

Coords.  
B. Aláez Corral  
A. Arias Castaño  
M. A. Presno Linera  
P. Requejo Rodríguez  
I. Villaverde Menéndez

ESCRITOS EN HOMENAJE A

FRANCISCO J. BASTIDA FREIJEDO



Universidad de Oviedo

2021



Reconocimiento-No Comercial-Sin Obra Derivada (by-nc-nd): No se permite un uso comercial de la obra original ni la generación de obras derivadas.



Usted es libre de copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, bajo las condiciones siguientes:



Reconocimiento – Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el licenciador:

Aláez Corral, B.; Arias Castaño, A.; Presno Linera M. A.; Requejo Rodríguez, P.; Villaverde Menéndez, I. (Coords.) (2021). *Escritos en homenaje a Francisco J. Bastida Freijedo*  
Universidad de Oviedo.

La autoría de cualquier artículo o texto utilizado del libro deberá ser reconocida complementariamente.



No comercial – No puede utilizar esta obra para fines comerciales.



Sin obras derivadas – No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

© 2021 Universidad de Oviedo

© Los autores

Algunos derechos reservados. Esta obra ha sido editada bajo una licencia Reconocimiento-No comercial-Sin Obra Derivada 4.0 Internacional de Creative Commons.

Se requiere autorización expresa de los titulares de los derechos para cualquier uso no expresamente previsto en dicha licencia. La ausencia de dicha autorización puede ser constitutiva de delito y está sujeta a responsabilidad.

Consulte las condiciones de la licencia en: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode.es>



Esta Editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional

Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo

Edificio de Servicios - Campus de Humanidades

33011 Oviedo - Asturias

985 10 95 03 / 985 10 59 56

[servipub@uniovi.es](mailto:servipub@uniovi.es)

[www.publicaciones.uniovi.es](http://www.publicaciones.uniovi.es)

ISBN: 978-84-18482-26-7

DL AS 1901-2021

## Sumario

<b>Presentación</b> .....	11
<b>La acomodación constitucional de la secesión: el caso español</b> .....	13
Benito ALÁEZ CORRAL	
<b>Lealtad constitucional y partidos políticos</b> .....	61
Leonardo ÁLVAREZ ÁLVAREZ	
<b>El régimen electoral del Principado de Asturias</b> .....	91
Alberto ARCE JANÁRIZ	
<b>La Sedition Act de 1798 y el libelo sedicioso: la criminalización de la libertad de expresión</b> .....	111
Abel ARIAS CASTAÑO	
<b>Voluntad general y representación en el constitucionalismo iusracionalista</b> .....	141
Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA	
<b>La constitucionalización del programa político bolchevique en 1918</b> .....	167
Antonio-Filiu FRANCO PÉREZ	
<b>El ciudadano en la reforma de la Constitución: la participación directa</b> .....	179
Patricia GARCÍA MAJADO	
<b>Régimen electoral («maquiavélico») y sistema de partidos (con sesgo mayoritario)</b> .....	207
Miguel A. PRESNO LINERA	

<b>El procedimiento de reforma de la Constitución española y las minorías parlamentarias .....</b>	<b>241</b>
Paloma REQUEJO RODRÍGUEZ	
<b>La (des)igualdad por razón de sexo/género en el espacio público (de un Estado) social .....</b>	<b>267</b>
María Ludivina VALVIDARES SUÁREZ	
<b>Los derechos del público: la revisión de los modelos clásicos de «proceso de comunicación pública» .....</b>	<b>313</b>
Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ	

IGNACIO VILLAVERDE MENÉNDEZ



Los constitucionalistas tenemos una forma muy particular de entender la navaja de Ockham. Dice este principio que, a igualdad de condiciones, la explicación más sencilla suele ser la más probable. Lo cierto es que no solemos ser muy amigos de esta regla metodológica. Diría aún más, tendemos a sospechar que lo explicado con sencillez no posee la suficiente complejidad como para ser plausible. Que sea así, sospecho, que tiene que ver con la forma tan específica de hacer «ciencia» en el universo jurídico, y aún más singular en el caso del derecho constitucional. Me explico.

El derecho y en particular el derecho constitucional no es «ciencia». No tratamos de desentrañar ni explicar el mundo físico, nos limitamos a urdir artefactos intelectuales para regular la vida comunitaria de una especie muy dada a sumar o torcer la voluntad de otros para fines muy dispares mediante la amenaza de la fuerza o, sin más, acudiendo directamente a la violencia. Aceptar esto, y son incontables las páginas y las horas de debate dedicadas a este, que considero el axioma incontestable de lo que no es más que una técnica regulatoria del «poder», del modo en el que sometemos la voluntad de unos a la de otros, el Derecho (nos gusta también ponerlo en mayúscula), nos hace vulnerables (y eso no nos gusta). Nos enfrenta a un espejo que nos exige humildad y una cierta discreción. A los juristas académicos lo que de veras nos gusta, porque creemos que nos engrandece, es pensar que desvelamos ontologías, que somos «científicos» sociales (si esto tiene algún sentido metodológico) que desentrañamos y explicamos la esencia regulatoria de las sociedades humanas. Quizá sea así, pero lo que en ocasiones este anhelo de autoestima científica ha llevado en más ocasiones de las deseadas es a la mística, al puro voluntarismo bienintencionado, o simplemente a una retórica vacua y en el peor de los casos, aunque cada día más abundante, a la pura logorrea. No me extraña nuestra mala fama.

En estos días, que me afano en la relectura de Carl Schmitt, el último gran místico del derecho constitucional, encuentro en sus palabras el vértigo de una

teoría constitucional construida sobre una ontología social tan falaz como irresistible. Ahora entiendo la advertencia de nuestro maestro común, Ignacio de Otto, cuando siendo yo un joven bípedo implume que quería ser constitucionalista, me dijo, «lea usted a Schmitt, aprenderá derecho constitucional, pero tenga mucho cuidado porque es un gran mentiroso». He tardado treinta años largos en comprender el alcance de sus palabras. Por eso Kelsen tiene tan mala fama entre los juristas, porque se empeñaba en explicar de forma sencilla (no exenta de rigor y profundidad) el derecho. Por eso su explicación, heredera de una larga saga de pensamiento jurídico, será siempre la más probable y por eso mismo la menos comprendida. Kelsen nos despoja de nuestro oropel y nuestro aurea púrpura y nos devuelve a la realidad del derecho: el poder puro y duro y su estructura regulatoria. Eso nos quita glamour, y no nos gusta. El derecho no es más que palabras con las que formalizamos la dominación de unos sobre otros. El derecho es un producto humano, solo posible porque los humanos tenemos la cualidad de poseer un tipo de lenguaje simbólico, con el que «decimos» lo que se debe o no se debe hacer y el castigo para quien lo incumpla. Y detrás, siempre, la fuerza y la violencia. El derecho no sirve para convencer, ni para mediar, ni para razonar, ni para evangelizar y corregir. Por eso se equivocan y son siempre un terrible fracaso aquellos que crean y usan el derecho para esos fines. El derecho no sirve para eso (sin perjuicio de que establezca marcos formales para perseguir esos propósitos) porque el derecho es el invento de alguien para identificar quién puede dominar a otros, cómo los puede dominar y para qué los domina. Así lo aprendí de Francisco Bastida, y sigo convencido de que así son las cosas.

Pertenezco a un grupo de constitucionalistas que hemos crecido en esta convicción, Sin duda con matices individuales, pero persuadidos de que el derecho, y en particular el derecho constitucional, carece de esencias o de verdades, de que no hay un mundo físico que corrobora sus normas, que estamos al servicio de un instrumento que sirve para ordenar la vida en común según el propósito de quien tiene el poder de hacerlo, que no es tarea del jurista como jurista legitimar el poder y su propósito sin que por ello no estemos convencidos de que hay poderes mejores que otros y que algunos son aborrecibles y de que nunca pondremos nuestro saber hacer al servicio de lo aborrecible, de que el derecho poco o nada tiene que ver con la justicia salvo que por justicia entendamos lo que resulta de un mínimo común denominador que debe poder cambiarse con el transcurso del tiempo para que siga siéndolo y no la voluntad descarnada del más fuerte. Sé que esto es también una mística del derecho, que nos gusta llamar «axiomas».

De mis maestros, Kelsen, Ignacio de Otto y Francisco Bastida, también aprendí que el derecho es interpretación y ficción, propio de cualquier artefacto intelectual dominado por la palabra. Aprendí que la mejor interpretación de una norma dentro de las posibles siempre es la que más problemas resuelve y no la que los genera. Para lograrlo se necesita rigor en el método y estudio de lo complejo. Nunca hay soluciones simples, aunque se busque la más sencilla; nunca hay respuestas apodícticas, porque siempre hay otras perspectivas. El derecho es sedimentación enriquecida por el rigor y el método. Por eso llevamos tan mal la falta de rigor y la ausencia de método. El derecho se piensa y para que el pensamiento



no sea ocurrencia necesita método, profundidad, perspectiva y rigor, mucho rigor. Si no, es pura charlatanería.

Es cierto que esta visión monacal y orfebre de la técnica del derecho ha tenido una derivada que creo, pasado el tiempo, no ha sido buena. Permítanme que la denomina una errónea humildad que ha acallado la ambición de la gran obra. La plena conciencia de los límites metodológicos y «científicos» del derecho, y el compromiso inquebrantable con el rigor, ha demediado nuestra capacidad para la «gran obra». Ha pesado sobre nosotros el miedo a abordar con ambición de tratadista las grandes cuestiones y hemos hecho mucha orfebrería constitucional, pero no nos hemos atrevido a hacer la gran teoría del todo constitucional. No nos atrevimos, y me temo que para mí ya es tarde.

Transcribo uno de los párrafos más brillantes y en el que mejor se condensa lo que quiero decir en estas líneas de Francisco Bastida de un trabajo suyo luminoso, «Constitución, soberanía, democracia» (*Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 8, enero-abril, 1991). Cuando los leí siendo yo su joven tesnando, me abrumó la profundidad y el rigor de un pensamiento que no por ello era menos diáfano y sencillo. En estas líneas se condensaba con una maestría, que no he vuelto a encontrar, el sentido de todo lo que con el tiempo ha sido para mí el derecho constitucional y su difícil relación con la teoría política y del Estado. Si algo le puedo reprochar a Francisco Bastida es no atreverse a seguir esa senda, que ya no era la del orfebre, sino la de la gran teoría del todo constitucional.

En efecto, la cuestión debatida no se resuelve en una dialéctica que ponga frente a frente a Estado-ordenamiento y Nación, porque la posición lógica entre ambos (creador y objeto creado) la hace inviable. Por el contrario, la discusión cobra pleno sentido si, dentro del Estado, se plantea la cuestión de quién encarna la soberanía (o poder ilimitado de crear normas jurídicas). Aquí, *ad intra*, el asunto se dilucida entre «sujetos» (Nación, Monarca, etcétera) que *ad extra*, en relación con el ordenamiento jurídico, son «objetos de esta. En consecuencia, el razonamiento que conduzca a la atribución de la soberanía a este o a aquel «sujeto» no deriva de ningún determinismo ontológico y natural, sino de la previa elección política de un específico punto de partida. La atribución de la soberanía es una función de esta elección, no un principio categórico. La apuesta en favor de la «Nación» contenida en el art. 3 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, («Toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ninguna corporación ni individuo puede ejercer autoridad que no emane de ella expresamente»), no se podría entender si se ignorase su fundamento político: «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos» (art. 1 de la citada Declaración).

....

De ahí que la soberanía sea, *ad extra*, una cuestión de «Estado» (es decir, de ser o no ser calificable un ordenamiento como jurídico-positivo completo) y que, por el contrario, *ad intra*, su atribución a uno u otro sujeto sea una cuestión de «Estado de Derecho», en el sentido de opción por una concreta estructuración del Estado, tanto de su aparato orgánico como del ordenamiento jurídico general que él personifica y en el que se establece la relación entre el Estado y la Sociedad. Por tanto, el Estado de Derecho (art. 1.1 CE) es una consecuencia del principio de la soberanía colectiva,

pero la articulación de este principio, desde un punto de vista jurídico, solo puede realizarse en el marco de aquel, en el que queda diluido como presunción lógica que se establece tras elegir la Constitución como «Valores superiores del ordenamiento jurídico... la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (art 1.1 CE). No deja de ser significativo que el primer principio que proclama la CE sea el de «Estado democrático de Derecho» (art. 1.1) y no el de soberanía nacional (art. 1.2).

