

DEMOCRACIA E LIBERDADES DA COMUNICACIÓN

ENRIQUE GÓMEZ- REINO

Catedrático de Dereito Administrativo da Universidade
de Santiago de Compostela.

As hoxe coñecidas como liberdades da comunicación son o sustento do sistema democrático. Non existe democracia sen comunicación libre. As liberdades da comunicación recobren unha ampla gama de liberdades, como máis adiante teremos a oportunidade de precisar. A este respecto, España, e en concreto a súa Constitución de 1978, é un bo exemplo disto, como estudaremos máis tarde.

En efecto, imos reconstruír sucintamente o longo período que parte da Revolución Francesa e, no noso país, das chamadas Cortes de Cádiz (1808-1812) ata chegar á situación actual, na cal nos encontramos cunha organización supranacional de ámbito rexional, coñecida co nome de Unión Europea, que dentro de moi pouco tempo terá a súa primeira Constitución, na cal se vai integrar a chamada *Carta dos Dereitos Fundamentais da Unión Europea*, aprobada en Niza o 7 de decembro de 2000.

A Constitución española abriu o espectro da liberdade no ámbito da comunicación dunha forma impresionante e sen parangón nin na nosa tradición histórica constitucional nin na práctica totalidade daqueles outros países da nosa contorna cultural. Así, a liberdade clásica de expresión a través, primeiro, da prensa, e logo de calquera medio de difusión foi completada cun novo abano de dereitos fundamentais tales como a liberdade de informar (*ius narrandi*), o dereito a recibir información, a cláusula de conciencia, o segredo profesional, o dereito de antena e o tamén dereito de acceso aos rexistros e arquivos administrativos.

Ademais deste dobre carácter innovador, nun sentido cuantitativo –recoñecemento de novos dereitos– e cualitativo –dereitos que expresan o valor normativo máis xenuíno, depurado e eficaz da Constitución– esta recupera tamén a dimensión primaria política da liberdade de expresión, e da liberdade de prensa en particular, dos pais fundadores do

constitucionalismo. A Declaración de Dereitos do Bo Pobo de Virxinia, do 12 de xuño de 1776, dicía que a liberdade de prensa é un dos grandes baluartes da liberdade e non pode ser restrinxida (terceira xeración dos dereitos do home» ,BRAIBANT, LENOIR, HOLLEAUX e MAISL). Dita libertade goza hoxe de gran predicamento tanto no dereito comparado (países nórdicos, Francia e Estados Unidos) coma no dereito internacional rexional e moi principalmente no seo do Consello de Europa, e isto debido a que a satisfacción deste dereito exige un principio de publicidade ou transparencia da actividade do Estado imprescindible nun sistema democrático. Neste sentido afirmou WENNERGAEN, deputado *Ombudsman* sueco, que «cando o Goberno obra con publicidade, os funcionarios están ansiosos de cumprir coas súas obrigas, e os cidadáns, como compensación, mellor preparados para lle depositaren a súa confianza. A mera existencia da regra da publicidade purifica o ambiente.»

Este principio de publicidade da actividade pública encontra límites precisos na tutela de dúas categorías de intereses: públicos e privados. En relación cos intereses públicos a publicidade encontra unha barreira no chamado segredo oficial, e en relación cos particulares, no respecto do dereito á intimidade –a privacidade dos países anglosaxóns–, facilmente vulnerable mercé ao desenvolvemento impresionante que alcanzou a tecnoloxía. De aí que a propia Constitución prevexa a regulación do «uso da informática para garantir o honor, e a intimidade persoal e familiar dos cidadáns e o pleno exercicio dos seus dereitos» (artigo 18.4).

Unha vez adquirida a información a través das distintas fontes tanto públicas como privadas, a Constitución garante, como xa acabo de sinalar, a liberdade de comunicar a dita información, que se diferencia da liberdade de expresión polo obxecto. Mentres que nesta o obxecto o constitúen os «pensamentos, ideas e opinións», a primeira das liberdades refírese exclusivamente á información, ben *stricto sensu*, ben con relación a ideas ou opinións. Pero a información garantida na norma constitucional só se circunscribe á verdadeira. Non entran, polo tanto, baixo a garantía os feitos non verdadeiros, nin a ideas ou aquelas noticias falsas acerca de feitos verdadeiros, nin tampouco aquelas informacións que, aínda sendo veraces, afecten o honor ou intimidade persoal e familiar. A liberdade de informar encontra, por último, tamén un límite no dereito á presunción de inocencia.

