

ENSAYO*

PRENSA Y CONSTITUCION POLITICA

Por FRANCISCO RUBIO LLORENTE

PARECE INDISPENSABLE comenzar por indicar que los conceptos que en el título de este trabajo figuran serán empleados en un sentido muy restringido y concreto. El de prensa no suscita por lo demás dificultades mayores, aunque por la razón obvia de que las Constituciones decimonónicas, y aun a veces algunas que no lo son, utilizan simplemente el concepto de prensa y no el de radio y televisión, los Tribunales de justicia se ven frecuentemente obligados a ampliar tal concepto para incluir dentro de él todos los medios de comunicación de masas, ampliación que la doctrina jurídica ha de seguir. Por prensa entenderemos aquí sólo el conjunto de las publicaciones periódicas de información general, que es lo que habitualmente suele entenderse por tal, dejando en consecuencia fuera de consideración los problemas específicos de la televisión y de la radio.



FRANCISCO RUBIO LLORENTE, Catedrático de Derecho Político y Letrado de las Cortes Españolas, es autor de diversos trabajos y colaborador de la prensa sobre problemas jurídico-constitucionales.

* BAJO la rúbrica de «Ensayo» el Boletín Informativo de la Fundación Juan March publica cada mes una colaboración original y exclusiva de un especialista sobre un aspecto del tema general que se aborda a lo largo del año. Anteriormente fueron objeto de estos ensayos temas relativos a la Ciencia, el Lenguaje, el Arte y la Historia. El tema elegido para 1976 ha sido la Prensa.

En Boletines anteriores se han publicado: *La empresa periodística: sus peculiaridades*, por Mariano Rioja, Profesor de Economía de la Empresa Periodística; *El Periodismo como profesión*, por Juan Luis Cebrián, Director de «El País»; *Función periodística del artículo literario*, por Néstor Luján, Director de «Historia y Vida»; *Formación del periodista*, por José Luis Martínez Albertos, Profesor Agregado de Ciencias de la Información en la Universidad Complutense; *El secreto profesional de los periodistas*, por Angel Benito, catedrático de Teoría General de la Información en la Universidad Complutense; *Notas sobre los problemas de hoy de la prensa escrita*, por Manuel Jiménez Quilez, Periodista de Honor; *Las sociedades de redactores en Francia*, por Jean Schwoebel, Presidente de la Federación Francesa de Sociedades de Periodistas; *Formación y defensa de la conciencia profesional*, por Lorenzo Gomis, Presidente de la Asociación de la Prensa de Barcelona; *Periodismo y cultura*, por José Jiménez Lozano, ensayista; y *Documentación en Periodismo*, por Geoffrey Whatmore, Jefe del Servicio de Documentación de la BBC.

La noción de Constitución política resulta en cambio mucho más difícil de precisar por pertenecer a un ámbito en donde el deslinde entre lo normativo y lo fáctico es punto menos que imposible. Naturalmente no se trata aquí de intentar, ni siquiera de modo sintético, una Teoría de la Constitución que hubiera de llevarnos a lo que consideramos un concepto adecuado de ésta, sino simplemente de acotarlo. No entenderemos aquí por Constitución ni lo que frecuentemente suele llamarse Constitución política real o Constitución material, es decir, el conjunto de fuerzas reales que determinan la orientación política de un país, ni lo que, en un lamentable extremismo de abstracción formal, acostumbran a llamar Constitución la mayor parte de los juristas de nuestro tiempo, esto es, pura y simplemente, el conjunto de normas (con frecuencia supralegales) que establecen tanto la estructura y funciones de los órganos supremos del poder del Estado, como (con mayor o menor aproximación a la realidad) los principios básicos a que han de ajustarse la actuación del poder y las relaciones entre éste y los gobernados. En ambos casos se trata de concepciones que, sean los que fueren sus méritos, adolecen de un mismo vicio de origen, el de trasladar al mundo de lo social un positivismo que proporciona seguramente el único enfoque posible para el conocimiento de la naturaleza, en donde se trata de explicar los fenómenos y preverlos, pero que es de muy reducida utilidad en el conocimiento social, del que hay que esperar, sobre todo, directrices para la acción. Claro está que este vicio daña más gravemente al concepto jurídico-formal de Constitución que al de Constitución real. A partir de este último, cuya forma más actual y técnicamente depurada es, podría decirse, la de sistema político, es posible el análisis heurístico de una realidad enormemente opaca y recubierta, además, por muchas apariencias interesadamente distorsionantes; el segundo, en cambio, anula la jurisprudencia en cuanto *ars boni et aequi justis atque injustis scientia* y reduce al jurista a mero técnico de una estructura acerca de cuyos principios orientadores nada tiene que decir. Por ello, y la explicación se hace ya demasiado larga, volviendo a los orígenes, utilizaremos aquí el concepto de Constitución no como cualquier tipo de ordenación jurídica de las relaciones políticas, sino como sinónimo de aquel tipo de ordenación que arranca del dogma de la soberanía popular y que, en consecuencia, organiza el poder político de manera que se asegure en lo posible la sumisión de sus titulares a la voluntad de los gobernados y que se orienta hacia la maximalización de la libertad

de estos, entre otras cosas para hacer posible la existencia de aquella voluntad.