Nos faltó ambición, y hubiéramos podido construir desde aquí esa gran teoría del todo constitucional. Una misión que a mí me queda grande desde luego, pero que mis colegas de Oviedo hubieran podido acometer. La segunda generación de constitucionalistas de Oviedo, Juan Luis Requejo (no he perdido nunca la esperanza de que regrese a la que ha sido y será siempre su casa entre nosotros), Alberto Arce Janáriz (que siempre ha sido uno de los nuestros), Benito Aláez, Miguel Presno, Paloma Requejo e Ignacio Fernández Sarasola, seguidos de la ya tercera generación, Leonardo Álvarez, Antonio Franco Pérez, María Valvidares, Abel Arias Castaño, y de la cuarta con Patricia García Majado, podrían y pueden crear un derecho constitucional para el nuevo siglo, que a mí se me antoja el del fin de la era de las constituciones. Yo entre ellos soy simplemente un jurista tenaz, un «salieri» rodeado de «mozarts». La gran obra ya es cosa de ellos, a mí me consuela pensar que quizá pueda verla y hasta discutirla.

He elegido uno de mis trabajos en los que traté de condensar mi tesis doctoral dirigida y probablemente sufrida por Francisco Bastida. De él, porque Ignacio de Otto fue un resplandor que se apagó prematura y dramáticamente, aprendí todo eso y más. Aprendí la paciencia del orfebre, la laboriosidad del trabajo riguroso, el deber de hacerse comprender y ser sencillo incluso en lo más complejo, que somos solo interpretación y perspectiva. Fueron años de una convivencia intensa en una época en la que el área apenas éramos él y yo, y nos empujaba el deseo de hacer el mejor derecho constitucional posible. La vida luego se tejió en direcciones en ocasiones opuestas, y no por eso se rompió el hilo que siempre nos mantendrá unidos. Los maestros no eligen a sus discípulos, son los discípulos los que los eligen. Yo elegí a «Paco» Bastida, y sigo sin arrepentirme.

# Los derechos del público: la revisión de los modelos clásicos de «proceso de comunicación pública»

*Ignacio Villaverde Menéndez*

## I. La vigencia del canon del debate público robusto y desinhibido

¿Sigue vigente el canon de la libertad de expresión según el cual debe ser la garantía de un debate público «desinhibido, robusto y plenamente abierto» (por emplear la feliz fórmula del juez Brennan en la SCt.US *New York Time vs. Sullivan*)?<sup>1</sup>

Ya les adelanto que mi respuesta a ese interrogante es que sí. Sí creo que la función de preceptos como el art. 20.1 CE sigue siendo la garantía de un debate público lo más desinhibido, robusto y plenamente abierto posible. Otra cosa, y esta es la cuestión, es que esa garantía pueda seguir siendo entendida en los mismos términos en la que se ha venido interpretando desde hace dos centurias largas, desde que J. S. Mill propusiese el modelo del «mercado libre de las ideas».<sup>2</sup> Algo parece haber cambiado en el contexto sociopolítico en el que debe interpretarse esa garantía. Un cambio al que sin duda han contribuido fenómenos como una globalización que ha convertido a los medios de comunicación de masas en multinacionales de la noticia, las economías globalizadas que han provocado procesos, que parecen inevitables, de concentración de las empresas me-

---

<sup>1</sup> Sentencia de la Corte Suprema de los EE. UU. (en adelante, SCtUS), *New York Times vs. Sullivan*, 376 US 254, 270 (1964).

<sup>2</sup> Sobre la diferencia que debe trazarse entre este modelo y el del «debate público» o «proceso de comunicación pública» véase IGNACIO VILLAVERDE MENÉNDEZ, «Información y Estado democrático: el derecho a ser informado», *Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1995*, págs. 90, 186, y 309.

diáticas; el terrorismo a gran escala, también «global», que ha mostrado su peor cara con los acontecimientos del fatídico «11 de septiembre de 2001», que ha introducido un preocupante código de silencio; la emergente «sociedad de la información»; la revolución tecnológica de las telecomunicaciones, en particular ese gran misterio jurídico que resulta ser Internet. Si asistimos a un cambio de paradigma en el ámbito de la libertad de expresión y del proceso de comunicación pública, como Owen M. Fiss sostiene, ¿nos sirven los modelos dogmático-constitucionales que hemos empleado hasta ahora para explicar esos cambios y nuevos fenómenos?<sup>3</sup>

La atractiva tesis de Owen M. Fiss es la de que el paradigma del orador de la esquina de la calle (*the street corner speaker*), que inspiró las reflexiones y teoría de los grandes de la Primera Enmienda como Harry Kalven Jr. («A Worthy Tradition»), quizá debe ceder su paso al de la «CBS», esto es, al de las grandes compañías mediáticas y multimedia. Lo esencial en ese cambio de paradigma, dice O. Fiss, acaso sea que en el paradigma del orador callejero la función de la libertad de expresión es protegerle de las injerencias del Estado. En el paradigma de las grandes corporaciones mediáticas resulta que esa libertad requiere precisamente de la injerencia estatal para asegurar que cumple su función. Y ello porque «la ironía de la libertad de expresión»<sup>4</sup> consiste en que el Estado puede ser su mayor enemigo, pero también su imprescindible aliado, por cuanto ahora quien puede silenciar la voz de las minorías ya no es el Estado, sino los grandes complejos mediáticos.

Es difícil creer hoy que el paradigma clásico preocupado casi exclusivamente por la plena garantía del emisor de opiniones, ideas y pensamientos, y por los medios tradicionales para su transmisión (prensa y radiodifusión) pueda dar una respuesta adecuada a una cuestión tan simple la ensordecedora presencia de los medios de comunicación en el debate público. El estruendo de los medios se ha hecho tan presente y ensordecedor que ha generado un chocante fenómeno causante de una honda preocupación en los especialistas: un «efecto silenciador»,<sup>5</sup> o, si se quiere, «una espiral de silencio»<sup>6</sup> que va paulatinamente desplazando del centro de atención doctrinal y jurisprudencia a aquel, hoy cada vez más remoto, «*chilling effect*» (efecto desaliento), que tantos éxitos judiciales le permitió cose-

<sup>3</sup> Owen M. Fiss abrió el monográfico de la *Yale Law Journal*, de 1995, vol. 104, n.º 1, sobre el impacto de las nuevas tecnologías en la Primera Enmienda de la Constitución Norteamericana -de lectura imprescindible-, con un artículo cuyo título lo dice todo: «In Search of a New Paradigm» (págs. 1613 y ss.). Véase de FISS, además de los citados, en especial, «La misión democrática de la prensa» y «El reto al que nos enfrentamos», publicados en el libro citado, *La ironía...*, págs. 71 y 105 respectivamente; y su «Building a Free Press», *Yale Law Journal of International Law*, 1995, vol. 20, n.º 1, pág. 187 y ss. Véase también de Marc CARRILLO, *El derecho a la información, entre la ley y la autorregulación*, Parlamento y Constitución, 1998, n.º 2, págs. 2 y ss.

<sup>4</sup> Como reza el título de uno de sus libros, Gedisa, Barcelona, 1999, traducción de su original publicado en la Harvard Uni. Press, Cambridge -MA-, 1996.

<sup>5</sup> De nuevo, parafraseo a Owen M. Fiss y su *La expresión y su efecto silenciador*, publicado en su libro ya citado, de título elocuente, «La ironía...», págs. 15 y ss.

<sup>6</sup> Ahora lo hago de Elisabeth Noelle-Neumann, *La espiral del silencio. Opinión pública: nuestra piel social*, Paidós, Barcelona, 1995. Véase también de Martin KRIEHL, *Ehrenschtz und Meinungsfreiheit*, Neue Juristische Wochenschrift, n.º 30 (1994), págs. 1897-1905. Véase también de José Lluís GÓMEZ MOMPART, su *El campo mediático y la sociedad de la información*, en «Los límites de la globalización», Chomsky/García/Gómez/Doménech/Comas, Ariel, Barcelona, 2002, pág. 47 y ss.

char a la libertad de expresión frente al Estado, sobre todo a los medios de comunicación que la invocaban ante la Corte Suprema de los EE. UU., o, como es bien sabido de todos, en nuestro propio Tribunal Constitucional. Curiosamente, la libertad de expresión encuentra hoy sus mayores peligros en quienes precisamente fueron sus baluartes históricos: los medios de comunicación de masas (aunque no por ello haya de dejar de defenderlos frente a la injerencia del Estado).

Estos, a su vez, también están inmersos en un proceso trufado de paradojas. Por ejemplo, la crisis económica que a traviesan la inmensa mayoría de los medios de comunicación, como es el caso de la prensa, y alguno de los grupos empresariales mediáticos ha conducido inevitablemente a un proceso de concentración empresarial en grandes consorcios multimedia. Lo paradójico es que la concentración de medios de comunicación, algo que ha sido visto hasta ahora como uno de los cánceres del pluralismo informativo y del vigor del debate público, parece ser la garantía de su supervivencia. ¿Se puede seguir afirmando que la concentración de medios es negativa para la libertad de expresión?

En la actualidad ya no preocupa tanto que ciertas medidas administrativas o judiciales, aparentemente neutras y no restrictivas de la libertad de expresión, tengan un perverso efecto desalentador del ejercicio de la libertad de expresión. Hoy preocupa sobre todo ese estruendo mediático que acalla las voces de quienes no opinan como ellos. La cuestión hoy es cómo proteger la libre expresión de opiniones, ideas e información entendida como *derecho*, para hacer frente a la opinión, la idea o la información usada *como* poder.<sup>7</sup>

Pero estos problemas no se manifiestan solo en ese terreno de la omnipresencia mediática. La necesidad de un cambio de paradigma también se hace evidente en la emergencia de nuevos terrenos a los que los modelos y dogmáticas clásicas de la libertad de expresión no parecen saber dar respuestas satisfactorias. El derecho a la protección de datos personales y su férreo círculo de secretos y confidencialidad;<sup>8</sup> el derecho del paciente a la información médica sobre su enfermedad y tratamiento;<sup>9</sup> el derecho a la información medioam-

---

<sup>7</sup> Mauricio PEDRAZZA GORLERO, *La Libertá di Stampa nella Postmodernità*, Diritto e Società, 1, 1997, págs. 495 y ss. Véase también a Artemi RALLO LOMBARTE, *Pluralismo informativo y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, capítulos quinto a octavo; y FRANCISCO BASTIDA, *Concentración de medios y pluralismo. «Acordes y desacuerdos» entre pluralismo y mercado*, «Respona Iurisperitorum Dígesta», vol. II, 2000, Universidad de Salamanca, págs. 76 y ss. Quizá sea el momento de releer a Helmuth PLESSNER, *Grenzen der Gemeinschaft; eine Kritik des sozialen Radikalismus*, Bouvier Verlag H. Grundmann, Bonn, 1972 (2. Aufl.), y a Richard SENNETT, *The fall of public man*, Norton, New York/London, 1996. Véase también de Giovanni SARTORI, además de su *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Taurus, Madrid, 2000 (2.ª edic.), su artículo «La opinión teledirigida», *Claves de la Razón Práctica*, n.º 79, págs. 2 y ss.

<sup>8</sup> En este extremo debo corregir tras la STC 292/2000 una primera opinión mía que ubicaba el derecho a ser informado sobre los datos personales que poseía sobre uno el Estado o terceros no públicos y en qué bancos de datos estaban almacenado en el art. 20.1 d) CE. Tras aquella STC parece claro que el derecho a ser informado en esos casos es una facultad que forma parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos personales (Ignacio VILLAVEDE, «Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa. A propósito de la STC 254/93», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 41, 1994, págs. 187 y ss.).