É conveniente recordar que as liberdades de expresión e o seu corolario, a liberdade de informar, alumean recentemente novas perspectivas e garantías, ás cales me referirei a continuación. Estas liberdades non responden xa unicamente nin con exclusividade á concepción clásica de dereitos públicos subxectivos integrados no chamado por G. JELLINEK *status negativus*. É certo que non se pode prescindir de tal natureza xurídica pois aqueles dereitos son antes que nada dereitos públicos subxectivos ou, se se quere, dereitos de protección (*Abwehrrecht*), ou dereitos defensivos (*Unterlassungsrechte*), tendentes a un *non facere* do Estado. en Francia a liberdade de expresión foi cualificada no artigo 11 da Declaración dos Dereitos do Home e do Cidadán de 1789 «como un dos dereitos máis prezados do home». No noso país hoxe, igual que onte en Cádiz, a liberdade de expresión cumpre a función de «freo da arbitrariedade dos que gobernan» (preámbulo do Decreto IX, do 10 de novembro de 1810). A censura pública, como recordaba tamén FLÓREZ ESTRADA un ano despois, «só pode incomodar o home criminal, o xuíz arbitrario, o goberno despótico, cuxas operacións son sempre escuras e aborrecen a luz. A verdade e a xustiza xamais temen descubrir a cara.»

Nesta dimensión política a liberdade de expresión móvese, pola súa vez, dentro dunhas marxes moi amplas de crítica, como así o afirmou o Tribunal de Garantías Constitucionais da II República española ao recordar que é lícita «unha crítica da situación do Goberno, propia da prensa política, que se axusta en cada caso aos modos peculiares de cada órgano xornalístico, facultade da Prensa que non cabe descoñecer nin dificultar dentro dun réxime amplamente popular e democrático, asentado sobre a liberdade de expresión do pensamento» (S. do 13 de febreiro de 1935).

Pero tal liberdade de expresión debe, así mesmo, ser respectuosa coas minorías, pois, como subliñou STUART MILL, apurando o argumento ata os seus límites, «se toda a humanidade, menos unha persoa, fose da mesma opinión e esta persoa fose de opinión contraria, a humanidade sería tan inxusta impedindo que falase como ela mesma o sería se tendo poder bastante impedise que falase a humanidade».

A liberdade de expresión, como garante dun marco de confrontación de ideas ou opinións, presume a erradicación do delito de opinión, segundo o proverbio liberal revolucionario de que as ideas non delinquen, só delinquen os feitos; aínda que é certo que con frecuencia se

puido constatar a través da historia que a persecución do delito de calumnia ou difamación encubriu verdadeiros procesos de opinión.

Como liberdade distinta da liberdade de expresión a nosa Constitución ampara tamén a liberdade de informar, que implica, desde o punto de vista lóxico, dúas actividades ou liberdades distintas: a busca ou acceso á información e a libre comunicación desta. A primeira delas conéctase no ámbito do público co dereito de acceso aos arquivos e rexistros administrativos reconecido por primeira vez na lei sueca de rango constitucional sobre a liberdade de prensa de 1776. Este novo dereito, constitúe, primariamente, un dereito de liberdade «polo que basicamente significa ausencia de interferencias ou de intromisións das autoridades estatais no proceso de comunicación» (S. do 31 de marzo de 1982), criterio reafirmado polo propio Tribunal, polo que respecta á liberdade de informar, nos seguintes termos: «como dereito de liberdade, concrétese e satisfáise nun comportamento do seu titular consistente na realización daqueles actos en que o propio dereito consiste, e que a lesión directa se produce en todos aqueles casos en que tal comportamento –os actos de comunicación e de difusión– se ven impedidos por vía de feito ou por unha orde ou consignación que supoña un impedimento para que a información sexa realizada» (STC n° 105/1983, do 23 de novembro).