Es claro que, al partir de un tal concepto, la pregunta acerca de cual haya de ser la relación entre Constitución y prensa queda contestada de antemano y sólo resta como problema el de la forma. Ya en los orígenes del Estado constitucional la existencia y el sentido de la relación aparecen tan evidentes, que cabe decir que Constitución y prensa libre son realidades que se implican recíprocamente. El célebre panfleto de Mirabeau *Sobre la libertad de la prensa* es uno de los detonantes de la explosión de 1789; y en el otro gran Estado revolucionario de la época, en los Estados Unidos, uno de los grandes hombres de la revolución llega a decir que es preferible un Estado sin Gobierno, pero con prensa, a otro que no tenga prensa, aunque sí Gobierno, y que sólo a partir de la libertad de prensa es posible llegar a la democracia. Prescindiendo del hecho de que Jefferson, autor de esa frase, no titubearía en aprovechar en su favor la ley de libelos sediciosos, contra la que iba dirigida y cuya finalidad era la de acabar con la libertad de crítica al poder, y prescindiendo, en general, de todas las abundantes infidelidades a las ideas, tan fácilmente detectables en este ámbito, como en todos cuando los políticos de principios llegan al poder (los políticos pragmáticos no pueden traicionar nada, claro está, por que no tienen nada que traicionar, lo cual ciertamente no los hace mejores), lo cierto y lo que aquí importa es que sin libertad de prensa no existe Constitución y que ésta, por lo tanto, ha de establecerla y garantizarla.

Esta vinculación indisoluble no se da sólo, ni principalmente, «porque allí donde faltan los derechos fundamentales (y entre ellos el de la libertad de prensa) no hay Constitución», como rezaba la vieja Declaración de 1789, sino porque, resueltamente, si el Gobierno constitucional es, por definición, un gobierno representativo, es decir, dimanante de la voluntad popular, es imprescindible, para que ésta pueda formarse, que los ciudadanos dispongan de una total libertad para informarse, opinar y conocer la opinión ajena. La vigorosa crítica juvenil de Marx a la Declaración del 89, machaconamente repetida hasta nuestros días por los marxistas «ortodoxos», acentúa de manera excesiva y escasamente dialéctica la contraposición casi retórica entre hombre y ciudadano, entre el aspecto formal de las libertades y su contenido material. Como tantas veces se ha señalado (1), los hombres de la Gran Revolución tienen conciencia clara de que su tarea no es simplemente la de eliminar los obstáculos que impiden el ejercicio

de las libertades naturales en la sociedad, sino la de crear un sistema político capaz de instaurar y mantener en la sociedad un orden adecuado a la naturaleza libre del hombre, pero que sólo mediante el poder puede ser instaurado y mantenido. La libertad no es creación de la *physis*, sino de la *polis*, y ésta sólo puede crearla si comienza por tomarla como supuesto. Sólo un poder que emana de la voluntad libre puede tener como fin la libertad. La siniestra oposición entre liberalismo y democracia es, por el simple hecho de afirmar la dualidad, una falsificación de ambos conceptos, que no pueden realizarse sino unidos. La Constitución ha de preservar la libertad de prensa porque sin ella no hay Constitución.

La libertad es inescindible. No hay libertades civiles y libertades políticas o libertades burguesas y libertades humanas. Sí hay, sin embargo, un modo burgués de entender la libertad, que se plasma en las Constituciones liberales del pasado siglo y en no pocas del nuestro. La libertad de la prensa es entendida en ellas como un caso particular de la libertad de expresión, pero sobre todo como una libertad que sólo por la acción del poder puede verse amenazada. Esta visión limitada, muy patente en los textos originales (2), no sólo es explicable por el hecho de que la rudimentaria tecnología de la época y lo reducido de la población lectora hicieran empresa relativamente fácil y de poco costo la publicación de un periódico, sino sobre todo por la ceguera específica de la burguesía para percibir los obstáculos que al desarrollo de la libertad pueden oponer, sin necesidad de mediación política alguna, los simples poderes sociales. Es claro que se trata de una limitación, pero es una limitación no deformante. La libertad de la prensa no queda simplemente garantizada con su protección frente al Estado y ni esta protección queda asegurada si la libertad no es también protegida frente a los ataques de la sociedad, pero en España estamos especialmente bien situados para saber que la amenaza más tremenda es la del Estado y que es ésta la primera que, siquiera sea de modo deficiente, hay que atajar, cuando ni la limitada visión burguesa está plasmada todavía en la realidad. De acuerdo con esto, distinguiremos en el estudio de la protección constitucional de la libertad de prensa dos aspectos o facetas distintos, la protección frente al poder político y la protección frente a los poderes sociales.

