

Voto particular que formula la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón a la sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad 1478-2020.

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con pleno respeto a la opinión de la mayoría reflejada en la sentencia, formulo el presente voto, dejando constancia sucintamente de los fundamentos de mi posición discrepante con el fallo y con los razonamientos que lo sustentan, de acuerdo con los argumentos que defendí en la deliberación del Pleno.

En mi opinión, la sentencia debería haber estimado la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, por las razones que paso a exponer.

1. La lectura del auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad revela la preocupación del Tribunal Supremo no sólo por las carencias de los preceptos cuestionados de la LOREG en cuanto a las exigencias que la Constitución impone a toda norma penal o sancionadora, sino, también, y muy especialmente, por la afcción que esos preceptos suponen para un derecho fundamental tan esencial como es la libertad de información del art. 20.1 d), poniendo en relación el problema de la taxatividad de la norma, en cuanto a diversos aspectos, con la limitación del ejercicio de ese derecho fundamental. Sin embargo, la sentencia de la que disiento, con un enfoque que no comparto y que me parece alejado de pautas hermenéuticas esenciales, da respuesta a la cuestión exclusivamente desde la perspectiva de la taxatividad de la norma, dejando como un aspecto marginal la incidencia sobre las libertades de expresión y de información, que se examina -de modo desafortunado, como expondré posteriormente- al socaire del tema de la asignación de responsabilidad al director de un periódico. En mi opinión, la perspectiva debería haber sido otra, porque el derecho fundamental del art. 20.1 d) tendría que haber ocupado una posición nuclear dentro del juicio de constitucionalidad que se realiza y a la hora de interpretar los preceptos sobre los que plantea su duda el Tribunal Supremo. No en vano, de lo que se trata es de que el art. 153.1 LOREG y los preceptos relacionados (arts. 53 y 50.4 LOREG y arts. 34 y 39 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta) determinan la imposición de una sanción al director de un diario por haber publicado una entrevista a una candidata en la jornada de reflexión, es decir, por haber ejercido su derecho fundamental a la libertad de información, suscitando así el relevante problema de los límites que la LOREG impone al ejercicio de ese derecho en el proceso electoral y, más en concreto, en la jornada de

reflexión, y si esas restricciones son constitucionalmente tolerables hoy, problema al que la sentencia aprobada por la mayoría se aproxima desde una perspectiva meramente formal, pero sin abordar la verdadera cuestión constitucional que se suscita que, como ya he señalado anteriormente, el Tribunal Supremo -de manera muy acertada- vincula muy estrechamente a la profunda incidencia que las reglas del régimen sancionador de la LOREG producen sobre la libertad de información.

Sin ser excesivamente prolija en la exposición de nuestra doctrina, debe ponerse de relieve que la libertad de información, perfilada por este Tribunal en múltiples resoluciones, supone la libertad de comunicar, sin injerencias por parte de los poderes públicos, informaciones de interés público y veraces, en el sentido de diligentemente contrastadas, sobre hechos o sobre opiniones ajenas presentadas como tales (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 15). Su relevancia dentro de nuestro sistema democrático la expresa, entre otras muchas, la STC 159/1986, de 16 de diciembre, al afirmar en su FJ 6 que el art. 20 CE, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas. En este sentido, se ha manifestado este Tribunal desde su STC 6/1981, de 16 de marzo, hasta la más reciente 25/2019, de 25 de febrero, al poner reiteradamente de manifiesto la posición especial que ocupa en nuestro ordenamiento la libertad de información, puesto que a través de este derecho no sólo se protege un interés individual, sino que su tutela entraña “el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político propio del Estado democrático”. Como afirmaba la STC 9/2007, de 15 de enero, FJ 4, “sin comunicación pública libre quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huérfanas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 CE, que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política (por todas STC 6/1981, de 16 de marzo; en el mismo sentido SSTC 20/1990, de 15 de febrero, y 336/1993, de 15 de noviembre)”.

Esta posición preferencial del derecho fundamental a la información reconocido en el art. 20.1 d) de la Constitución, aunque implica una mayor responsabilidad moral y jurídica en quien realiza la información, también exige una rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio. Por ello, cuando la libertad de información entre en conflicto con otros derechos fundamentales e incluso con otros intereses de significativa importancia social y política respaldados, como ocurre en el presente caso, por la legislación electoral, las restricciones que de dicho conflicto puedan derivarse deben ser interpretadas de tal modo que el contenido fundamental del derecho en cuestión no resulte, dada su jerarquía institucional, desnaturalizado ni incorrectamente relativizado. Esta es, sin lugar a dudas, una pauta interpretativa esencial que no ha sido tomada en consideración por la sentencia de la que discrepo.