Neste sentido, a liberdade de prensa, por exemplo, configuraríase como o resultado dun proceso de competencia no mercado entre unha pluralidade de órganos informativos que concorren libremente. Así pois, ao non existir ningunha traba xurídica para o exercicio desta liberdade, «a fundación dun xornal non impide obviamente a existencia de todos os demais xornais posibles» (STC do 31 de marzo de 1982).

Agora ben, este criterio cuantitativo ou formal segundo o cal existe liberdade porque hai moitos diarios ou, se se quere tamén, moitas radios privadas ou, mellor dito, radios xestionadas por particulares, non fai máis que constatar que este pluralismo é aparente, que serve só de testemuña dunha liberdade mutilada. Abonda lembrar, e o noso país non constitúe unha excepción, que a prensa de esquerdas, ou simplemente progresista, é testemuñal e marxinal, cando non marxinal.

Esta realidade, é o froito, nas sociedades capitalistas avanzadas, do fenómeno da concentración, sobre o cal non me vou estender, aínda que si quixera lembrar brevemente

algúns datos significativos. En Francia, en 1946, existían 203 xornais, dos cales 28 eran nacionais e 175 de provincias; en 1971 a cifra redúcese a 102, e en 1983, a 84, dos cales 11 eran nacionais e os 73 restantes de provincia, e era o grupo editorial Hersant o que controlaba o 40 por 100 do total da difusión dos xornais nacionais; en Gran Bretaña, nun período de dez anos desapareceron 70 xornais de provincias, e no noso país en 1912 tiñamos 309 xornais, en 1935 a cifra baixa a 165, e en 1984 temos 108. É evidente que o dereito de todos a poder fundar un periódico se converteu no privilexio duns poucos. A liberdade de prensa é un luxo, e non pasaxeiro, como se podería crer, pois xa en 1848 LAMENNAIS se lamentaba de que «fai falta ouro, moito ouro, para gozar do dereito de falar. Nós non somos ricos. Silencio aos pobres.»

Esta vella idea de identificar os dereitos fundamentais co dereito de propiedade, que arrinca do primeiro pensamento liberal francés (MIRABEAU, MERCIER DE LA RIVIÈRE, DÉPONT DE NEMOURS, TURGOT, etc.) e que será retomada máis tarde, entre outros, polo gran xurista HAURIOU, para o cal as liberdades individuais «son dereitos que tenden a presentarse baixo a forma dunha propiedade», comezou a quebrar, non sen grandes resistencias por parte dos propietarios dos medios de comunicación. Cuestionar o seu poder no seo da empresa é cuestionar o seu dereito de propiedade. Por iso, entenden que nun sistema democrático o que lle está vedado ao Estado (por exemplo, a censura previa, art. 20.3 CE) se converte nunha facultade derivada do seu dereito de propiedade. Así, o que eufemisticamente se cualifica como selección de noticias, tratamento destas, temas tabú, etc., non é outra cousa que unha forma de censura privada, que se exerce con normalidade, e con toda a normalidade. A liberdade de prensa necesita, pois, hoxe unha garantía suplementaria fronte ao propio empresario. Neste sentido «a situación actual da prensa – escribía en 1955 o profesor francés R. PINTO– é o resultado da súa estrutura orgánica [...] a afirmación da liberdade de expresión contra a prensa constitúe unha necesidade nova [...] é necesario engadir ao aspecto negativo tradicional un elemento positivo: realizar unha organización de prensa que non paralice a liberdade de expresión»; máis recentemente, no chamado Informe Vedel sobre a situación da prensa francesa, que foi aprobado por case unanimidade polo Consello Económico e Social o 23 de marzo de 1979, insistíase en que «a independencia da prensa debe ser asegurada fronte ao poder político, fronte ao estranxeiro e con relación aos poderes financeiros.