La protección de la libertad frente al poder político

Como punto de arranque, nada mejor que la definición clásica acuñada por Hamilton en un famoso alegato ante los Tribunales: «Libertad de prensa es el derecho a publicar impunemente la verdad, por buenos motivos y con fines justificables, aunque tal publicación afecte al Estado, a los magistrados o a ciudadanos particulares» (3). Aunque muchas veces se ha señalado el carácter casi sorprendente de esta definición, que no vincula ya la libertad de prensa a la de opinión, sino a la de información, es obvio que su centro está, de acuerdo con la concepción decimonónica a que antes nos referíamos, en la idea de impunidad. Prensa libre es la que no está sujeta a sanción por haber aparecido sin autorización del poder o publicar informaciones u opiniones que éste considera hostiles.

La primera y fundamental garantía de esta libertad reside, claro está, en la aceptación constitucional de la misma como principio, que es cosa que en ningún sitio se ha conseguido sino tras muy largas luchas, aunque una visión ya casi tónica de la historia contemporánea (incluso, sorprendentemente, en nuestro propio país, en donde esas luchas aún no han concluido) se obstine en olvidar que el triunfo de la burguesía liberal y la positivización constitucional de su ideología es fruto de muchos y duros esfuerzos, frecuentemente salpicados de retrocesos y derrotas. Si en los Estados Unidos el principio de libertad proclamado en la Primera Enmienda se ha mantenido vigente sin interrupción hasta hoy, en la agitada evolución constitucional de nuestro continente no existe casi país alguno en el que, a lo largo de los siglos XIX y XX, el principio en cuestión no haya sido eliminado, a veces durante muy largos períodos, de las pseudoconstituciones que consagraban el triunfo de la reacción o de una dictadura revolucionaria, y para las que, unas veces diciéndolo y otras callándolo, la prensa no era ni podía ser otra cosa que un servicio público (4).

La consagración del principio es condición necesaria de la existencia de libertad, pero aceptado éste, el poder hará uso en todas partes de una rica imaginación para impedir que resulte también condición suficiente. Los textos constitucionales, siempre por supuesto a la zaga, irán enri-

queciéndose en un intento, indispensable aunque nunca definitivo, de impedir el triunfo de los interminables ataques del poder a la libertad. Tales ataques pueden ser abiertos, con el fin confeso de acallar publicaciones incómodas e instrumentados con los medios de que el poder legítimamente dispone para combatir los excesos, o solapados, encubriendo la finalidad real con otras aparentes y llevados a cabo con armas que no se entregaron para ese género de empresas. La distinción es algo tosca, pero útil, creo, para ordenar la exposición.

A) La defensa de la libertad frente a los ataques directos.

La proclamación de la libertad de prensa en términos positivos, según la técnica utilizada en las primeras Constituciones europeas ni siquiera pudo impedir, a diferencia de la técnica negativa (prohibición de la censura) empleada en los Estados Unidos, que los Gobiernos y los Parlamentos de la época renunciasen al uso de la censura o de la autorización previa. Por eso el primer avance constitucional en nuestro continente, producido a partir de 1830, consiste en acompañar la declaración del derecho con una prohibición de la censura y del requisito de la autorización (5). Sólo en ese momento puede decirse que se pasa del sistema preventivo al represivo, que es, naturalmente, el único compatible con la libertad.

Compatible, pero no todavía identificable. La libertad de publicar sin necesidad de autorización ni previa sumisión a censura no es, como no lo es ninguna libertad social, una libertad ilimitada. Es forzoso trazar los límites de lo lícito y prever un sistema para la represión de los eventuales excesos y en esta obra los titulares del poder tienen ancho campo para ejercer sus artes.

Es obvio que la delimitación del ámbito de licitud no puede ser hecho por la propia Constitución, que forzosamente ha de remitirse al legislador ordinario y al juez, puesto que en un Estado constitucional sólo la ley y la justicia, y jamás la Administración, pueden marcar límites a la libertad.

