes por televisión.

La Sentencia del caso Sacchi (de 30/4/1974) introdujo criterios tendentes a hacer compatible el monopolio con la existencia de una televisión gestionada por manos privadas que, como hemos visto en el caso alemán, empezaba a desarrollarse por entonces a pesar de los obstáculos de un marco legal desfavorable. Los fundamentos de esta sentencia fueron los siguientes:

- Es lícito que cada estado decida lo que considere más oportuno sobre el mantenimiento o no de los monopolios públicos de difusión de imágenes por televisión. Esta idea de monopolio —el monopolio de servicios— no es incompatible con el Tratado. Con todo, los monopolios comerciales deben adaptarse a las nuevas previsiones.
- Sin embargo, en la existencia de situaciones de monopolio de servicios también son aplicables al sector de la comunicación las libertades comunitarias fundamentales. En este sentido, quedan suprimidos los obstáculos técnicos que se opongan a la plena difusión de algunas fórmulas de televisión, como por ejemplo las emisiones por satélite, o la aplicación de nuevas tecnologías.
- Por lo que se refiere a la libre circulación de personas, la aplicación del Tratado debe permitir el libre intercambio de periodistas y otras personas vinculadas al ámbito de la comunicación.
- Los grupos privados desarrollan una televisión de carácter comercial en la cual el ánimo de lucro es primordial. En consecuencia, están fuera de lugar las viejas concepciones sobre la función cultural e informativa de la televisión. El dirigismo cultural quedaba fuera del espectro de actuación de las cadenas privadas.

5.3. *Consideraciones finales sobre la concentración de medios de comunicación*

a) Algunos sectores importantes del ámbito empresarial y también de la doctrina jurídica tienden a identificar la libertad de comunicación con la libertad de empresa, cuando en realidad se trata de dos derechos complementarios, pero de diferente alcance.

La libertad de comunicación está integrada, por una parte, por la libertad de expresión y el derecho a comunicar y recibir información y, por otra, por la libertad de expresión. No obstante, los dos primeros vienen definidos por finalidades más amplias, puesto que constituyen un elemento estructural del Estado democrático. Sus límites no superan el señalado por la Constitución: el respeto a los otros derechos (y, obviamente, aquí se incluye la libertad de empresa) y el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. En el caso de la libertad de empresa, que no es un derecho fundamental, la disponibilidad del legislador es superior permitiéndole establecer previsiones normativas que puedan limitar su ejercicio. Un ejemplo de ello es la introducción de medidas correctivas a la concentración de medios de comunicación.

b) El monopolio público de televisión no asegura el pluralismo informativo. A pesar de los mandatos constitucionales que obligan a respetarlo y al control parlamentario previsto, las mayorías políticas condicionan y mediatizan su ejercicio.

c) La libertad de creación de medios de comunicación no es una garantía plena para que se establezca la información plural. La libertad de creación no puede ocultar que las fuentes informativas se hallan sometidas al filtro poderoso de las agencias de noticias que disminuyen notablemente la diversidad.

d) En este sentido, y en relación con la tesis expuesta en este último punto, hay que subrayar que la diversidad de medios no siempre es sinónimo de pluralismo. Filtros como los que derivan de la influencia y control de los grandes centros de distribución de noticias acentúan más la uniformidad de ideas y modelos sociales.

e) La publicidad está jugando un papel determinante puesto que mediatiza los

contenidos de la comunicación. Su mercantilización en función de criterios hegemónicos de rentabilidad y de complacencia con un público fácil favorece modelos estandarizados de programas.

f) El mercado de la comunicación se ha revalorizado con los procesos de privatización y la consolidación en Europa de un sistema doble de televisión (pública y privada). Se ha producido una importante diversificación de las estructuras económicas, en la cual la transparencia sobre la verdadera identidad de los titulares de los medios no siempre es fácil de determinar.

g) La inexistencia en Europa —a excepción del poco eficaz caso francés— de leyes antitrust específicas para la comunicación no puede impedir la utilización de las leyes generales con la misma finalidad. Más concretamente, entiendo que pueden resultar funcionales las referencias que la Directiva de la CE de 1989 sobre la «televisión sin fronteras» hace a los preceptos del Tratado de Roma (art. 85 y 86) para evitar las barreras a la libre competencia y al mal uso de las fuerzas del mercado dentro de la Comunidad Europea.