Aquela non significa que unha empresa xornalística deba vivir sen capital nin rendemento, nin deba escapar ás leis da economía. A independencia implica que nin o persoal das

empresas nin os lectores poidan ser negociados como mercadorías e que as transaccións sexan transparentes e, chegado o caso, controladas.» Liberdade de prensa, en definitiva, fronte ao poder, pero tamén fronte ao diñeiro. A este dobre aspecto da garantía da liberdade refírese a doutrina máis recente cando distingue a liberdade fronte ao Estado, liberdade externa de prensa (*Aussere Pressefreiheit*, na expresión alemá) ou liberdade de prensa (*liberta de stampa*, segundo a expresión fixada pola doutrina italiana), da liberdade interna de prensa (*Innere Pressefreiheit*) ou liberdade da prensa (*liberta della stampa*). Distinción e garantía que, na miña opinión e cos matices necesarios, nos cales non poden nestes momentos, podería facerse extensiva ao resto dos medios privados de comunicación social (radio e televisión nas súas diversas modalidades técnicas).

Ao noso Tribunal Constitucional tampouco lle pasou desapercibida esta nova dimensión interna da liberdade ao afirmar con claridade meridiana que «tanto se viola a comunicación libre ao poñerlle obstáculos desde o poder como ao poñerlle obstáculos desde os propios medios de difusión» (S. do 31 de marzo de 1982).

Esta garantía da liberdade interna reviste, como poderá observarse, unha gran transcendencia, porque nunha sociedade como a nosa, na cal o individuo se encontra fortemente mediatizado polas chamadas formacións sociais intermedias, son frecuentes as vulneracións dos seus dereitos fundamentais, e, normalmente, en termos non comparables coas intromisións dos poderes públicos. Por iso, no noso Estado social de dereito as liberdades de expresión e de informar, na súa dimensión subxectiva, vinculan, conforme unha interpretación sistemática do artigo 53.1 en relación co 9.1 da CE, non só os «poderes públicos» senón tamén os propios «cidadáns», é dicir, non só teñen unha eficacia vertical, isto é, fronte ao Estado, senón que aquela se estende ás relacións entre particulares, eficacia horizontal ou *Drittwirkung der Grundrechte*, segundo expresión doutrinal alemá. Teoría que parece decididamente amparar o noso Tribunal Constitucional ao afirmar a «nulidade radical de todo acto público ou, de ser o caso, privado-violatorio das situacións xurídicas recoñecidas na sección primeira do capítulo segundo do título 1 da Constitución» (S. n° 114/1984, do 29 de novembro).

En todo este proceso que acabo de describir nas súas liñas xerais, no cal se evidencia o papel expansivo da liberdade, non se pode ignorar, como pano de fondo, o público como destinatario da información. De convidado de pedra pasou a ser tamén un dos seus

protagonistas a través do recoñecemento do «dereito a recibir información veraz por calquera medio de difusión» [artigo 20.1 d)]. Este novo membro da familia dos dereitos fundamentais é o complemento indispensable, como sinalou o profesor francés J. Rivero, da liberdade de informar, «son dous dereitos distintos pero intimamente conectados» (STC do 16 de marzo de 1981).

O dereito á información participa, por unha parte, da calidade dos dereitos públicos subxectivos, como lembrou o noso Tribunal Constitucional (a súa «inclusión no texto constitucional xustifícase [...] polo propósito de ampliar ao máximo o conxunto de lexitimados para impugnar calquera perturbación da libre comunicación social [...]. Son estes dereitos –entre eles o que nos ocupa– dereitos de liberdade fronte ao poder e comúns a todos os cidadáns»), pero, así mesmo, en canto poder de exixir (*pouvoir d'exiger*, na doutrina francesa) ou dereito de crédito (*droitcreance*, ou *freedom for*, segundo a expresión anglosaxona) propicia unha actitude positiva do Estado, a cal pode revestir para a satisfacción de tal dereito múltiples manifestacións. É normal que un mesmo dereito poida responder a estruturas ou organizacións xurídicas diversas e iso porque, como sinalei máis arriba, a liberdade posúe tal forza expansiva que exige unha decidida «política dos dereitos fundamentais» (ZAGREBELSKY), derivada, entre outros preceptos, no noso país, do artigo 9.2 da CE.