La remisión a la ley, la llamada reserva de ley, puede hacerse, sin embargo, de dos formas; como reserva simple, esto es, dejando al legislador en total libertad, o como

reserva reforzada, señalándole orientaciones a las que forzosamente debe ajustarse. En todas las Constituciones vigentes, la delimitación del ámbito de libertad para la prensa es objeto, desgraciadamente, de una reserva simple, que no protege suficientemente contra las veleidades antiliberales en las que las Cámaras pueden caer. Hay terrenos, ciertamente, en los que la delimitación es relativamente fácil y el deslizamiento antiliberal improbable. La calumnia, la injuria, la incitación al asesinato, etc. son acciones punibles sea cual sea el medio utilizado para perpetrarlas, pero estos terrenos donde la delimitación es fácil y estas acciones cuya punibilidad nadie discute son en definitiva los de los delitos comunes que ocasionalmente se han cometido mediante la prensa como podrían haberlo sido por cualquier otro medio. Junto a ellos existen en todos los ordenamientos infracciones específicas de la prensa, los llamados delitos de prensa, en cuya tipificación, bastante más problemática, sí puede herirse fácilmente la libertad. Desde luego en un Estado constitucional es poco probable que se llegue a los extremos del artículo segundo de nuestra Ley de Prensa (que por lo demás repite el 165, b, del Código Penal) o que se llegue, como entre nosotros, a duplicar la sanción penal con otra administrativa, que además puede recaer no sobre el periodista, sino sobre el periódico mismo, pero aun así la técnica de la remisión simple parece a todas luces insuficiente. Los avatares de la libertad de prensa en no pocos Estados europeos cuya Constitución se mantuvo, sin embargo, inmutable, parece prueba bastante de la inadecuación de la técnica jurídica utilizada en su redacción.

Esta deficiencia constitucional en cuanto a la delimitación del ámbito de licitud es tanto más sorprendente cuanto que contrasta poderosamente con la atención que el Derecho Constitucional ha prestado al problema de los órganos que deben reprimir las infracciones y al de los medios que pueden utilizarse para ello.

El órgano encargado de aplicar la ley es, desde luego, un elemento decisivo para la preservación de la libertad; tan importante como la ley misma y para algunos incluso mucho más importante que ésta (6). Nada tiene por lo tanto de sorprendente que, en Europa, la postura adoptada respecto de la solución que a esta cuestión debe darse fuese, a todo lo largo del siglo XIX, uno de los más se-

guros indicadores de la orientación política real de un partido o de un régimen. Mientras los de tendencia conservadora se obstinan en atribuir el conocimiento de los delitos de prensa al juez ordinario, los de inspiración más liberal, atendidas las connotaciones políticas de este género de delitos, consideran indispensables confiarlo a un jurado más inmune a las presiones del poder y más distante de éste. Los famosos vaivenes que respecto de este tema se observan en nuestra historia constitucional no son en modo alguno una faceta más de nuestra peculiaridad y encuentran su paralelo en otros países del continente (7). Lo que resulta notable y en cierto sentido desalentador es el olvido en el constitucionalismo contemporáneo de esta vieja reivindicación del liberalismo tradicional. En nuestra Constitución de 1931 ni siquiera se alude al tema y en Francia la supresión del jurado por la Ordenanza de 6-5-44, emanada del Gobierno de Argel, no ha suscitado, hasta donde sé, ningún movimiento político serio y desde luego ninguno eficaz.

Tal vez la explicación de este abandono se encuentre en la conciencia de que los jueces ordinarios han alcanzado en nuestro tiempo una total independencia frente al poder, pero quizás también, y de ahí el desaliento, el abandono se deba más bien a la necesidad en que el constitucionalismo actual se ve de hacer frente a amenazas más graves que las que el juicio por jurado pretendía detener.

Para eliminar una prensa incómoda, el poder ejecutivo suele utilizar en nuestros días, más que el complicado instrumento de una magistratura complaciente, el que le ofrecen sus propias facultades para impedir la comisión de delitos o asegurar la sanción de los cometidos. Una generalizada interpretación extensiva de estas facultades, ha permitido, en muchos países de régimen constitucional, la multiplicación de los secuestros administrativos de periódicos hostiles, arma, como se sabe, de devastadores efectos económicos tratándose de un bien por esencia perecedero y frente a la que poco vale el remedio judicial. La única defensa eficaz es precisamente la introducción en el texto constitucional de una prohibición expresa de este género de secuestros, como hacía nuestra Constitución de 1931 (art. 34), pionera en esta vía, o por ejemplo, más recientemente, la Constitución italiana vigente (art. 21).

B) La defensa frente a los ataques indirectos

El creciente intervencionismo estatal, la multiplicación en número y eficacia de los instrumentos a disposición del poder y quizás también, y no en último término, la mayor representatividad de los Parlamentos, el enorme costo político de las violaciones a la libertad de prensa en sociedades con una opinión pública viva y vigilante y la depuración de la técnica jurídica encaminada a evitarlas, ha modificado en nuestro tiempo la forma habitual de las inevitables pugnas entre el poder y la libertad. En lugar de recurrir al ataque directo, los Gobiernos acuden de preferencia en nuestros días a las vías indirectas, utilizando unas veces los poderes de que están provistos y usando en otras muchas la fuerza que les da su naturaleza de gigantescos empresarios.