<sup>9</sup> Julio M. LARA MORALES, «El deber de información y la responsabilidad civil médica en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *La Ley*, n.º 5406, de 29 de octubre de 2001; ALONSO OLEA, «El consentimiento informado en medicina y cirugía», *Revista de Administración Pública*, n.º 155, 2001, págs. 7 y ss.

biental;<sup>10</sup> el derecho a recibir información sobre asuntos y acontecimientos de interés general;<sup>11</sup> normativas estatales que imponen obligaciones específicas relativas a la instalación de infraestructuras de la información y las telecomunicaciones;<sup>12</sup> acceso a la información a través de Internet y la Sociedad de la Información;<sup>13</sup> etcétera. Esta es la batalla que se libra día a día en los tribunales y en los foros académicos preocupados por el asunto.

Y mi tesis es que esas cuestiones ya no puede afrontarse desde la óptica del sujeto activo del proceso de comunicación pública, del emisor de ideas, opiniones e informaciones, porque hacerlo así, parafraseando una vez más a Owen M. Fiss, erige de nuevo a la «CBS», a los medios de comunicación, en el sujeto digno de protección constitucional y apenas permite explicar cuáles sean las razones que fundan las intervenciones restrictivas en el «poder» de la «CBS» sobre la información, pues su «derecho» a la información consiste inevitablemente en su «poder» sobre la misma. En mi opinión, el modelo dogmático en ese nuevo paradigma, ha de ser el que afronta aquella cuestión desde la perspectiva del sujeto pasivo del proceso comunicativo, la del receptor de ideas, opiniones e información. La garantía de este sujeto da razones que explican, tanto la protección constitucional de la «CBS» como las restricciones que el Estado pueda imponerle en su disposición sobre la información, dado que el «derecho» a la información no debe pertenecer a quien tiene «poder» sobre ella.

La realidad es que la libertad de expresión relevante socio-políticamente ya no es la que ejerce el individuo aislado, sino la que ejercen los medios de comu-

---

<sup>10</sup> Véase la Sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas de 17 de junio de 1998 (Rs. C-321/96), Caso Wilhelm Mecklenburg/Kreis Pinneberg.

<sup>11</sup> Laura Díez BUESO, *Derecho de la información y retransmisiones deportivas*, Quaderns del Consell de l'Audiovisual de Catalunya, n.º 6, 1999, págs. 10 y ss.; José BERMEJO VERA, «Derechos fundamentales, información y deporte», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 51, 1997, págs. 65 y ss. Véase también el Protocolo de Enmienda del Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza hecho en Estrasburgo el 9 de septiembre de 1998 (BOE 17 de abril de 2002), en el que se da nueva redacción al art. 9 y se añade un art. 9 bis, ambos con tan elocuentes títulos: «Acceso del público a la información» y «Acceso del público a acontecimientos de gran importancia», respectivamente.

<sup>12</sup> Véase la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, y su regulación del denominado «Servicio Universal de Telecomunicaciones», art. 39 y ss. Véase también el Real Decreto-Ley 1/1998, sobre infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicación y Real Decreto 279/1999, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de los edificios y de la actividad de instalación de equipos y sistemas de telecomunicaciones. José G. DE GRACIA Y ASENSIO, «Acerca del derecho de las personas sordas a una televisión accesible», *La Ley*, n.º 4578, de 7 de julio de 1998.

<sup>13</sup> Sobre Internet, Javier BARNÉS VÁZQUEZ, *La Internet y el derecho. Una nota acerca de la libertad de expresión e información en el espacio cibernético*, Cuadernos de Derecho Judicial, «La Ordenación de las telecomunicaciones», 1997, págs. 235 y ss. y el ya citado número monográfico de la *Yale Law Journal*, vol. 104, n.º 7, 1995, en especial el trabajo de Jerry BERMAN y Daniel J. WEITZNER, *Abundant and User Control: Renewing the Democratic Herat of the First Amendment in the Age of Interactive Media*, pág. 1619 y ss.; también el comentario de Julie HILDEN, *The First Amendment and the Internet: Why Traditional Legal Doctrines Apply Differently in Cyberspace*, <http://writ.findlaw.com/hilden/20020416.html>. Sobre la Sociedad de la Información, *Europa y la Sociedad global de la Información: recomendaciones al Consejo Europeo*, [http://biblio.uoc.es:443/docs\\_elec/2704.htm](http://biblio.uoc.es:443/docs_elec/2704.htm); Otto DEPENHEUER, *Informationsordnung durch Informationsmarkt. Rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung*, Archiv für Presserecht, Hf. 4, 1997, págs. 669 y ss.

nicación. Ellos son los que trazan las grandes líneas informativas, las que crean las corrientes de opinión. Pero con su estruendo están acallando las voces de los disidentes, y sin necesidad de hacerlo directa y expresamente. Sencillamente, la mayoría escucha y lee lo que los medios dicen, no lo que divulga el «orador en la esquina de la calle». La trascendencia sociopolítica del individuo en el proceso de comunicación pública está en su condición de receptor de información, de sujeto pasivo de ese proceso.

Así es, los grandes casos jurídicos ya no los proporciona el ejercicio individual de la libertad de expresión (una dogmática y jurisprudencia casi reducidas a una repetitiva y común doctrina sobre la resolución del conflicto entre opiniones e información y honor e intimidad), sino el funcionamiento del proceso de comunicación pública y la consecución de su función en un Estado democrático: garantizar el libre e igual acceso de cualquier interesado al debate de los asuntos relativos a la gestión de lo público para poder informarse, y, en su caso, opinar y votar.

Veamos este cambio de paradigma en un ejemplo real. El Tribunal Constitucional español (en adelante, TC) resolvió en dos Autos, los n.ºs 26/2001 y 80/2001, la inadmisión de sendos recursos de amparo interpuestos por Canal Satélite Digital en los que impugnaba, respectivamente, la autorización gubernamental para que RTVE crease una productora para participar en Vía Digital, y las normas reglamentarias que regulaban el registro de televisiones por satélite de acceso condicionado. En los dos casos el TC consideró que la libertad de expresión de los recurrentes no estaba amenazada, ya que ninguno de los actos o normas impugnados impedían su libre ejercicio del derecho a comunicar información. Sin embargo, si la óptica empleada para abordar los dos amparos mencionados hubiese sido otra, quizá el resultado hubiese sido también distinto porque, al menos en el caso del ATC 26/2001 relativo a la participación de RTVE en la plataforma digital «Vía Digital». La hipotética relevancia del asunto radicaría en que la intervención mediata de la Administración Pública en la creación y sostenimiento de un medio de comunicación puede alterar las reglas del proceso de comunicación pública libre menoscabando el pluralismo informativo.

La garantía constitucional del derecho a recibir información (art. 20.1 d CE) actúa como una garantía institucional del proceso de comunicación pública libre, imponiendo al Estado el deber positivo de proteger que toda información accede libremente al proceso comunicativo, generando pluralismo cuantitativo, y que ese acceso y su circulación se hace en condiciones de igualdad, promoviendo así el pluralismo cualitativo. Así pues, el pluralismo informativo posee dos dimensiones, resultantes de la mencionada garantía institucional. Por un lado, la libertad de acceso, y por otro, la igualdad en el acceso. La consecuencia de esta construcción es que el Estado no puede intervenir en el proceso de comunicación pública para alterar la libertad de acceso o para alterar las condiciones de igualdad del acceso. En ello consiste su neutralidad. En el caso presente, dicha neutralidad se habría roto cuando el Estado interviene en el proceso de comunicación, no para alterar el libre acceso, sino las condiciones de igualdad, ya que, de forma encubierta está *subvencionando* (pues su participación en «Vía Digital» implica fundamentalmente inyección de recursos económicos, bien directamente, bien indirecta-

mente a través de la emisión de programas de producción del ente «TVE Temática, S.A.» a un medio de comunicación privado que puede colocarle en una situación, al menos de ventaja económica respecto de los demás medios que también pretenden acceder y operar en el proceso.<sup>14</sup>

En esa batalla la garantía de los *derechos del público* resulta crucial. La tesis que ahora deseo defender es que una eficaz garantía de los derechos del público puede ser el modo eficiente de enfrentarse y dar una respuesta jurídica cabal a los nuevos retos de la comunicación globalizada. Asumirlo así implica un cambio de perspectiva radical, pues, el tratamiento jurídico del proceso de comunicación pública tendrá como prioridad garantizar la libertad e igualdad del receptor de información y la estructura abierta y libre de aquel proceso de comunicación pública que haga posible un debate público «simétrico» donde pueda atenderse a la fuerza del mejor de los argumentos. Hacerlo así exige que nos preguntemos sobre qué público y qué información son el sujeto y el objeto de esa capital garantía constitucional, lo que difícilmente se puede contestar sin desentrañar el nudo que une el Estado democrático con el proceso de comunicación pública.

## II. Constitución liberal-democrática y el proceso de comunicación pública

### 1. *El debate público, sustento de la democracia. Sobre una teoría democrática de la libertad de expresión*

La conexión entre la comunicación pública y el Estado democrático está en la función que le cumple desempeñar a la primera. Función que realiza porque así se lo impone el Estado democrático. El Estado democrático es una forma de gestión de lo público. Toda decisión sobre lo público en el Estado democrático, es decir, toda decisión sobre las cuestiones relativas a la gestión de los asuntos públicos, aquellos que afectan o pueden afectar a cualquiera de los miembros de la comunidad directa o indirectamente, requiere de la preexistencia de procedimientos que permitan la participación de los miembros de esa colectividad en la toma de esa decisión. Procedimientos en los que, además, los miembros de la colectividad sean tenidos como «personas», esto es, y en lo que ahora interesa, como «interlocutores válidos» en ese debate (en ello se cifra su «dignidad» –Apel–), lo que impone la «simetría» en los mecanismos de participación. En fin, la garantía de la igualdad de condiciones en la participación en esa toma de decisiones y de la libertad tanto en la decisión de participar como en el modo de hacerlo.

---

<sup>14</sup> Otro tanto, *mutatis mutandis*, pudo argüirse en el caso del ATC 101/2001 relativo a la impugnación en amparo por las cadenas radiofónicas que se mencionan más abajo de la Sentencia del Tribunal Supremo que estimaba parcialmente el recurso contencioso formulado contra el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se decidió que el Gobierno no se oponía, bajo determinadas condiciones, a la efectiva fusión de «Antena Tres de Radio SA» y la «SER» en una nueva entidad, «Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio, SA» al cederle a esta la gestión de aquellas dos cadenas radiofónicas. Acuerdo que fue declarado nulo. En este Auto el TC reconduce expresamente la cuestión de la «libertad de organización de los medios» al art. 38 CE.



Entre esos procedimientos de participación está el ofrecido por la garantía constitucional del proceso de comunicación pública. Este proceso es indispensable en el Estado democrático, entre otras razones, porque constituye el presupuesto de la formación de la voluntad política y jurídica de la colectividad que se traducirá de forma directa o indirecta en una decisión sobre lo público. Esa comunicación pública consistente en la libre circulación de ideas, opiniones e información e igualdad de condiciones, es esencial para el Estado democrático pues a través suyo se forman la opinión personal y colectiva y la voluntad política de la colectividad, en un proceso continuo y unitario que incide finalmente en la formación de la voluntad jurídica del Estado.<sup>15</sup>

Ese proceso de comunicación tiene por función asegurar un modelo de comunidad comunicativa a través de la imposición de ciertas reglas sobre la comunicación interindividual que garanticen las condiciones ideales de un debate sobre lo público libre e igual, pues solo si ese debate es libre e igual puede afirmarse que quien interviene en él lo hace a título de «persona-ciudadano» (interlocutor válido), parte del Estado-comunidad, y no de «súbdito» del Estado-aparato.

