

REFLEXIONES EN TORNO A DEMOCRACIA Y CONFORMACIÓN DE LA OPINIÓN PÚBLICA

Por

Eugeni Gay Montalvo

Académico de Número

Leída en sesión ordinaria en fecha 2 de febrero de 2021

- Salutación y justificación

- I. Ciertamente, el Estado de Derecho como sistema de ordenación jurídica debe conjugar los conceptos de Constitución, Democracia y Libertad habida cuenta que hoy en día no puede concebirse sin la necesidad de proteger y preservar la dignidad de la persona, que es la base sobre la que precisamente se asienta. El gran avance jurídico que se produjo como consecuencia del desastre causado por las dos grandes guerras del Siglo XX, propició el alumbramiento de un nuevo orden, primero proclamado en la Declaración Universal de 1948 y, luego transpuesto mediante la positivización a la que apela en su artículo 28 [al pedir un orden social internacional en el que los Derechos y Libertades proclamados en la misma se hagan plenamente efectivos] a los Ordenamientos democráticos postbélicos y a otros Convenios de carácter internacional que se fundan en la referida Declaración Universal. Ya no era propiamente la

necesidad sino la obligación de proteger la dignidad de la persona y los derechos inherentes a la misma, lo que supuso una gran transformación geopolítica en el mundo occidental tanto *ad intra* de los propios estados europeos como *ad extra* mediante el proceso de descolonización de sus posesiones extraterritoriales, lo que ha conformado un nuevo mapa y unas nuevas relaciones que obligan a contemplar esta distinta realidad internacional que nos permite al instante saber lo que ocurre en cualquier rincón del mundo.

No podemos olvidar que los postulados nacidos de las constituciones de finales del Siglo XVIII de América y de Europa hacen descansar la soberanía de los Estados en los individuos, que pasan de ser súbditos a ciudadanos y los soberanos a estar sometidos a la Constitución, en la que el principio de libertad es su primer postulado.

Hoy en día el elemento nuclear del sistema jurídico de los Estados de derecho no lo constituye ya la declaración sino la garantía de los Derechos Humanos de carácter fundamental que conforman la parte dogmática de sus constituciones y que, a su vez, van abriendo paso a la exigencia de superar el ámbito de la soberanía de los Estados y apelan a la efectividad de su protección más allá de sus propias fronteras, al exigir y prever su protección en el ámbito supranacional que, poco a poco, va configurando un más complejo orden jurídico.

Centrándonos, pues, en nuestras sociedades democráticas asentadas sobre estos derechos, es evidente que la participación ciudadana en la conformación de los órganos rectores de la política, mediante el voto de todos y cada uno de los ciudadanos con derecho al mismo, pasa necesariamente por elementos de conocimiento e información que le han de permitir formularlo de manera consciente e informada; ésa es la garantía de la democracia.

Los derechos reconocidos, en el caso de España en el artículo 20 de la Constitución, como son “expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción” o “a comunicar o recibir libremente información veraz sobre cualquier medio de difusión, sin más límite que el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia” deberán propiciar, en la diversidad de opiniones, la formulación del voto; y así, poder decir con normalidad “un hombre informado, un voto”.

Sin embargo, el tema desde un principio no deja de ser tan sencillo como parece y ya hace mucho tiempo que viene ocupando a la doctrina jurídica y, muy particularmente, a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional que ha sido abundante y, ya desde sus más tempranas sentencias, ha venido afrontando a lo largo de los años la problemática que suscita la libertad de información. Desde el principio, la veracidad ha sido la que determina para el Tribunal Constitucional el objeto de la libertad de información, pues la protección del artículo 20.1.d) se otorga a la narración de hechos que sean veraces. Y así, en una señalada sentencia (STC 69/2006) se manifiesta:

“Este Tribunal ha establecido una consolidada doctrina [...] según la cual este requisito constitucional no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; todo ello sin perjuicio de que su total exactitud puede ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado. La razón se

encuentra en que, como hemos señalado en muchas ocasiones, cuando la Constitución requiere que la información sea “veraz” no está privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas, como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo transmita como “hechos” que hayan sido objeto de previo contraste con datos objetivos [...] que la indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información.”