La propia naturaleza de estos ataques indirectos hace muy difícil el simple intento de construir una tipología que los incluya a todos, y el intento de prevenirlos mediante normas que específicamente los prohíban está seguramente condenado al fracaso. Ni la Constitución ni la Ley ordinaria pueden soñar con guardar el ritmo que la ágil inventiva de los gobiernos marca. La única vía eficaz es la de los Tribunales de justicia, los cuales, sin embargo, han de basar su actuación, como se comprende, en alguna norma concreta que por su generalidad pueda cubrir todos los supuestos imaginables y por su rango escape en lo posible a las maquinaciones del poder, condiciones que reúne justamente la norma constitucional. La inclusión en los textos constitucionales de normas de este género y su aplicación directa por el juez parece ser el único obstáculo eficaz frente a los ataques indirectos.

Es cierto que, como decimos, resulta punto menos que imposible acuñar una fórmula que incluya a todos los posibles. El cierre de fuentes de información mediante la clasificación como reservadas o secretas de determinadas materias o mediante la negativa a admitir el derecho del periodista al secreto profesional; los obstáculos a la difusión de las publicaciones, impidiéndoles el uso del Correo o el acceso a las cooperativas de distribución (8); las manipulaciones con los cupos o los precios del papel. La lista puede hacerse interminable y será siempre incompleta en cuanto que forzosamente referida al pasado. Basta, sin

embargo, con una fórmula constitucional inequívoca en su intención y susceptible de ser aplicada directamente por los Tribunales para invalidar jurídicamente todas las posibles argucias del poder frente a la libertad. En los países del *common law*, y especialmente en los Estados Unidos, han sido de hecho los propios Tribunales de Justicia los que, mediante una interpretación enormemente creadora del texto constitucional, han completado, por así decir, la norma, descoyuntando el concepto de censura hasta el extremo de incluir dentro de él, por ejemplo, la negativa a ceder para una determinada representación teatral un local público que había albergado otros espectáculos (9). En los países del continente europeo o en sus antiguas colonias, en donde ni la estructura del ordenamiento ni la tradición de la justicia permite esa tremenda libertad de creación al juez, se requieren, naturalmente, instrumentos constitucionales más perfilados para hacer posible la eficaz intervención de éste. Casi modélica, y en todo caso innovadora, me parece a este respecto la fórmula adoptada por la nueva Constitución portuguesa, según la cual «Ningún régimen administrativo o fiscal, ninguna política crediticia o de comercio exterior podrán afectar, directa o indirectamente a la libertad de la prensa, cuya independencia frente a los poderes políticos y económicos debe salvaguardar la ley» (10).

Hay, no obstante, un género de ataques que incluso por este procedimiento resulta difícil atajar. El Estado contemporáneo actúa, en infinitas ocasiones, no como titular del poder, sino como empresario, como productor o distribuidor de bienes o servicios o como gigantesco consumidor y en esa calidad puede ejercer sobre la prensa presiones enormes; tantas y tan grandes como las que los poderes económicos no estatales pueden desencadenar.

Esta nueva posibilidad que al Estado se le ofrece de amordazar a un periodismo libre es, por supuesto, una consecuencia nociva de la por otro lado tan deseable desaparición de la famosa distinción entre la sociedad y el Estado sobre la que está montada toda la ideología hasta ahora dominante en el Occidente, que podía así ignorar la mediatización del poder estatal por los poderes sociales y mantener el mito de la neutralidad del Estado. Esta ideología ha sido ya demolida en la teoría y está siendo abandonada en la práctica, pero aún no ha sido sustituida

por ninguna otra. Está claro que ni la necesidad de preservar la libertad de la prensa ni ninguna otra consideración pueden contrarrestar esta tendencia. La vía hacia una sociedad más igualitaria y más libre pasa por la intervención directa del poder en los procesos sociales, pero creo que no es exagerado afirmar que hoy carecemos aún de una teoría constitucional que permita articular esta intervención de manera que no sólo se impida que los nuevos instrumentos del poder estatal sirvan para disminuir la libertad, sino que se asegure también con su uso la protección de todas las libertades frente a los puros poderes sociales.

La protección de la libertad frente a los poderes sociales

Esta última parte de nuestro trabajo ha de ser forzosamente breve y no porque la amenaza que estos poderes implican sea desdeñable. De una parte, sin embargo, escribiendo en España, en donde la libertad de prensa ha de ser todavía afirmada como principio y defendida de los ataques directos o indirectos de un poder que sólo con cierto optimismo cabe calificar de preconstitucional, parece un poco superfluo preocuparse, desde ahora y en detalle, de las técnicas necesarias para salvar los obstáculos que a esa libertad pueden oponer unas fuerzas sociales hasta hoy más que suficientemente amparadas por los contundentes instrumentos del poder. De la otra, y esto es lo principal, porque en razón de la carencia teórica antes señalada, el constitucionalismo contemporáneo apenas puede mostrar en este ámbito otra cosa que su indigencia total.