Con todo, la libertad de expresión no puede ser, así lo creo, un mecanismo jurídico para proteger las ideas, opiniones o informaciones *verdaderas, correctas o democráticamente valiosas*, porque se transformaría en un instrumento coactivo. Ni siquiera es un instrumento normativo para proteger un modo de actuar individual dirigido a alcanzar esos resultados. De servir a ese fin la libertad de expresión ya no protegería la autodeterminación individual sobre la propia conducta sustraída a cualquier género de imposiciones unilaterales y heterónomas de deberes coactivos (poder público), sino todo lo contrario, el ejercicio de una *función* pública. La libertad de expresión, para ser tal y garantizar esa autodeterminación exenta de poder público, debe ser un criterio normativo sobre los procedimientos aptos para acceder al proceso de comunicación y al debate o debates que en él puedan tener lugar. Incluso sobre los procedimientos para alcanzar aquellos fines (ideas, opiniones o informaciones verdaderas, correctas o democráticamente valiosas) si el sistema constitucional en cuestión así lo ha decidido.

En esa medida, la Constitución cuando garantiza la libertad de expresión, en tanto protege los procedimientos para actuar *en el marco de la comunicación pública* con libertad, define una «situación ideal del habla» (Apel) y una «comunidad ideal de comunicación» (Habermas)<sup>16</sup> que componen un modelo de comunicación pública que no es más que un conjunto de reglas sobre la forma de acceso a ese proceso y de funcionamiento del mismo para asegurar la libertad e igualdad de quienes participan en él. Solo así se garantiza que la toma de decisiones sobre

---

<sup>15</sup> En este sentido, *mutatis mutandis*, se expresó la STC 105/1990, fundamento jurídico 7.º, cuando afirmó que al elector no cabe negarle el conocimiento de datos relevantes para sus futuros pronunciamientos; o las distintas Sentencias en las que se protegen informaciones relativas a personajes públicos por ser su conocimiento general un instrumento de formación de la opinión sobre su modo de gestionar la *cosa pública* y por ello de interés para la colectividad que solo así puede realizar un control efectivo de quienes tienen atribuida esa función (por todas, STC 192/1999).

<sup>16</sup> Un breve e ilustrativo resumen de los planteamientos de ambos autores puede verse en Adela CORTINA, «Filosofía del diálogo en los umbrales del tercer milenio», en *La filosofía hoy*, Muguertza/Cerezo eds., Crítica, Barcelona, 2000, pág. 179 y ss.

lo público es el resultado de un proceso en el que han participado «personas-ciudadanos» y no súbditos, y en esa medida se legitima la propia decisión tomada.<sup>17</sup>

## 2. *El derecho a ser informado en el proceso democrático de toma de decisiones*

Si lo relevante para el Estado democrático es proteger el proceso de comunicación pública como uno de los procesos de participación en lo público esenciales al Estado democrático, y en ese proceso debe garantizarse la simetría del propio proceso, esto es, la libertad e igualdad de sus participantes, por cuanto así lo exige su estatuto de persona-ciudadano, la libertad de expresión no puede limitarse a proteger la posición de quien participa en el proceso para expresarse. También debe extender su protección a quien participa pasivamente en el proceso oyendo lo que los demás tengan que decir.

La auténtica, a mi juicio, funcionalización *democrática* del proceso de comunicación pública consiste en que la garantía constitucional de la posición del sujeto activo de dicho proceso está en función (que no al servicio, por lo que luego se dirá) de la posición del sujeto pasivo garantizada por el derecho a ser informado. Aún más, la garantía de los derechos del sujeto pasivo en el proceso de comunicación pública puede ser el sólido fundamento que justifique la intervención del Estado en el proceso y la imposición de restricciones en otros derechos fundamentales, en particular, en los derechos del sujeto activo. La posición del individuo en el proceso de comunicación pública, que ha sido desplazada y acallada por los medios de comunicación, irrumpe de nuevo en ese proceso con la garantía de ese individuo como sujeto pasivo de ese proceso, como receptor de información.

La duda es si el cambio de paradigma impone una *funcionalización* democrática del modelo del proceso de comunicación pública. Esto es, y en lo que ahora nos interesa, si los derechos del público solo son los relevantes para la democracia. Y mi respuesta es que sí. Pero sí en un sentido «procesal», no «axiológico». No hay por qué funcionalizar el modelo dogmático o los derechos del público.

La libertad de expresión del art. 20 CE, como los restantes derechos fundamentales de la CE, son piezas sustanciales y constitutivas del Estado democrático porque definen el estatuto básico de ser humano y ciudadano en el Estado español. No por ello, al menos en nuestro sistema Constitucional, esos derechos fundamentales, y la libertad de expresión entre ellos, están al servicio de la realización de la Democracia, porque ellos mismos ya lo son. En efecto, la Democracia no es un valor (de hecho, no se enumera en el art. 1 CE como tal) que condicione el ejercicio de los derechos fundamentales a su plena consecución, sino un principio estructural del sistema que se realiza en el ejercicio sin trabas de los derechos fundamentales.

Esto implica que los derechos del público protegidos por la Constitución no son solo los derechos a recibir una información *democráticamente relevante*

---

<sup>17</sup> Véanse las SSTC 105/1990, FJ 7 -no cabe negar a los electores el conocimiento de datos relevantes para sus futuros pronunciamientos- y, en general, la STC 136/1999, asunto Mesa Nacional de HB.

(aquella relativa a asuntos de relevancia pública al versar sobre la gestión o sobre quien gestiona los asuntos públicos); sino los derechos a recibir cualquier información existente en el proceso de comunicación pública, sea o no democráticamente relevante, porque el principio democrático se realiza en la CE mediante la garantía de esa libre recepción de la información que circula en el proceso de comunicación. Por ello, se garantiza también que el proceso esté abierto y sea libre para todo el que quiera participar en él para opinar o informar, pues solo así podrá ejercerse cabalmente el derecho a recibir libremente información. La existencia misma del proceso en esas condiciones de apertura y libertad, y también, desde luego, de igualdad, es lo que realiza el principio democrático en este terreno, y no que el proceso se ponga al servicio de una finalidad democrática y *democratizante*.

La CE ampara un modelo ideal de proceso de comunicación pública que es el que se supone satisface el interés, no menos ideal, de un público bien informado capaz por ello de tomar decisiones racionales a través de un proceso comunicativo regido por el principio de la fuerza del mejor de los argumentos. Además, esta es nuestra opinión, ese modelo no se erige en un objetivo que funcionalice el ejercicio de las libertades del art. 20.1 CE. No son libertades «sirvientes» de ese modelo, sino su instrumento en el sentido de que la CE ha querido que el modo de realizarse ese modelo en la realidad sea a través del ejercicio de las libertades de expresión e información. Su ejercicio servirá para introducir en el proceso toda clase de opiniones e información y permitir a quien interviene en el proceso elegir qué opiniones o qué información recibir.

Y dentro de esa libertad, también es cosa de cada cual elegir la opinión o la información, digámoslo así, «seria» y con ella formarse su opinión sobre las cuestiones con relevancia pública, o elegir la información o las opiniones «basura» para su solaz entretenimiento o para su regodeo en la vulgaridad. También el derecho a recibir información garantiza esa libre elección por muy inútil que sea para la realización de la democracia. Ahora bien, la compensación a esta amplia garantía consiste en que el receptor no puede exigir recibir solo lo que le satisfaga su interés en la «información basura». Tampoco la «información seria», salvo la que posee el Estado que tiene el deber de difundir. Lo que sí puede y debe exigir es que estén abiertos los canales que en ese proceso de comunicación pública permite realizar aquella libre elección, y también, por ello, la satisfacción de su preferencia por la información «seria».

Inevitablemente, garantizar los derechos del público, el derecho a recibir información, impone la garantía del pluralismo informativo y, por tanto, una determinada estructura jurídica del proceso de comunicación pública.

Esa protección comprende tanto la posición del emisor, como la del receptor de opiniones o información, porque en el proceso de comunicación pública no solo entran en juego quienes deciden participar en la comunicación pública de forma activa, también el público, que está compuesto por individuos que forman parte de esas generaciones vivas que ejercen la soberanía. La garantía de la comunicación pública debe tener en cuenta la posición jurídica que en ella ocupa ese público y la garantía de que su opinión y voluntad política debe formarse libremente y en condiciones de igualdad.

Que esto sea sí impone, a mi juicio, el abandono de cualquier modelo economicista del proceso de comunicación pública. El proceso de comunicación pública en modo alguno puede concebirse como un «mercado» de las ideas, por mucho que en él operen «empresas». Ni la información es una «propiedad», ni los receptores meros «consumidores» del producto que les ofrecen esas empresas.<sup>18</sup>

Este es el fundamento constitucional de las medidas destinadas a corregir las distorsiones que el mercado económico ha provocado en el proceso de comunicación pública, por cuanto la libre concurrencia de fuentes de información, en tanto estas son empresas, se ve intensamente condicionado por los desequilibrios económicos entre esas fuentes de información-empresa, lo que repercute inevitablemente en la pluralidad «externa» de información disponible en el proceso.<sup>19</sup> Es más, y como antes hemos apuntado, la concentración de empresas mediáticas es en ocasiones la única garantía de la supervivencia de ciertos medios de comunicación (véase, si no, la terrible crisis en la que está sumida la prensa alemana). La intervención del Estado en la competencia entre empresas informativas no es solo cuestión de los arts. 33 y 38 CE, sino, y ante todo, del art. 20.

Estos son los derechos del público.<sup>20</sup>

### III. Los derechos del público

Una de las más importantes innovaciones del art. 20 de la CE ha sido proclamar en su apart. d) el derecho a recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. Es un reconocimiento sin precedentes en el Constitucionalismo español, se trata también de una garantía ciertamente original

---

<sup>18</sup> Sobre el particular, Ignacio VILLAVARDE, *Estado democrático e información...*, cit., págs. 98 y 99. Afirmación que tiene su importancia, por ejemplo, para deslindar los derechos de propiedad sobre el medio de comunicación de sus propietarios y su libertad de expresión ejercida a través del medio de su propiedad. Por ejemplo, la imposición de «derechos de acceso» o de «derechos de rectificación y réplica» a los propietarios de medios de comunicación no constituyen *expropiaciones* de su propiedad, sino restricciones a su libertad de expresión fundadas en la dimensión objetiva del derecho a ser informados de los ciudadanos.

<sup>19</sup> Ignacio VILLAVARDE, *Estado democrático e información...*, cit., pág. 100 a 103. Véase también Raffaello NIRO, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, CEDAM, Padova, 1994, y en particular GENTILE, *La disciplina antitrust. Editora, radiotelevisione, telecomunicazione fra disciplina generale e disciplina specifica*, en «Relazione al Convegno il Sistema dell'informazione nel quadro delle telecomunicazione. Recientemente ha publicado Fernando A. DE ABEL VILELA, el libro *Concentración de los medios de comunicación social en el Derecho español y comunitario*, Pons, Madrid, 2002. Véase también el Capítulo dedicado a este asunto del libro *Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al Maestro Mario de la Cueva*, Carpizo/Carbonell (coord.), UNAM, México DF, 2000, con trabajos de F. BASTIDA, M. CARBONELL, F. M. LÓPEZ y S. T. PEDROZA. Acaso lo relevante para el proceso ya no sea que haya muchas empresas mediáticas o unas pocas que pueden pertenecer a un solo propietario, o, más bien, a un grupo de diversos accionistas, sino pluralidad real y efectiva de mensajes a través de medidas de pluralismo interno (Pedrazza), reconocimiento de derechos de acceso, establecimientos de servicios universales de telecomunicación (redes abiertas), favorecimiento y facilitación de la instalación y acceso a infraestructuras de telecomunicación, estatutos de redacción, doctrinas sobre el «reportaje leal», etcétera.

<sup>20</sup> Una explicación más extensa de esos derechos puede encontrarse en el libro ya citado de Ignacio VILLAVARDE, y más en particular en su *Los derechos del público*, Tecnos, Madrid, 1995.

en el derecho constitucional comparado. Los distintos fenómenos que se engloban bajo el denominado derecho a ser informado ya habían sido en cierto modo recogidos en los textos internacionales que contienen declaraciones de derechos individuales, y en algunas constituciones, como es el caso de la portuguesa o la alemana. Incluso, en aquellos países democráticos donde estas normas no lo hacen, sus tribunales constitucionales han reinterpretado las clásicas libertades de expresión, prensa e imprenta para dar cobijo al derecho a ser informado, al menos a alguna de sus facetas.