De igual manera, nuestro país, como todos los que conforman el Consejo de Europa, tiene en el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 1950, la garantía de los derechos de libertad de expresión que, como indica, comprende tanto la libertad de opinión como la de expresión e información, cuando textualmente dice: *“toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras”*. Pero ese mismo artículo, en su segundo apartado, puntualiza para reforzar de verdad los contenidos de esos derechos en plenitud que *“el ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial”*.

De igual manera hoy, la Unión Europea recoge en el artículo 6 del Tratado de Lisboa lo dispuesto anteriormente en la Carta de Derechos fundamentales de Niza, en su artículo 11, al que se remite el Tratado en cuanto a la libertad de expresión e información.

Lo cierto, pues, es que la libertad se convierte en el principio general y las restricciones que pueden efectuarse a ese principio son, sin duda, la excepción, de tal manera que, como ha venido manteniendo la doctrina constitucional generalizada sobre esta materia, no existe un derecho fundamental con carácter absoluto cuando se opone al ejercicio de otro de igual naturaleza, sólo la dignidad de la persona es inviolable e indisponible y de ella derivan esos derechos, pero es la dignidad la base de los Ordenamientos Jurídicos democráticos y el fundamento del Estado de Derecho.

- II. Como es lógico, la importancia que tiene la conformación de la “opinión pública”, que no deja de ser un concepto jurídico indeterminado y de difícil delimitación, es enorme, pero se forma a partir de las informaciones, publicaciones y opiniones libres que inciden en la vida social y que, a su vez, pueden ser determinantes. Ello resulta evidente de la numerosa bibliografía filosófica y jurídica a la que podemos acudir. ¿Puede ser lo que indican las encuestas publicadas? ¿Puede asegurarse de una opinión más o menos generalizada que pueda tener la consideración de opinión pública? ¿Es la opinión de la fuerza política dominante, reflejada después de un escrutinio democrático? Lo cierto es que, para la consolidación y normal funcionamiento de las democracias, la libertad de expresión resulta fundamental y está precisamente al servicio de una opinión pública libre que, como ya se dijo en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de marzo de 1982 (STC 12/1982), está indisolublemente ligada al

pluralismo político, que es “*valor fundamental y requisito del funcionamiento del Estado democrático*”. Por tanto, la opinión pública como concepto unívoco probablemente no exista, pues sería contradictorio pensar que en democracia puede existir una sola opinión.

Sentadas estas bases, comprenderemos que la evolución y sorprendente transformación que se ha producido en la elaboración y divulgación de noticias y opiniones, a la que debemos añadir la irrupción de nuevos medios tecnológicos, telemáticos y audiovisuales de transmisión “en tiempo real o a la carta”, ha supuesto un cambio extraordinario en la recepción de noticias, muchas veces contradictorias, que pueden situar a los ciudadanos en la perplejidad y la necesidad de conocer y poder distinguir entre ellas lo que hay de cierto y objetivo. Por ello, resulta muy importante saber quiénes son los que detentan cada uno de esos medios y de dónde proceden e incluso “*cui prodest?*”.

En las sociedades libres y democráticas, el control jurisdiccional sobre las desviaciones del poder, sea político o de otro orden, es, sin duda, un contrapeso necesario; pero no podemos olvidar que también las desviaciones del poder pueden ser controladas por los “*media*”, que han sido considerados, no sin razón, como un contrapoder que sirve, en definitiva, al ejercicio de la democracia, pues sin ellos no podríamos hablar con propiedad de la misma.

Queda claro en los países democráticos, que las libertades de información, expresión, opinión y difusión resultan esenciales pues se integran en el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, que, como hemos dicho, tendrán su garantía última en el ámbito de la jurisdicción de sus respectivos países.

En este sentido, y a modo de ejemplo, no podemos obviar que en España la cláusula de conciencia de los periodistas, a pesar de que se encuentra también reconocida como derecho fundamental en el artículo 20.1.d) de la Constitución, no fue desarrollada hasta el 19 de junio del año 1997 mediante la Ley Orgánica 2/1997 que, tardía y pobremente, contiene tres exiguos artículos, que han servido para bien poco.