En el Derecho Constitucional clásico, la idea de libertad va estrechamente unida con la de propiedad. Se impone al Estado la obligación de abstenerse de toda intromisión en el ámbito de libertad reconocido a los individuos, pero el ejercicio real de esa libertad en la sociedad es función de la fuerza social de cada ciudadano, es decir, de su propiedad. El hecho de que, a diferencia de las garantías negativas que acompañan a los restantes derechos fundamentales, el de propiedad sea objeto además de una garantía positiva que casi resume la finalidad del Estado, a quien incumbe sobre todo garantizar a los individuos el libre disfrute de sus bienes, es la forzada conclusión lógica de esta conexión ideal.

La crisis de esta conexión, que es la crisis del constitucionalismo clásico, se manifiesta en todos los ámbitos y por supuesto en el de la libertad de prensa. El derecho de todos los ciudadanos a expresar a través de la prensa su opinión o la información de que disponían, significaba en la práctica que sólo podían hacerlo quienes, además de información y opinión, tuvieran, de una u otra forma, los medios indispensables para publicarlas. No se trata, claro está, de que todos los periodistas hubieran de ser propietarios de sus periódicos, pero sí de que no hubiera más periodistas que aquellos a quienes los propietarios toleraban. Del mismo modo que en el mercado sólo están presentes como demanda aquellas necesidades que están provistas de dinero, en el mundo de la comunicación social no había más mensajes que los que contaban con los medios económicos para ser formulados y emitidos. Rota hoy esa vinculación entre libertad y propiedad, que el espíritu de nuestro tiempo considera inadmisibile, el Derecho Constitucional contemporáneo busca a tientas una nueva vía que asegure la libertad.

En lo que respecta a la libertad de prensa hay, por supuesto, una aparente solución extremadamente simple, pero como se ha dicho, si lo complejo es siempre confuso, lo simple nunca sirve para nada. Bastaría, puede pensarse, con que el Estado crease y sostuviera una serie de periódicos, poniéndolos a la disposición de los ciudadanos que tuviesen algo que decir. Es la solución adoptada por la Constitución soviética (11), a la que siguen, con una u otra variante, casi todas las Constituciones de la misma familia. No parece necesario perder mucho tiempo demostrando la invalidez de esta pretendida solución, cuyo aterrador simplismo, que ignora absolutamente la complejidad del problema, no sólo es un ejemplo antológico del abstraccionismo tantas veces puesto en la picota por el propio Marx, sino que tiene en su base una concepción de la sociedad perfectamente insostenible. La simple lectura de otros artículos de la Constitución (por ejemplo el siguiente, el 126) evidencia lo deleznable de la construcción como salvaguardia de la libertad. Por lo demás, a la vista de sus frutos, no parece excesivo despachar este montaje con el mismo refrán británico con que Engels despacha algunas argumentaciones de Herr Eugen Dühring, «*The proof of the pudding is in the eating*».

En el viejo mundo europeo (el americano vive en este respecto en pleno siglo XIX, lo que es una de las tragedias del mundo actual), con menos simplismo, aunque también con menos decisión, se anda todavía a la búsqueda de una solución para el problema, o, si se me perdona la detestable expresión, de la problemática, pues cabe diferenciar una serie de problemas diversos. No es lo mismo, en rigor, el problema de los medios necesarios para crear un periódico, que el de los necesarios para mantenerlo o el de la libertad que los periodistas necesitan frente a sus propias empresas.

Respecto al primero de ellos, en ningún país de la Europa Occidental se ha intentado una solución de tipo soviético, ni se ha extendido a la prensa la práctica, común en la radio, de crear órganos estatales o de hacerla objeto de un monopolio estatal, como frecuentemente se hace con la televisión en razón de la escasez de las bandas de frecuencia utilizables y del elevado costo de las instalaciones (12). Lo que sí se ha producido, en momentos de cambio de régimen, ha sido la incautación por el régimen nuevo de ciertos órganos de prensa, que han sido después transferidos a redacciones ya formadas o a empresas periodísticas de nueva creación. Se trata en todo caso de soluciones ocasionales que no han tenido, hasta donde sé, reflejo constitucional alguno (13). Es probable que la razón de esta actitud y del poco interés que el problema en general suscita, se encuentre en la misma pujanza económica de estas sociedades, en donde quizás es posible a todo grupo de alguna entidad allegar los fondos necesarios para la creación de sus propios órganos de prensa. Lo que sí es frecuente en estas sociedades pluralistas, como reconocimiento implícito de carácter ideológico de toda publicación, es la exigencia, impuesta a veces mediante normas de carácter constitucional (14), de hacer públicos el nombre de los propietarios y los medios de financiación de los órganos de prensa, de manera que los ciudadanos puedan saber en cada caso a quien están escuchando.