Con la denominación derecho a ser informado se pretende encerrar todos los aspectos de un fenómeno complejo como es el de la posición del sujeto pasivo de la comunicación pública. Complejo por el sujeto, que puede ocupar muy diversas posiciones jurídicas. Puede ser la colectividad o el receptor individual, y este a su vez, puede ser un simple y pasivo receptor del mensaje emitido por otros, o un emisor latente, o sea, aquel que se informa para luego informar a otros (caso del periodista). También es un fenómeno complejo por las conductas que abarca. Desde la pasiva del *receptor-destinatario* de lo que otros transmiten (quien lee el periódico, por ejemplo), hasta la activa del *receptor inquieto*, que es una especie del género de los demandantes de información, que no se limita a ser destinatario pasivo de lo que otros transmiten, sino que se moviliza en la búsqueda y obtención de la información que le interesa (como cuando se acude a un registro o archivo público).

La dicción literal del apart. d) del art. 20, derecho a recibir información veraz, puede llevar a la conclusión más inmediata, y también errónea, de que solo se garantiza el aspecto pasivo por antonomasia del derecho a ser informado, el del receptor pasivo, destinatario de lo que otros transmiten. Sin embargo, el derecho a recibir información del art. 20, a nuestro juicio, garantiza algo más que esa recepción pasiva, pero no todos los aspectos de ese fenómeno complejo que puede decirse conforman el derecho a ser informado.

En el ordenamiento jurídico español, el genérico derecho a ser informado tiene su garantía dispersa en sedes normativas de rango diverso, e incluso posee facetas que carecen de relevancia jurídica en nuestro ordenamiento. El art. 20.1 d) CE no ampara todas las manifestaciones del derecho a ser informado. Por tanto, tampoco es lugar en el que encuentre satisfacción cualquier pretensión de ser informado. La interpretación constitucionalmente adecuada del art. 20.1 d) CE lleva a la conclusión de que ni el derecho a recibir información del art. 20 es solo el derecho reflejo del receptor pasivo, ni la garantía en la que cobijar cualquier posición del receptor de información.

El derecho a recibir información del art. 20.1 d) es un derecho fundamental complejo, como lo es también el género al que pertenece: el derecho a la información o a ser informado. Constitucionaliza el derecho a ser informado como un derecho de libertad a recibir información y es al tiempo una garantía institucional del pluralismo, pero no agota todos los perfiles que conforman este fenómeno complejo. Diversos preceptos en la CE consagran aspectos del derecho a ser informado a través de instrumentos jurídicos muy diversos, imponiendo al Estado obligaciones o integrando como una de sus facultades jurídicas el contenido de un derecho individual (art. 9.3, art. 18, art. 24, art. 51, art. 105 b). En unos casos, los

preceptos constitucionales, como el art. 105 b), concretan deberes jurídicos derivados del reconocimiento del derecho a recibir información del art. 20.1 d). En otras ocasiones, la garantía de ciertos derechos a ser informado se integra en específicas relaciones jurídicas de carácter administrativo, procesal, civil, penal o mercantil, o es información cuyo conocimiento exige una legitimación específica, que los sitúa fuera del art. 20, como el supuesto del derecho a ser informado de la acusación del art. 24. En otros casos el derecho a ser informado se manifiesta como desarrollo legislativo de un derecho social, como un medio adecuado para realizar su programa normativo, caso de la promoción de la información a los consumidores del art. 51.2, que puede encontrar en el derecho a recibir información del art. 20.1 d) un criterio para enjuiciar la adecuación del medio al fin propuesto (sin olvidar otros fenómenos ligados como el derecho a la información medioambiental, el derecho de los representantes sindicales a la información sobre contratación en las empresas, los derechos a ser informado y de acceso a los datos personales, el derecho a la información médica, solo por citar algunos ejemplos).

El art. 20.1 CE garantiza el proceso de comunicación pública en el que se forma la opinión pública a través del reconocimiento de diversos derechos de libertad entre los que se cuenta el derecho a recibir información. Es más, la garantía constitucional expresa del derecho a recibir información impone la protección también con rango constitucional de ese proceso de comunicación pública, concebido este como un modelo de proceso de comunicación alternativo al *mercado libre de las ideas* y al *instituto de la opinión pública* libre.<sup>21</sup> Esto es así porque el derecho a recibir información, incluso enfocado exclusivamente desde su perspectiva institucional, solo puede existir jurídicamente si le preexiste aquel proceso,

---

<sup>21</sup> No se nos escapa la circunstancia de que afirmar que el objeto último del art. 20.1 a) y d) CE es el proceso de comunicación pública conlleva la aparente privación de protección constitucional a los procesos de comunicación *no públicos*. Sin embargo, y como hemos dicho, esto es una apariencia. En realidad, y dado que el derecho a recibir información, como veremos más abajo, no garantiza un derecho de prestación informativa frente a los particulares –no es un derecho a estar o a ser informado–, lo que el art. 20.1 CE en su conjunto debe garantizar es la existencia de un proceso de comunicación en el que concurren una pluralidad de fuentes de información en las que satisfacer el objeto propio del derecho a recibir información, esto es, la recepción de información (mediante el ejercicio de la facultad de libre elección de la fuente, lo que constituye el contenido del derecho en cuestión). Por definición, por cuanto el derecho a recibir información no es un derecho de prestación (que pudiere tornar toda fuente de información en fuente accesible a cualquiera), esas fuentes deben ser *públicas* en el sentido de accesibles a la generalidad (bien por imposición legal o por ser la expresión del libre ejercicio de los derechos a expresar opiniones o a comunicar información). De ahí que ese proceso comunicativo deba ser público. Otra cosa es que el objeto protegido por las libertades de expresión e información haya de ser necesariamente una conducta comunicativa dirigida o accesible a un número indeterminado de personas, en fin, accesible a la generalidad. Nada hay en el art. 20 CE o en cualquier otro precepto constitucional que permita afirmar que los apartados a) y d) solo garantizan conductas comunicativas públicas y no las hechas en procesos de comunicación privados. Así parece considerarlo también el TC cuando no ha tenido reparo alguno en abordar desde la perspectiva de las libertades de esos apartados del art. 20 CE asuntos relativos al contenido de cartas enviadas *privadamente* a un tercero (así en las STC 241/1999 o el ATC 125/2001). Otra cosa es que la intensidad con la que se protegen constitucionalmente las libertades del art. 20.1 CE cuando concurren en una situación dada con otros derechos fundamentales pueda ser distinta (por ejemplo, no produce el mismo daño un insulto hecho en una carta privada que el publicado en un diario nacional).

y solo si ese proceso se da jurídicamente de un modo determinado: como un proceso libre y abierto.

Por ello, como trataremos de explicar, el derecho a recibir información no solo es un derecho de libertad, sino que es también una garantía institucional del carácter plural y abierto del proceso comunicativo, a cuyo respeto vincula tanto al Estado como a los particulares. No cabe duda de que la garantía del receptor de información es una fiel manifestación del peso acentuado de la dimensión objetiva del apart. d) del citado precepto, o sea, de la trascendencia que para el proceso democrático tiene la formación de la opinión individual y colectiva. Por esta razón, difícilmente encajan en la interpretación del «derecho a recibir información» aquellos planteamientos que lo conciben como una garantía meramente refleja de la otorgada a quien la comunica, o como expresión de un interés difuso de la colectividad en ella.

Ahora bien, de la dimensión objetiva del proceso de comunicación pública garantizado en el art. 20 no se derivan los derechos individuales de acceso al proceso de comunicación, sino que este existe, es libre y plural, como consecuencia del efectivo disfrute de los derechos de libertad a expresarse, informar y recibir información que reconoce el art. 20.1 en sus párrafos a) y d) (dimensión subjetiva). El proceso de comunicación pública es la consecuencia jurídica del ejercicio de esas libertades constitucionales, no su fundamento.

El derecho a recibir información precisa para su efectividad de la existencia de esa comunicación pública como tal proceso libre y abierto. Por este motivo, su garantía como derecho de libertad se ve reforzada por una garantía objetiva de la existencia de ese proceso de comunicación, esto es, de la relación de causalidad que une los derechos de libertad del precepto y el proceso de comunicación pública.

A nuestro juicio el objeto protegido por el derecho fundamental a recibir información, derecho independiente del derecho a comunicar información, es la recepción de información. El receptor tiene derecho a saber de todo lo que esté difundido y, también, de todo aquello que deba ser difundido por el Estado o, en su caso, por los particulares, sea cual sea su contenido, porque lo que importa proteger, como ha señalado la STC 6/81, y cito textualmente, es «esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular». La forma en la que el art. 20 garantiza el derecho a ser informado en su apart. d) hace dificultosa su interpretación de acuerdo con los modelos dogmáticos clásicos de los derechos fundamentales, el liberal y el institucional-funcional. Es más, este precepto no garantiza la comunicación pública ni como un mercado libre de las ideas, típico del planteamiento liberal; ni la objetiva en la opinión pública libre concebida como un instituto, típico de la dogmática democrático-funcional.<sup>22</sup>

La expresa garantía del derecho a recibir información en el art. 20.1 d) establece una nueva forma de concebir el modo en que se genera la comunicación pública. La existencia de esa comunicación pública ya no es fruto únicamente, como sostiene la dogmática liberal, de la garantía constitucional del emisor de

---

<sup>22</sup> Sobre estas dogmáticas y modelos véase Ignacio VILLAVARDE MENÉNDEZ, *Democracia e información*, cit., caps. IV y V.

opiniones e información, ni de la consecuente exclusión de toda injerencia del Estado en el proceso comunicativo que se entabla entre aquellos y sus destinatarios. Esa sola garantía del sujeto activo de la comunicación no basta para evitar las distorsiones que puedan viciar la libertad de la comunicación pública en el mercado libre de las ideas.

Tampoco se salvaguarda con una garantía institucional del interés colectivo en la información, que faculte al Estado para eliminar aquellas distorsiones funcionalizando las libertades del emisor. El derecho a recibir información no es la garantía objetiva del instituto de la opinión pública libre. El derecho a recibir información contiene efectivamente una garantía institucional del pluralismo, pero su fin es el garantizar la existencia de un proceso libre y plural de comunicación pública, porque el derecho de libertad a recibir información requiere de ese proceso libre y plural para su efectivo disfrute.

El mercado de las ideas no produce espontáneamente el flujo libre de opiniones e información indispensable para un efectivo derecho a informarse. Y el instituto de la opinión pública libre sacrifica en ocasiones la libertad del mensaje en favor de su flujo. El derecho a recibir información del art. 20 requiere de ambas libertades, de la libertad del mensaje y de la libertad de su flujo, sin ellas es un derecho individual vacío, por eso su garantía expresa impone un modelo comunicativo alternativo a aquellos otros dos.

El derecho a recibir información del art. 20.1 d) cumple, pues, con una doble función: garantizar al sujeto pasivo el libre acceso a la comunicación y garantizar esa relación de causalidad que une la dimensión subjetiva del precepto (sus derechos de libertad), con su dimensión objetiva, (la existencia de un proceso libre y plural de comunicación pública). El proceso es libre porque los derechos de libertad lo protegen frente a perturbaciones de terceros; y es plural porque el acceso está abierto a cualquiera. En principio todo y todos pueden acceder al proceso de comunicación pública, respetando los límites del art. 20.4 CE. Solo así la comunicación pública cumple con su función democrática de acuerdo con la Constitución española.

Toda la argumentación hasta aquí trazada se apoya en un determinado concepto de información. Lo que se pretende con el proceso de comunicación pública es que el individuo tenga garantizado que podrá conocer todas aquellas cuestiones de interés general, y se presume que es de interés general todo lo que es público. No se trata de que en el ámbito de lo público solo se discuta sobre aquello que se considera de interés general porque su contenido, las circunstancias del caso o las personas que intervienen en los hechos, contribuye a formar adecuadamente una opinión pública útil para la democracia por versar sobre cuestiones relativas a la gestión de la *cosa pública*. Nada hay en la CE que permita colegir semejante funcionalización del concepto de información constitucionalmente amparada en el art. 20.1 d) CE.