En cualquier caso, el control de la información ha sido desde siempre la tentación tanto de los poderes públicos como de los intereses privados, incluso en los países democráticos, quienes, como hemos dicho, no serían viables sin su pluralidad y el libre acceso a los mismos por parte de la ciudadanía; de ahí su fundamental importancia y la necesidad de preservarlos. A pesar de ello, resulta evidente que en ocasiones es difícil distinguir entre medios públicos y privados, pues estos últimos en no pocas ocasiones son concertados mediante importantes subvenciones provenientes de los poderes públicos que resultan apetitosas para mejorar las cuentas de resultado de sus empresas.

La globalización de la vida y de las relaciones humanas pone en cuestión, hoy en día una vez más, la garantía de los derechos fundamentales basados en la dignidad de la persona en lo que aquí se refiere, que es tener una opinión personal bien informada. Así, un poder emergente y desconocido hasta hace pocos años se ha puesto de manifiesto en lo que hemos venido a denominar “las redes”. Ciertamente a ellas se acude de manera constante para recabar información e incluso para obtener conocimientos varios. La concentración en pocas manos de quienes suministran esa información ya no conoce fronteras y la tecnología va quedando, prácticamente en todo el mundo, en manos de pocos oligopolios mediáticos, con sedes que pueden estar en cualquier parte y también bajo el control de Estados no democráticos que los utilizan para ejercer sus estrategias, interviniendo de esta manera en la política de

países terceros, como se ha venido poniendo de manifiesto últimamente en no pocas elecciones celebradas en países democráticos.

Ya no se trata sólo de apelar a la deontología que debe observar el periodista o el propio medio de comunicación sino de descifrar hasta qué punto las noticias que recibimos a través de las redes son ciertas o no, puesto que la opinión aparentemente pública puede mediatizarse en los países dictatoriales o tiránicos, a través del control absoluto dentro de sus fronteras tanto en lo producido dentro de las mismas como en la interferencia de las que puedan llegar del extranjero, pero sin embargo en ningún caso puede imponerse la intervención previa o la censura en los países democráticos si no es poniendo en cuestión las libertades y los derechos sobre los que se sustentan sus sistemas políticos, que, fuertes en sus principios, tienen como sostén las bondades pero también la fragilidad de las democracias.

Sin embargo, la aparición cada vez más frecuente de noticias falsas; es decir, de aquellas que ni tan siquiera están manipuladas, sino que son simple y llanamente falsas, representa un peligro enorme pues, de no ser descubiertas como tales a tiempo, pueden conducir sin duda a una confusión en la percepción de la realidad. El daño que causa y puede seguir causando este perverso fenómeno podría tener dimensiones y consecuencias, todavía imprevisibles, y cambiar el rumbo de la Humanidad hacia el progreso y avocarla a la más absoluta indefensión e incluso a un retroceso histórico.

Por ello, tanto la jurisprudencia de nuestros países democráticos como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha ido perfilando una doctrina en la que acepta la intervención de los poderes públicos y, especialmente, de los poderes jurisdiccionales, tanto el ordinario como el constitucional, para impedir y castigar a aquellos que ensalcen sentimientos xenófobos, totalitarios y excluyentes, que puedan incidir en la

vida democrática de una manera perversa al ofender la dignidad de las personas y aquellos derechos fundamentales que le son inherentes. Valga como ejemplo la Sentencia nº 235/2007, de 7 de noviembre, del Tribunal Constitucional y la STEDH “*The Sunday Times c. Royaume-Uni (Nº2)*”, de las cuales me permito destacar esta parte de sus contenidos.

STC 235/2007 - FJ 9º: *“De ese modo, resulta constitucionalmente legítimo castigar penalmente conductas que, aun cuando no resulten claramente idóneas para incitar directamente a la comisión de delitos contra el derecho de gentes como el genocidio, sí suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia, que es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio (art. 607.2 CP). Tal comprensión de la justificación pública del genocidio, y siempre con la reseñada cautela del respeto al contenido de la libertad ideológica, en cuanto comprensiva de la proclamación de ideas o posiciones políticas propias o adhesión a las ajenas, permite la proporcionada intervención penal del Estado como última solución defensiva de los derechos fundamentales y las libertades públicas protegidos, cuya directa afectación excluye la conducta justificativa del genocidio del ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), de manera que, interpretada en este sentido, la norma punitiva resulta, en este punto, conforme a la Constitución.”*

STEDH “*The Sunday Times c. Royaume-Uni (Nº2)*”, de 26 de noviembre de 1991: I. Principios generales