A Constitución, por último, outórgalle á comunicación unha garantía institucional de liberdade, inferida polo Tribunal Constitucional do propio artigo 20: «O artigo 20 da Constitución, nos seus distintos puntos, garante o mantemento dunha comunicación pública libre, sen a cal quedarían baleirados de contido real outros dereitos que a Constitución consagra, reducidas a formas baleiras as institucións representativas e absolutamente falseado o principio de lexitimidade democrática que enuncia o artigo 1, punto 2, da Constitución, e que é base de toda a nosa ordenación xurídico-política» (entre outras, as SS. do 16 de marzo de 1981 e do 31 de marzo de 1982).

Hoxe, a prensa necesita un novo estatuto, o Estatuto da prensa, e non hai razóns para excluír del as radios e as televisións privadas. Debería regular, segundo unha doutrina ampla e autorizada, uns mínimos consistentes en: a) garantía da transparencia da propiedade; b) transparencia das fontes de financiamento; c) medidas *antitrust*, e d) redefinición das relacións propiedade-director-xornalistas. Nese mesmo estatuto, ou ben

noutras normas laborais ou procesuais penais, deberían tamén ter cabida, respectivamente, a cláusula de conciencia e o segredo profesional.

Estas medidas, podería dicirse de saneamento moral do sector, teñen a súa conexión co dereito que posúen os lectores -ou radiooíntes- a estaren informados sobre aqueles que posúen, controlan e fan a prensa, así como o dereito a coñeceren a orixe e a repartición do capital no seo das empresas xornalísticas. As medidas de anticoncentración deben ir orientadas a garantir o pluralismo de fontes de información non só como garantes do *statu quo*, senón que, polo contrario, deben posibilitar o acceso ao sector do maior número posible de opinións hoxe marxizadas. A este respecto, o Informe Vedel subliña que «se deben ter tamén en conta, como factores de concentración, as formas que tornaron as axudas públicas á prensa máis beneficiosas para os fortes que para os débiles».

Por outra parte, un dos problemas hoxe clave dos chamados servizos públicos culturais, entre os cales se encontran a radio e a televisión públicas, é precisamente o da busca de novas fórmulas de organización e funcionamento. E isto porque os vellos esquemas, ou incluso os recentes, dos servizos públicos personalizados se revelan insuficientes para administrar liberdades fundamentais coa necesaria distancia do poder. A esta nova exigencia de máxima autonomía e desvinculación do poder parecen responder as chamadas en Francia «institucións ou autoridades administrativas independentes», as cales encontraron o seu espazo natural no campo das liberdades públicas.

Por último, o intento de construción dun Mercado Común Europeo da Comunicación sobre a base do Tratado da CEE vainos obrigar nun futuro próximo a poñer en consonancia o noso dereito interno neste sector co dereito comunitario.

Na recente Comunicación da Comisión da CEE ao Consello relativa á televisión sen fronteiras, co subtítulo *Libro verde sobre o establecemento do mercado común da radiodifusión*, particularmente por satélite e cable, trazáronse xa as directrices relativas ás medidas legislativas de aproximación que deberán tomar os Estados membros con obxecto de facer posible a aplicación das liberdades básicas garantidas no tratado.

O artigo 11 da Carta de Dereitos Fundamentais de 2000, que leva por rúbrica *Liberdade de expresión e de información*, di o seguinte:

1. Toda persoa ten dereito á liberdade de expresión. Este dereito comprende a liberdade de opinión e de recibir ou de comunicar informacións ou ideas sen que poida haber inxerencia de autoridades públicas e sen consideración de fronteiras.

2. Respectase a liberdade dos medios de comunicación e o seu pluralismo.

Pero, ademais, a citada carta, no seu artigo 8, protexe e garante "os datos de carácter persoal", cuxo control queda sometido a unha autoridade independente.

A carta, por último, ten tamén en conta o "pluralismo" (artigo 11.2) dos medios de comunicación, xa que sen el non é posible falar de democracia. Para iso será necesario que os órganos correspondentes da Unión Europea fomenten e garantan aquel principio.