Las libertades de expresión e información no están al servicio de este proceso, no son libertades sirvientes. Ellas mismas son el sostén del proceso de comunicación pública en el que se satisface el derecho a recibir información. Por ello, toda opinión o toda información (veraz) están, en principio, protegidas en el art. 20.1 CE con independencia de su utilidad para la formación de la opinión



y voluntad colectivas. Lo capital en la Constitución es la libertad con la que quien así lo desee pueda opinar o informar o informarse, no aquello sobre lo que opina, informa o se informa, por cuanto el art. 20.1 CE tiene por objeto esas conductas, opinar, informar e informarse, y su libre realización, no la o una opinión o la o una información. El art. 20.1 CE garantiza derechos individuales, no instituciones jurídicas. La riqueza del proceso de comunicación pública y su utilidad para el sistema democrático radica en la libertad y apertura con la que acceden al proceso una pluralidad de opiniones e informaciones sobre asuntos diversos (sin perjuicio de que según el asunto pueda establecerse un canon más o menos intenso de protección cuando concurre con otros derechos o bienes constitucionales).<sup>23</sup>

La información para el sujeto pasivo de la comunicación pública es todo aquello que es accesible a cualquiera, todo lo que es público, pues lo que salva guarda el art. 20.1 d) CE es el acceso al proceso de comunicación para recibir los actos comunicativos que por el mismo circulan. Por tanto, a estos efectos, no es información solo lo que resulta del ejercicio del derecho a comunicarla, ni es

---

<sup>23</sup> Sin duda es la STC 192/1999 la que mejor ha definido que debe tenerse por asunto con relevancia pública: «Quienes tienen atribuida la administración del poder público son personajes públicos en el sentido de que su conducta, su imagen y sus opiniones están sometidas al escrutinio de los ciudadanos, los cuales tienen un interés legítimo, garantizado por el derecho a recibir información del art. 20.1 d) CE, a saber, cómo se ejerce aquel poder en su nombre. En esos casos, y en tanto lo divulgado o criticado se refiera directamente al ejercicio de las funciones públicas, no puede el individuo oponer sin más los derechos del art. 18.1 CE. Por el contrario, fuera de estos casos, y cuando lo divulgado o la crítica vertida vengan acompañadas de expresiones formalmente injuriosas o se refieran a cuestiones cuya revelación o divulgación es innecesaria para la información y crítica relacionada con el cargo público, es evidente que ese personaje es, a todos los efectos, un particular como otro cualquiera, que podrá esgrimir judicialmente su derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen. Con ello no se está diciendo que el personaje público carezca de protección constitucional frente a los injustificados ataques a su honor, a su intimidad personal o familiar o a su propia imagen. Como cualquier otro ciudadano, goza de la protección que a estos efectos le dispensa el art. 18.1 CE y, naturalmente, podrá hacer valer sus derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen frente a aquellas opiniones o informaciones que considere lesivas de los mismos. Por tanto, resulta fundamental en estos casos examinar con pormenor tanto el texto como el contexto de la información transmitida, analizando únicamente los datos objetivos que se desprendan de uno y otro» (FJ 7). «En este contexto, no debe soslayarse la circunstancia de que la noticia cuestionada se refiere, indudablemente, al señor Vázquez en su condición de alcalde. El Estado democrático de Derecho se realiza también a través de la garantía de un abierto, libre y plural proceso de comunicación pública en el que, entre otras cosas, se someta al escrutinio del conjunto de los ciudadanos lo que dicen y hacen aquellos que tienen atribuida la administración del poder público, garantía a la que sirve de forma capital el art. 20.1 CE. Es en ese debate público sobre el ejercicio del poder público, es decir, sobre los asuntos que son públicos porque afectan a todos los ciudadanos, y en el que en esta ocasión también intervino el alcalde de A Coruña, señor Vázquez, en defensa de la legalidad de lo hecho, mediante la nota publicada en la prensa regional aclarando diversos extremos sobre el expediente administrativo de renovación de la concesión del aparcamiento subterráneo a la empresa representada por el tercero en cuestión, donde se forma la opinión colectiva sobre quienes lo administran, lo que repercute en la misma formación de la voluntad del cuerpo electoral y en último término en la voluntad del propio Estado, que expresarán, justamente, aquellos que han accedido a un cargo público» (FJ 8). La STC 83/2002 (FJ 5) afirmó, reiterando lo dicho en la STC 115/2000 (FJ 9): «resulta decisivo determinar si nos encontramos ante unos hechos o circunstancias susceptibles de afectar al conjunto de los ciudadanos, lo cual es sustancialmente distinto ya sea de la simple satisfacción de la curiosidad humana por conocer la vida de otros, o bien de lo que a juicio de uno de dichos medios puede resultar noticioso en un determinado momento».

fuente de información solo quien informa a terceros. Información es todo lo que está difundido y ha ingresado en el ámbito de lo público.

Para el receptor, la difusión de un mensaje no implica su previa transmisión, sino que esté a su disposición. En cualquier caso, la fuente no define qué sea información para el receptor, sino que el receptor tiene derecho a informarse de todo aquello que sea accesible a cualquiera, con independencia de la fuente que lo contenga. Esto nos va a permitir establecer una presunción de suma importancia, todo aquello que sea público, accesible, es de interés para cualquiera, por tanto, es información que el receptor tiene derecho a recibir. La carga de la prueba se invierte, y ha de ser quien sostenga la no accesibilidad/publicidad de esa información quien deba enervar la aludida presunción.

La CE no condiciona el derecho a recibir información a que la información reúna ciertas cualidades. Es el receptor quien debe decidir sobre qué informarse, en eso consiste su derecho de libertad. El que el art. 20.1 d) señale que la información debe ser veraz solo pesa como un límite positivo para el emisor de información. No hay un derecho a recibir únicamente información veraz, ni tampoco un derecho a la verdad. La veracidad es una garantía del receptor. Este tiene derecho a que la información que recibe sea veraz. Una veracidad concedida en los términos en los que lo ha hecho el TC: como un canon de diligencia del informador.

Quien difunde conscientemente mensajes falsos, defrauda el interés del receptor en informarse correctamente y vicia la formación de su opinión y su consecuente participación en el proceso democrático. La divulgación de información no veraz perturba el proceso de comunicación pública y lesiona el derecho a recibir información veraz.

Así pues, del genérico derecho a ser informado, el derecho a recibir información del art. 20 garantiza el derecho de todo individuo a decidir libremente sobre su acceso al proceso de comunicación pública para recibir esa información. Además, garantiza el deber del Estado y de los particulares de no impedir ese acceso al proceso para recibirla. Junto a esta protección subjetiva, el derecho a recibir información actúa como garantía institucional del proceso libre y abierto de comunicación pública; esto es, del pluralismo informativo.<sup>24</sup>

El derecho a recibir información como un derecho de libertad protege la recepción de información frente a cualquier perturbación exterior. La protección es general y universal. Garantiza a cualquiera el acceso al proceso de comunicación pública, y un acceso en condiciones de igualdad. No se desprende de la CE la exigencia de algún tipo de cualificación para ser receptor de información, o de que su recepción esté en función de otra posición jurídica o del ejercicio de otro derecho. El derecho a recibir información se reconoce a todo individuo y no caben representaciones ni intermediaciones sustitutivas de nin-

---

<sup>24</sup> Sobre el asunto véase Artemi RALLO LOMBARTE, *Pluralismo informativo y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, en especial los cuatro primeros capítulos. También Francisco BASTIDA, *Pluralismo y medios de comunicación audiovisuales*, en «Democracia y medios de comunicación», Torno (coord.), Tirant lo Blanch/Institut de Dret Públic, Valencia 2002, pág. 65 y ss., y en ese mismo libro el de Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *Acceso a los medios de comunicación social privados y pluralismo informativo*, pág. 151 y ss.

guna clase; ni siquiera por los medios de comunicación social o los profesionales de la información.

Los derechos de público no son sinónimo de los derechos del cliente o del consumidor.<sup>25</sup> Del mismo modo que no cabe confundir el sistema democrático con la voluntad de la mayoría, tampoco es posible identificar los derechos de los ciudadanos a recibir libremente información veraz con la satisfacción de los gustos, las preferencias o los apetitos individuales. Lo que garantiza el art. 20.1 CE es la existencia de un proceso de comunicación pública en la que la libre y plural circulación de opiniones e informaciones hace posible que el individuo pueda satisfacer su interés en estar informado. Pero ni le garantiza que quienes intervienen en ese proceso tengan la obligación de satisfacer sus intereses, ni que en ese proceso circule aquella información que desea recibir. La garantía constitucional del proceso de comunicación no está sometida a la ley de hierro del modelo clientelar de comunicación mediática hoy imperante, aprisionado por los altos costes de las empresas mediáticas y la tiranía publicitaria. Como ha dicho reiteradamente el TC, en ninguno de los apartados del art. 20.1 CE se garantiza un remedo de derecho a la satisfacción de la curiosidad propia o ajena (SSTC 172/1990, 134/1999, 115/2000, 83/2002; STEDH, Caso News Verlag, 11 de enero de 2000).

Su objeto, como ya hemos dicho, es la recepción libre de información veraz por cualquier medio de difusión. La recepción consiste en el acceso a la información. Ese acceso puede llevarse a cabo con una recepción pasiva, donde el individuo es destinatario de lo que otros han transmitido, caso de quien enciende su receptor de radio o de televisión. Pero el acceso también puede realizarse con una búsqueda y obtención de información. Aquí el individuo es en este caso un receptor inquieto que pretende obtener aquella información puesta a disposición de cualquier interesado, como quien decide abonarse a una televisión por cable o acceder a un archivo público.

El derecho a recibir información, como derecho de libertad, garantiza al individuo que ni el Estado ni un particular, salvo que esté legalmente habilitado para ello, puedan impedir el acceso a la información y la elección del medio por el cual hacerlo. La lesión del derecho de libertad tanto puede producirla quien perturba la recepción pasiva de lo transmitido por un tercero, como si perturba la recepción activa, impidiendo el acceso a esa información disponible, o si su propia fuente incumple su deber de ponerla a disposición de cualquier interesado.

---

<sup>25</sup> Ilustra esta crucial diferencia una curiosa contienda entre las cadenas de televisión norteamericanas y la empresa que fabrica cierto tipo de video digital y sus compradores y usuarios. El aparato en cuestión permite grabar los programas elegidos por el telespectador omitiendo la grabación de las pausas publicitarias. A juicio de las cadenas de televisión los telespectadores incumplen su «contrato» con la cadena que les impondría la obligación de ver, y en su caso grabar, aquello que emite la cadena en su totalidad. De otro modo, dicen las cadenas de televisión, el cliente defrauda a la cadena y le «roba» [sic]. Las asociaciones de usuarios, y muy en particular la Electronic Frontier Foundation, ya han alzado su voz señalando, en primer lugar, que no existe tal «contrato», y que el telespectador sencillamente ejerce su derecho de elección. Asimismo, ha sido archivada la demanda que presentó sobre este particular la Paramount (Paramount vs. ReplayTV). Puede seguirse esta curiosa polémica en <http://www.eff.org/IP/Video>.

No se trata de un derecho de prestación, de un derecho a obtener información cuyo contenido sea el deber de un tercero de convertirse en medio de difusión y suministrar al demandante de información aquella que pretende. No es ni un derecho a ser informado o a estar informado, sino de acceso al proceso de comunicación pública y de elección en ese proceso de la información que se desea recibir. Pero, siendo un límite a las libertades de expresión e información de los emisores que concurren en ese proceso, no puede imponerles, ni a ellos, ni a quienes ni siquiera se ha accedido al proceso comunicativo, el deber de convertirse en fuentes de información, ya que en este caso se violaría su libertad negativa de expresión o información.