Problema bien distinto es el de la preservación de la libertad de un periódico ya existente frente a las fuerzas económicas presentes en la sociedad. Como es bien sabido, el precio de venta de la prensa no cubre los costos de producción, de manera que, no ya para ganar dinero, sino incluso para sostenerse, ésta necesita inexcusablemente de la publicidad. Es cierto que en casi todos los países de Occidente el Estado asume parte de esos costos de producción, generalmente por la vía de las subvenciones

directas o indirectas al papel prensa, pero aun prescindiendo del riesgo que para la libertad de las publicaciones conlleva esta práctica, ni siquiera con ello se puede lograr la autosuficiencia económica de la prensa ni, en consecuencia, ponerla al abrigo de las presiones que sobre ella pueden ejercer unas fuerzas económicas de cuyos anuncios necesita para vivir.

Con frecuencia se señala que es esta necesidad de contar con grandes carteras de publicidad la que fuerza a los periódicos a mantener grandes tiradas (que de otra parte aumentan sus costos de producción) y a orientarse, en consecuencia, hacia el gran público, cuyas preferencias, conformistas y mediocres, determinan en definitiva el contenido del periódico, obligando a ofrecer lo que la gente quiere recibir. El problema es seguramente real, pero en todo caso no es sino una faceta más del problema general de la sociedad democrática y por tanto muy difícil de abordar constitucionalmente desde supuestos democráticos. No menos real y más grave, como amenaza directa a la democracia misma, es la posibilidad de que las fuerzas económicas obliguen a cerrar a un periódico o a variar su orientación mediante el simple recurso de retirar de él la publicidad. El boicot de anunciantes, que he visto practicar con aterradora eficacia en algún país de Hispanoamérica, y otras formas más sutiles fácilmente imaginables, son amenazas potenciales a la libertad que serían invulnerables con los medios jurídicos de que hoy disponemos y cuya prevención requeriría la existencia de normas constitucionales de las que hoy se carece.

Los riesgos para la libertad no vienen, sin embargo, sólo desde fuera del mundo de la prensa. Desde su interior nacen por lo menos dos tipos de peligro de no poca gravedad. De un lado, el que entraña la ineluctable tendencia a la concentración de las empresas periodísticas, conectada, en parte al menos, con la tendencia al incremento en la tirada y en el número de páginas a que antes hacíamos referencia. Como aquél, este problema concreto de la concentración parece difícilmente atacable por ser, también como aquél, consecuencia inevitable de un determinado tipo de sociedad e incluso de civilización. De otra parte, la amenaza que para la libertad del periodista entraña su relación de dependencia respecto a la empresa para la que trabaja.

La creación de sociedades de redactores, de las que recientemente se ocupaba en este mismo Boletín uno de sus más autorizados paladines, es, sin duda, un procedimiento plausible para defender la libertad del periodista

frente a su empresa, pero, sin entrar en los problemas específicos de esta técnica, que no son pocos, parece claro que su generalización e incluso su eficacia exigen una apoyatura jurídica hoy inexistente, y que podría proporcionarse, bien mediante la ley, bien a través de la Constitución, como recientemente se ha hecho también en Portugal (15). Es claro, sin embargo, que la creación de normas jurídicas de modo puramente empírico, para poner remiendos a una realidad defectuosa, suscita frecuentemente un número de problemas superior al de los que resuelve, y que la protección jurídica de la libertad de prensa, como de las restantes libertades, exige una renovación profunda de la Teoría constitucional.

NOTAS

(1) Vld. en este sentido el espléndido trabajo de Habermas «*Naturrecht und Revolution*», en *Theorie und Praxis* (4.ª ed., Frankfurt, 1971), especialmente págs. 114 y sgs.

(2) Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, art. 11: «La libre communication des pensées et des opinions est un des droits le plus précieux de l'homme. Tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi».—Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América: «Congress shall make no law... abridging the freedom of speech or of the press...».

(3) La frase pertenece al alegato de Hamilton en el caso «Pueblo de los Estados Unidos contra Crosswell» (1804).

(4) Mediante una serie de Decretos de 18 de agosto y 17 de septiembre de 1811, Napoleón expropió en favor del Estado todos los periódicos franceses, con los que constituyó un servicio público encomendado al Ministerio de Policía. Lo único que en nuestro tiempo puede sorprender de ese procedimiento es su ingenuidad.