*50. La argumentación ante la Corte se centró en la cuestión de si la injerencia denunciada podía considerarse "necesaria en una sociedad democrática". En este sentido, las sentencias de la Corte relativas al artículo 10 (art. 10), comenzando por *Handyside* (7 de diciembre de 1976; Serie A no. 24), concluyendo, más recientemente, con *Oberschlick* (23 de mayo de 1991; Serie A no. 204) e incluyendo, entre otros, *Sunday Times* (26 de abril de 1979; Serie A*

no. 30) y *Lingens* (8 de julio de 1986; Serie A no. 103) - enuncia los siguientes principios fundamentales:

a) *La libertad de expresión constituye uno de los pilares fundamentales de una sociedad democrática; sujeto al párrafo 2 del artículo 10 (art. 10-2), es aplicable no sólo a las "informaciones" o "ideas" que se perciban favorablemente o se consideren inofensivas o indiferentes, sino también a las que ofendan, conmocionan o perturban. La libertad de expresión, consagrada en el artículo 10 (art. 10), está sujeta a una serie de excepciones que, sin embargo, deben interpretarse de manera restrictiva y debe establecerse de manera convincente la necesidad de cualquier restricción.*

b) *Estos principios son de especial importancia en lo que respecta a la prensa. Si bien no debe traspasar los límites establecidos, entre otras cosas, en "interés de la seguridad nacional" o para "mantener la autoridad del poder judicial", le incumbe, no obstante, impartir información e ideas sobre asuntos de interés público. La prensa no solo tiene la tarea de difundir esa información e ideas: el público también tiene derecho a recibirlas. De lo contrario, la prensa no podría desempeñar su papel vital de "perro guardián público".*

c) *El adjetivo "necesario", en el sentido del artículo 10 párr. 2 (art. 10-2), implica la existencia de una "necesidad social urgente". Los Estados Contratantes tienen cierto margen de apreciación a la hora de valorar si tal necesidad existe, pero va de la mano de una supervisión europea, acogiendo tanto la ley como las decisiones que la aplican, incluso las dictadas por tribunales independientes. Por tanto, la Corte está facultada para pronunciarse definitivamente sobre si una "restricción" es conciliable con la libertad de expresión protegida por el artículo 10 (art. 10).*

(...)

51. *Para evitar dudas, y teniendo en cuenta los comentarios escritos que en este caso fueron presentados por el "artículo 19" (ver párrafo 6 supra), la Corte sólo agregaría a lo anterior que el artículo 10 (art. 10) del Convenio no prohíbe en términos generales la imposición de restricciones previas a la publicación,*

como tal. Esto se demuestra no solo por las palabras "condiciones", "restricciones", "prevención" y "prevención" que aparecen en esa disposición, sino también por las sentencias del Tribunal Sunday Times de 26 de abril de 1979 y Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann de 20 de noviembre de 1989 (Serie A núm. 165). Por otro lado, los peligros inherentes a las restricciones previas son tales que exigen un escrutinio más cuidadoso por parte de la Corte. Esto es especialmente cierto en lo que respecta a la prensa, ya que las noticias son un bien perecedero y retrasar su publicación, incluso por un período breve, bien puede privarlas de todo su valor e interés.

Una vez más, nos enfrentamos ante el dilema de tener que elegir entre la libertad y la protección de la dignidad humana, por una parte, o el dirigismo y la intromisión en la vida privada y pública de poderes que no se encuentran sometidos al escrutinio social, y que, inmunes a él, pueden llegar a controlar nuestras vidas. El Derecho debe poder responder a esta nueva situación no sólo por la necesidad que tiene de defender los derechos inherentes a la dignidad humana y a su inviolabilidad, que en ningún caso es disponible, sino también a la defensa de la veracidad y la democracia como reglas de convivencia. Asimismo, tienen la obligación de proteger las democracias de aquello que pueda desnaturalizarlas.

A esta revolución digital-tecnológica que puede ser la más importante herramienta de progreso social de los últimos tiempos, se le ha de dedicar una atención prioritaria para el bien de todos, pues ya los derechos y libertades no pueden vivirse en un determinado espacio geográfico político, sino que han de extenderse a la realidad multilateral y multicultural en la que nos encontramos que, por necesidad, ha de ser solidaria y conectada, pero libre y democrática.