La protección del derecho a recibir información del art. 20.1 d) también se extiende a la elección del medio a través del cual acceder a la información. El medio de difusión es un instrumento de ejercicio del derecho a recibir información que consiste en toda fuente que contenga información accesible a cualquiera. Todo medio ha de tener un tratamiento igual y cualquier discriminación de un medio en favor de otro o su preterición por el Estado o los particulares supone una lesión en el derecho a recibir información por el medio que el receptor elija de entre los existentes. La disponibilidad del medio deriva de su mera existencia, y el ordenamiento jurídico, si acaso, podrá establecer que pese a existir no sean disponibles. Esto es así porque el precepto indica que la difusión y recepción de información podrá hacerse por cualquier medio. No obstante, no se trata de un derecho de prestación al medio. El receptor no puede obligar a que un tercero acceda al proceso de comunicación e informe ni a que se pongan a su disposición por el Estado fuentes que no tienen la obligación de difundir su información. En definitiva, hay un derecho a la disponibilidad de los medios existentes, pero no a la existencia de esos medios para satisfacer el deseo de recibir cierta información.<sup>26</sup>

El derecho a recibir información como garantía institucional del pluralismo: la garantía institucional del pluralismo deriva del déficit de protección del que adolece el derecho de libertad a recibir información. Como libre que es la recepción, es al individuo a quien le compete elegir sobre qué informarse y a través de qué medio. El derecho de libertad, para ser efectivo, requiere poder elegir libremente entre diversas opciones en igualdad de condiciones, entre las distintas informaciones accesibles y entre los diversos medios de difusión existentes. El derecho de libertad a recibir información no puede asegurar que exista el proceso en el que todas esas distintas opciones concurren en igualdad de condiciones, es decir, no puede asegurar que la comunicación pública se desarrolle como un proceso libre y plural en el que todos pueden participar y todo puede ser dicho, en

---

<sup>26</sup> Sobre la relevancia de la libertad de elección del medio para la satisfacción del derecho a recibir información es muy ilustrativo el caso de las «antenas parabólicas» (el derecho de los inquilinos a instalar antenas parabólicas en el exterior de su vivienda alquilada frente a la negativa de su propietario) resuelto por el Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante, BVerfG). Sobre este curioso asunto véase Ignacio VILLAVARDE, «Actividad informativa y derecho privado», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 10, 1996, págs. 219 y ss., en especial págs. 226 y ss. Véase también Josef MEHRINGS, *Die Parabolantenne - eine unendliche Gesichte?*, Neue Juristische Wochenschrift, Hf. 35, 1997, págs. 2273 y ss.

los límites del art. 20.4, generando esa pluralidad de opciones que permiten al individuo hacer efectiva su elección y, por consiguiente, su derecho a recibir información. La garantía institucional del pluralismo actúa, pues, como salvaguarda de la apertura y libertad del proceso, vital para la democracia, vinculando al Estado y a los particulares a su respeto.

No quiere decirse con ello que la garantía institucional lo sea de un óptimo pluralismo, entendido este como una óptima concurrencia real de mensajes y fuentes de información en la comunicación pública. El pluralismo garantizado consiste en la apertura del proceso, dentro de los límites del art. 20.4, a cualquier individuo o mensaje, lo que indudablemente tendrá como consecuencia la concurrencia de mensajes diversos. Pero los derechos de libertad que garantizan ese acceso al proceso de comunicación pública no tienen como fin lograr una concurrencia óptima.

La garantía institucional vincula al Estado al proceso de comunicación pública de forma positiva, imponiéndole deberes de protección del derecho a recibir información que pueden consistir en su defensa frente a los particulares, imponiéndoles límites a sus derechos fundamentales, o en su promoción estableciendo las condiciones necesarias para que el acceso a la información sea efectivo (infraestructura en comunicaciones, la propia participación del Estado en el proceso de comunicación pública como un emisor más, etcétera).

Pero también la garantía institucional impone un límite infranqueable a esa acción positiva del Estado que viene a completar su deber de abstención derivado del derecho de libertad a recibir información. Su acción positiva no puede perturbar la libre elección del receptor sobre la información que desea recibir ni sobre el medio empleado para informarse. Ni tampoco puede sustituir a los derechos de libertad de expresión y a comunicar información, premisas del proceso de comunicación pública, en la producción del pluralismo que hace efectivo el derecho a recibir información.

#### **IV. ¿Qué hay de nuevo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional?**

Lo cierto es que nada nuevo hay en la jurisprudencia reciente del TC sobre este asunto, a pesar de que mucho ha cambiado desde 1997 la doctrina del TC sobre la libertad de expresión.<sup>27</sup>

En efecto, el TC ha llevado a cabo un sutil pero intenso cambio en su jurisprudencia sobre el art. 20.1 CE en los casos de conflicto con otros derechos fun-

---

<sup>27</sup>Tampoco la jurisprudencia comparada ofrece novedades. Ni la SctUS (acaso la Sentencia en el caso *Turner Broadcasting System vs. FCC*, 114 Sct.US 2445 (1994); ni el BVerfG (Decisiones de 24 de enero de 2001, 1BvR 2623/95 y 622/99 sobre radiotransmisión de vistas judiciales, la de 17 de diciembre de 1999, 1BvR 1611/99 sobre la publicación de un libro en el que se hacían afirmaciones comprometedoras acerca del pasado de un diputado federal; la de 11 de noviembre de 1997, 1BrV 1/91, relativa a la retransmisión de acontecimientos de interés general); ni el TEDH, con la excepción de las Sentencias de 25 de agosto de 1998 en el Caso Hertel sobre la prohibición judicial en Suiza a un científico de que afirmase públicamente que el uso de microondas podía perjudicar la salud; y de 11 de enero de 2000, Caso News Verlag, en el que se llega a decir que el derecho a ser informada de la colectividad puede llegar a imponer el deber de informar sobre asuntos de relevancia pública.

damentales (no así respecto de su doctrina sobre creación de medios de comunicación que sigue detenida en la doctrina sentada en las SSTC 206/1990, 127/1994). De un lado, ha afirmado que en estos supuestos el TC ejerce una auténtica jurisdicción revisora de lo decidido por los tribunales ordinarios, no limitando su juicio al mero examen de la razonabilidad de la «ponderación» judicial de los derechos fundamentales concurrentes (SSTC 200/1998, 134/1999, 115/2000, 49/2001, 46/2002, entre muchas). De otro lado, el TC ha hecho un ímprobo esfuerzo por clarificar su canon. Primero distinguiendo entre la vía civil y la penal; más restrictiva esta que la otra. En segundo lugar, abandonando el canon de la preponderancia, y sosteniendo que en los casos en los que información y opinión se conciten en un mismo texto o en unas mismas palabras, ya no se debe estar a la finalidad del mensaje o a que elemento prepondera más para aplicar el canon del apartado a) o el del apartado d), sino que debe aplicarse uno u otro según se trate de expresiones de juicios subjetivos y de valor o de narraciones de hechos. Luego subrayando que solo pueden ser objeto de protección constitucional aquellas opiniones que no sean formalmente injuriosas o innecesarias y las informaciones veraces; pero advirtiendo que por el hecho de que una opinión o una información no sean objeto de la garantía del art. 20 no por ello lesionan los otros derechos fundamentales con los que supuestamente han colisionado (STC 180/1999, 192/1999). Por último, el TC ha elaborado una interesante doctrina sobre el error informativo (STC 192/1999), profundizado en la de los personajes públicos distinguiendo los que lo son propiamente por gestionar directa o indirectamente la cosa pública (STC 192/1999) de los denominados «personajes con notoriedad pública» (STC 134/1999), y aquilatando la del «reportaje neutral» (SSTC 134/1999 y 76/2002). Pero quizá lo más llamativo de estos últimos años ha sido el evidente abandono de la interpretación institucional de la libertad de expresión. Ya no forma parte del canon para determinar el objeto del art. 20 CE examinar si la opinión o la información enjuiciadas contribuyen o no a la formación de la opinión pública libre. El que así lo hagan al versar sobre asuntos con relevancia pública (definidos en la STC 192/1999) será una circunstancia más a tener en cuenta para medir la proporcionalidad de la injerencia en los derechos fundamentales ajenos y constatar si el ofendido tiene o no el deber de soportarla, actuando la libertad de expresión como un límite a sus derechos fundamentales.

Estos son solo algunos ejemplos de ese nuevo rumbo trazado por el TC en estos últimos años. Pero este esfuerzo no ha tenido reflejo alguno en la doctrina del derecho a recibir información, a pesar de que ocasiones ha tenido para hacerlo.

Recordemos lo que sostuvo el TC hasta mediados de los años noventa del siglo pasado.

Para el TC y la mayoría de la doctrina española la mención literal del derecho a recibir información en el art. 20.1 d) parece subrayar que la diferencia entre el apart. a) y el d) del precepto estriba en que este último fundamenta su tutela constitucional en la satisfacción del interés colectivo en la información, principio positivizado y objetivado en el derecho a recibir información del precepto, lo que le dota de un valor y posición preferentes en el ordenamiento jurídico. El apart. a) reconoce ante todo un derecho de libertad con el que dar satisfacción al

interés predominantemente individual en expresarse con libertad. Sin embargo, el interés colectivo en la información, que fundamenta la garantía del derecho a comunicarla como un derecho fundamental, hace que se conciba este derecho como una libertad al servicio de la institución que objetiva aquel interés: la opinión pública libre. Si no se satisface ese interés en la información, es decir, si no se contribuye a la formación de la opinión pública libre, se pierde la protección constitucional porque se abusa o se simula ejercer una libertad cuando en realidad se ejecuta una actividad distinta que carece de garantía constitucional. Sucede, que la formación de la opinión pública no se presenta como un proceso formal de concurrencia de diversas opiniones o informaciones (funcionalización procesal), sino como un criterio valorativo, pues esa opinión pública solo se forma si se le comunica un determinado tipo de información (funcionalización axiológica), la única capaz de generar pluralidad, lo que lleva a un análisis funcional-valorativo de la libertad de información. Esta libertad no solo contiene un derecho de quien informa, también su deber de hacerlo como exige la constitución, porque solo así se satisface el interés colectivo protegido en el art. 20.

De ahí la ambivalencia del derecho a comunicar información. Por un lado, quien informa debe hacerlo en libertad, porque solo así se obtiene una información libre capaz de satisfacer el interés colectivo en la información, que por supuesto, es un interés sobre esa información libre. Por eso se protege al emisor de información de injerencias externas en su conducta comunicativa. Por otro lado, también debe protegerse a la información del sujeto que la comunica con el fin de impedir su adulteración. En realidad, la información se transforma a manos del TC en un valor al que debe someterse quien desea informar a terceros, y no el mero producto de la comunicación. La libertad de informar actúa, pues, *ad extra* frente a terceros para proteger al informante. Pero también actúa *ad intra*, ya que esa libertad se convierte en una exigencia para el informante, porque la libertad se le impone como un valor a respetar sobre su acto comunicativo, que él mismo debe proteger frente a terceros. Hay un deber de comportarse de cierto modo para entender que en efecto se comunica información libre. Si quiebra alguno de estos aspectos se está defraudando el interés de todos en ser informados sin manipulaciones y engaños.

Este es el núcleo del modelo dogmático del instituto de la opinión pública libre que ha mantenido el TC hasta 1997. De ese instituto, que objetiva la protección del interés colectivo en la información, se hacen derivar las posiciones jurídico-subjetivas de los sujetos que intervienen en la comunicación y circulación de la información, puestas al servicio del «derecho a ser informada» de la colectividad.

La mención constitucional del derecho a recibir información tendría como función hacer explícita la necesaria garantía de este interés colectivo como núcleo de la dimensión objetiva del derecho a comunicarla. La identificación que el TC hace de la colectividad como sujeto del derecho a recibir información del art. 20.1 CE (STC 105/83 FJ-11.º; STC 168/86 FJ-2.º; STC 6/88 FJ-5.º) parece avalar la reducción del contenido y ámbito del derecho a recibir información a la garantía institucional de la satisfacción de ese interés colectivo (STC 197/91, sobre todo en el FJ-4.º). A juicio del TC, el derecho a recibir información es una

«redundancia» del derecho a comunicarla (STC 6/81 FJ-4.º), que opera como una garantía objetiva del interés colectivo en una adecuada información (SSTC 159 y 168/86).