(5) El artículo 7 de la Carta francesa de 1830, que reproduce, como otros muchos el correspondiente de la de 1814, agrega, sin embargo, que «la censure ne pourra être rétablie». Esta prohibición se mantiene aún hoy, por ejemplo, en la Ley Fundamental de la República Federal Alemana (art. 5.º) y en la Constitución italiana (art. 21), que la acompaña con la de la autorización previa.

(6) A este respecto se cita frecuentemente la frase de Prévost-Paradol (*La France Nouvelle*, 1868): «Pour savoir si la presse est libre chez tel ou tel peuple, nous ne songeons jamais à nous enquérir de la loi qu'on lui applique, mais nous demandons tout de suite, et d'instinct: Qui la juge?».

(7) A partir de la Constitución de 1812, cuyo artículo 131 (apdo. 24º) encomendaba a las Cortes, entre otras muchas funciones, la de «proteger la libertad política de la prensa», todos nuestros textos constitucionales del pasado siglo proclamaron esta libertad. La Constitución de 1837 (art. 2) instaura ya el juicio por jurado para los delitos de prensa, que, como exigencia constitucional, desaparece en la de 1845 (art. 2). De la importancia política que al tema se atribuía en la época da idea la extensa (y divertida) justificación de esta supresión que los constituyentes de 1845 se sintieron obligados a incluir en el Preámbulo. El Acta Adicional de la Constitución, aprobada por Real Decreto de 15-9-1856, vuelve al jurado, que de nuevo desaparece al ser derogada el Acta un mes después (R-D de 14-10-1856). La Constitución de 1869 (art. 93) prevé el establecimiento del juicio por jurados «para todos los delitos políticos y para los comunes que determine la ley». La Constitución de 1876, naturalmente, vuelve a atribuir la competencia al juez.

(8) Es frecuente el uso con esta finalidad de las normas que autorizan la exposición al público o en el envío por Correo de las publicaciones de carácter pornográfico. En Francia causó mucho revuelo hace unos años una resolución del Ministerio del Interior (4-11-1970) por la que se prohibía la venta a menores de 18 años, la exposición en los kioscos de prensa y la publicidad del diario *Hara-kiri*, nacido a raíz de los sucesos de 1968. Como esta prohibición, justificada por la publicación en dicho periódico de unas historietas de carácter pornográfico, pero motivada al parecer por razones políticas, implicaba la exclusión del mismo de las cooperativas de distribución, su consecuencia práctica fue la desaparición del diario, en sustitución del cual se lanzó el semanario *Charlie-Hebdo*.

(9) Así en una sentencia norteamericana de 1972 (Southeastern Productions Ltd. contra City of West Palm Beach), que declaró inconstitucional la negativa de la ciudad de Palm Beach Occidental a permitir la representación del musical *Hair* en un local municipal habitualmente utilizado como teatro.

(10) Art. 21, apdo. 5.º

(11) «Conforme a los intereses de los trabajadores y a fin de consolidar el régimen socialista, la ley garantiza a los ciudadanos de la U.R.S.S.:

- a) La libertad de palabra.
- b) La libertad de prensa.
- c) La libertad de reunión, incluso de asambleas de masas.
- d) La libertad de desfiles y manifestaciones en las calles.

Estos derechos de los ciudadanos están asegurados por el hecho de poner a disposición de los trabajadores y de sus organizaciones, imprentas, existencias de papel, edificios públicos, calles, medios de comunicación y otras condiciones materiales para el ejercicio de dichos derechos.»

(12) Una información actualizada del régimen jurídico de la propiedad sobre los medios de comunicación de masas en el presente puede verse en el reciente libro de mi colega de la Universidad Complutense, Jorge de Esteban *Por una comunicación democrática* (Fernando Torress, Editor, 1976) muy rico de información y de pensamiento pese a su brevedad. La conclusión a que el profesor Esteban llega (la necesidad de constitucionalizar el derecho a la información) es, en cierto sentido y dentro de un ámbito más restringido, el punto de partida del presente trabajo.

(13) El artículo 39 de la Constitución portuguesa, referido a todos los medios de comunicación social, no sólo a la prensa, dispone, sin embargo, que cuando estoss medios pertenezcan al Estado o a entidades sujetas directa o indirectamente a control estatal han de ser utilizados de modo que se salvaguarde su independencia frente al Gobierno y a la Administración.

(14) Así, por ejemplo, Constitución italiana, art. 21.

(15) Constitución de 2-4-1976, art. 38, 2.º: «A liberdade de prensa implica a liberdade de expressão e criação dos jornalistas e colaboradores literarios, bem como a interveção dos primeiros na orientação ideológica dos órgãos de informação nao pertencentes ao Estado ou a partidos políticos, sem que nenhum outro sector ou grupo de trabalhadores possa censurar ou impedir a sua livre criatividade».