Para el TC no hay comunicación sin un receptor del mensaje (STC 6/81 FJ-4.º); aunque, no por esto, la posición jurídica del receptor haya de ser garantizada con el reconocimiento de un derecho subjetivo individual. Pese a que el TC tenga en ocasiones por derechos de libertad el derecho a recibir información y el de informar (STC 6/81 FJ-4.º, STC 220/91 FJ-4.º), y califique en una de sus primeras sentencias al derecho a recibir información de «redundancia» del derecho a comunicarla «cuya inclusión en el texto constitucional se justifica, sin embargo, por el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social» (STC 6/81 FJ-4.º), el Tribunal no deriva de esto legitimación o acción procesal individual alguna, y la afirmación del carácter de derecho de libertad se hace por oposición a la de derecho de prestación, precisamente para negar la existencia de este. En la STC 13/85, donde la declaración de secreto de un sumario motiva el secuestro judicial de un reportaje gráfico y donde, además, el Tribunal considera directamente lesionado el derecho a recibir información del individuo, no afirma que este tenga acción judicial alguna para proteger su derecho a recibir esa información. En los asuntos «Vinader» (STC 105/83) o «Egin» (STC 159/86) el TC utiliza el interés colectivo en la información como argumento para establecer los lindes del derecho a informar, pero no solo no menciona el derecho a recibir información como derecho subjetivo, sino que alude al apart. d) como un único derecho: el de comunicar y recibir información.

En la interpretación del apart. d) del art. 20.1 CE que hace el TC a la luz del doble carácter de los derechos fundamentales en un Estado democrático y social de Derecho (son a un tiempo derecho individual –dimensión subjetiva– y elemento esencial de la democracia –dimensión objetiva–), se acentúa la dimensión objetiva de la libertad de información en detrimento del aspecto subjetivo de los derechos a informar y a recibir información. El motivo debe buscarse en el fin que el TC presupone garantizado en el apart. d) del art. 20.1 CE y que diferencia e independiza su garantía de la libertad de expresión del apart. a) del citado precepto: la satisfacción del interés colectivo en la información, condición necesaria de toda democracia (STC 105/83 FJ-11.º). Este interés delimita los derechos a comunicar y recibir información que ven funcionalizado su ejercicio como consecuencia del concepto de información utilizado por el TC. Concepto inspirado a su vez en la función democrática que estas libertades deben desempeñar, cuya consecuencia es la de acoger bajo la protección constitucional toda actividad comunicativa que a su juicio haya contribuido a la formación de la opinión pública libre, reconociendo en ella un fin informativo.

Se trata, en definitiva, de la denominada por el TC «función institucional» del apart. d) del art. 20.1 CE (STC 20/90 FJ-4.º; 171/90 FJ-5.º).

Esta protección central del interés colectivo en la información, que es uno de los aspectos de la garantía de la formación y existencia de una opinión pública, es lo que parece unificar en un solo derecho la comunicación y la recepción de información, privando de entidad propia dentro del párrf. 1.º del art. 20 al derecho



a recibirla, situación que se subraya por la ambigüedad de los pronunciamientos del TC sobre la dimensión subjetiva de este derecho.<sup>28</sup> Para el Tribunal ambas posiciones jurídicas, la del informador y la del receptor de información, son las dos caras de una misma moneda; en este caso, de un mismo derecho que sirve a la garantía de un «interés constitucional» protegido por el art. 20.1 CE, la formación y existencia de una opinión pública (STC 159/86 FJ-6.º). Este principio presupone el derecho de los ciudadanos a contar con una amplia y adecuada información respecto de los hechos que les permita formar sus convicciones y participar en la discusión relativa a los asuntos públicos (FJ-8.º). De tal manera que el TC afirmará en ocasiones reiteradas que quien no informa de acuerdo con las exigencias constitucionales del ejercicio del derecho a comunicar información, está defraudando «el derecho de todos a la información» (SSTC 6/88 FJ-5.º; 107/88 FJ-2.º; 171/90 FJ-8.º; 172/90 FJ-3.º; 197/91 FF.JJ.-3.º y 4.º; 40/92 FJ-2.º; 123/93 FJ-4.º; AATC 5/1992, 70/1992). No obstante, las referencias que hace al mismo se enmarcan en la garantía institucional de la opinión pública y a la sombra del derecho a informar, sin dejar claro si la «facultad de cada persona y de la entera colectividad de acceder libremente al conocimiento, transmitido por los medios de comunicación, de los hechos de relevancia realmente acaecidos», que menciona su STC 168/86 FJ-2.º, alberga un derecho subjetivo individual.<sup>29</sup>

No obstante, en ocasiones el TC parece dotar al derecho a recibir información de una cierta autonomía y de un contenido subjetivo. Así la STC 168/86 en su FJ-2.º habla de la existencia de dos derechos distintos contenidos en el apart. d) del art. 20.1 CE, no solo los somete al «interés de todos en conocer los hechos de actualidad», sino que los concreta en «la libre comunicación y recepción de información veraz», para acabar diciendo en su FJ-3.º que:

El derecho a recibir una información veraz es de este modo un instrumento esencial en el conocimiento de los asuntos que cobran importancia en la vida colectiva, y que, por lo mismo, condicionan la participación de todos en el buen funcionamiento del sistema de relaciones democráticas auspiciado por la Constitución, así como el ejercicio efectivo de otros derechos y libertades. O en la STC 127/1994 (FJ 4B) lo califica de derecho de libertad.

---

<sup>28</sup> La tendencia al tratamiento unitario del contenido del párrf. d) del art. 20,1 CE como si de un solo y único derecho se tratara, ya detectada en la STC 6/81 y continuada en SSTC como la 12/82 FJ-3.º, o la 105/83 FJ-11.º que habla de «un doble derecho» de libertad, es un claro ejemplo de la confusión del TC sobre el contenido del derecho a recibir información, pues hay sentencias, como la propia STC 6/81 FJ-4.º, donde tanto habla de dos derechos distintos como de un solo derecho, así, las SSTC 168/86 FJ-2.º y 64/89 FJ-2.º; o sentencias como la STC 13/85 FJ-2.º y 3.º, que lo define como situación jurídica subjetiva propia de los derechos fundamentales, y diversa a la del derecho a informar, o la STC 220/91 FJ-4.º. Véanse, no obstante, otras sentencias en las que se trata al derecho a recibir información como un derecho individual, así las SSTC 12/82 FJ-3.º, 30/82 FJ-4.º, 74/82 FJ-2.º, 13/85 FJ-3.º, 159/86 FJ-8.º, 168/86 FJ-2.º, 6/88 FJ-5.º, 206/90 FJ-6.º, 143/91 FJ-4.º, 220/91 FJ-4.º. Consúltense el voto particular de RUBIO LLORENTE a la STC 153/85, donde se afirma que el art. 20,1 contiene distintos derechos autónomos entre sí.

<sup>29</sup> Así, esa dimensión objetiva e institucional del derecho a recibir información se pone de manifiesto cuando el TC estriba el fundamento constitucional del derecho de réplica en el derecho a recibir información (STC 190/1996, FJ 5).

Es cierto que el Tribunal no ha tenido apenas ocasión de resolver casos de supuesta vulneración directa del derecho a recibir información del apart. d) del art. 20.1 CE. Y las pocas ocasiones en las que ha tenido ocasión de hacerlo, simplemente no lo ha hecho.<sup>30</sup> Al final, las referencias del TC al interés colectivo en la información o al derecho a recibir información están ligadas a la veracidad (así parece hacerlo la STC 199/1999, la primera y hasta hora única Sentencia sobre la cláusula de conciencia de los periodistas).

En efecto, el TC ha ligado la falta de veracidad de la información con el derecho a recibir información en los siguientes términos:

Cuando la Constitución requiere que la información sea «veraz» no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas –o sencillamente no probadas en juicio– cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como «hechos» haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado (STC 6/1988, FJ 5 y en reiterada jurisprudencia que excusa toda cita).

La cuestión que plantea esta doctrina, que está latente en ella, pero sobre la que el TC nunca ha dicho nada, es saber si esa afirmación, ese ligamen entre veracidad de la información y derecho a la información encierra el reconocimiento de un *derecho a la verdad* como facultad del derecho a recibir información. ¿Puede el ciudadano reclamar contra un medio de comunicación que ha publicado información mendaz (es decir, no comprobada diligentemente en los términos exigidos por el TC, –STC 28/1996–), aunque esa información no le afecte ni directa ni indirectamente?

No es una cuestión de fácil respuesta. El TC parece encuadrar ese ligamen más bien en la dimensión objetiva del derecho de todos a la información. No obs-

---

<sup>30</sup> Este es el caso de la STC 119/1996, en la que unos reclusos invocaban su derecho a poseer en su celda una televisión para ejercer su derecho a recibir información, el TC ni siquiera abordó este alegato; y el ATC 79/1999, en el que se impugnaba la resolución del director de un centro penitenciario por la que se le retenían a un recluso unas publicaciones que le fueron enviadas por correo. En este último caso señaló el TC (FJ 4): «Además de lo anterior, es de advertir que el art. 20.5 CE no contiene, por sí solo, un derecho fundamental protegible en amparo sino una garantía en la protección de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 20 CE, y que los titulares de tal derecho fundamental (el del art. 20.5 CE) no lo son los destinatarios de la obra o publicación que se dice secuestrada –el ahora demandante– sino sus autores o distribuidores (SSTC 53/1983 y 176/1993). Concretamente, en lo que al derecho a recibir información veraz se refiere [art. 20.1 d) CE], se trata de un derecho dirigido a los ciudadanos en general al objeto de que puedan formar sus convicciones, ponderando opiniones divergentes, e incluso contradictorias, para que puedan participar así en la discusión relativa a asuntos públicos (STC 220/1991), pero el derecho no supone, obviamente, la correlativa obligación de toda persona física o jurídica de suministrar información de cualquier tipo a todo el que la solicite (ATC 560/1983). La invocación del art. 20.1 d) CE carece, por tanto, de una fundamentación válida, ya que, al hacerlo, el recurrente olvida que el derecho de recibir información veraz que garantiza el precepto constitucional es un derecho de libertad, que no consiente ser convertido en un derecho de prestación como aquel pretende». Algo pudo haber dicho también en la STC 52/1995 relativa a los límites a la difusión postal de revistas para adultos y pornográficas, o en los AATC sobre el conflicto entre las plataformas de televisión digital, AATC 26 y 80 de 2001, y la frustrada fusión radiofónica, ATC 101/2001.

tante, la mendacidad informativa, la falta de diligencia en la transmisión de información, lesiona el derecho a recibir información, porque lo es a recibir información veraz. Por ello, cuando el medio de comunicación o el informador mienten o incurrir en errores contumaces, lesionan el derecho de los receptores de esa información a recibir información diligentemente comprobada. En este caso, el daño está en la lesión del derecho fundamental, por lo que no se necesita acreditar que la información se refiera o haya afectado de forma alguna al receptor quejoso.

Aunque no quepa probar daño alguno en la esfera jurídica o patrimonial del receptor de información, no por ello la sentencia que declare la lesión de su derecho será un fallo meramente declarativo. La estimación de la reclamación puede aparejar, es más, debería aparejar, la obligación del medio de comunicación de publicar la Sentencia, al menos su fallo, e idénticas condiciones a las contempladas para el caso de las rectificaciones. Además, cabría imponer al medio o al informador la obligación de corregir expresamente la información mendaz (lo que no tiene que hacer en el caso de la rectificación tal y como se regula este instituto en el derecho español).

Estas medidas, y la existencia misma de un derecho a la verdad quizá sea una forma de exigencia de responsabilidades a los medios de comunicación por sus negligencias informativas más eficaz y conforme con el principio de pluralismo informativo que la instauración de un régimen de responsabilidad objetiva por los errores informativos que otros parecen reclamar.<sup>31</sup> Pero, en fin, esto es ya otro asunto.

---

<sup>31</sup> Sobre el derecho a la verdad, Ignacio VILLAVARDE, *Los derechos del público*, cit. págs. 78 y ss. Véase de P. SALVADOR CODERCH, y su equipo, en sus libros *El mercado de las ideas*, *El Derecho de la Libertad*, ambos publicados en el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990 y 1993 respectivamente. También del mismo autor con CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir y castigar*, Tecnos, Madrid, 1997. De Fernando PANTALEÓN, «La Constitución, el honor y el espectro de la censura previa», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 10, 1996, págs. 209 y ss.