2. En contra del criterio sustentado por la mayoría, considero que la LOREG incurre, efectivamente, en la indeterminación en sus normas sancionadoras que denuncia el Tribunal Supremo, en la medida en que contiene unas definiciones excesivamente vagas, y, además, no incluye una previsión expresa en cuanto a las actuaciones que se realicen bajo el amparo de la libertad de información del art. 20.1 d) CE, ni en relación con los sujetos que lleven a cabo esas actuaciones en ejercicio de aquel derecho fundamental. Esa indeterminación se reconoce en la propia sentencia, aunque no se considera grave, pero, a mi juicio, sí lo es, en la medida en que se traduzca en una restricción del ejercicio de un derecho fundamental que sólo puede verse limitado en los términos del art. 20.4 CE.

Para comenzar, el art. 53 LOREG, en su párrafo primero, dispone que “no puede difundirse propaganda electoral ni realizarse acto alguno de campaña electoral una vez que ésta haya legalmente terminado”. La pregunta que surge a la vista de la prohibición que impone dicho precepto es si una información periodística amparada en el art. 20.1 d) puede tener encaje en los conceptos de “propaganda electoral” o de “campaña electoral”, y, por tanto, si puede entenderse dirigida a periodistas, medios de comunicación y, en particular, a sus directores. Formulo esta interrogante porque esa prohibición es el único asidero que, en conexión con lo previsto en el art. 153.1 LOREG, ha permitido sancionar publicaciones realizadas en la denominada “jornada de reflexión”, y, en concreto, en el procedimiento del que trae causa la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad, la publicación de una entrevista con una candidata en dicha jornada.

La sentencia de la que disiento, de manera un tanto apodíctica, afirma que los destinatarios de la prohibición son “todos”, al tener como propósito “crear un marco de serenidad en las horas inmediatamente anteriores a la votación”, para que aflore “la verdadera voluntad

política del elector”. Nada hay en la LOREG que permita sustentar tal afirmación, especialmente en lo que se refiere a que la jornada de reflexión tenga, precisamente, ese propósito. Sus previsiones parecen circunscribir la prohibición, más bien, a los sujetos que directamente intervienen en la campaña electoral.

Como punto de partida, podría descartarse aquí la difusión de propaganda electoral, porque el art. 153.1 LOREG se refiere a “Toda infracción de las normas obligatorias establecidas en la presente Ley que no constituya delito”, y, de acuerdo con el art. 144.1 a) LOREG, la realización de actos de propaganda una vez finalizada la campaña electoral es un delito electoral. En cualquier caso, el art. 58 LOREG permite a las candidaturas realizar publicidad en la prensa periódica y en las emisoras de radio de titularidad privada (no así en los medios de comunicación de titularidad pública ni en las emisoras de televisión privada, según el art. 60 de la Ley), abonando las correspondientes tarifas, y sin que pueda producirse discriminación alguna entre las candidaturas en cuanto a la inclusión, tarifas y ubicación de esos espacios de publicidad; espacios en los que, además, deberá constar expresamente su condición (art. 58.2 LOREG), exigencia que permite que los electores tomen conocimiento de su naturaleza como tal propaganda. Así pues, la prensa periódica puede ser vehículo o instrumento de la propaganda electoral de los participantes en el proceso electoral, pero en modo alguno puede ser confundida esa propaganda electoral que se incluye en uno de tales medios con una información periodística amparada en el art. 20.1 d) CE, ni eso los convierte en sujetos que desarrollen actos de propaganda.

Por otra parte, los sujetos a los que se dirige la prohibición de realizar actos de campaña electoral están definidos en el art. 50.4 LOREG, conforme al cual, “Se entiende por campaña electoral, a efectos de esta Ley, el conjunto de actividades lícitas llevadas a cabo por los candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones en orden a la captación de sufragios”. Entiendo que estos deben ser los únicos sujetos que estén habilitados para realizar campaña electoral, como indicó la STC 38/2009, de 9 de febrero, FJ 3, sin que pueda llevarla a cabo ninguna otra persona jurídica distinta de las mencionadas, al proscribirlo el art. 50.5 LOREG que, en todo caso, deja a salvo lo establecido en el art. 20 CE, lo que implica que las libertades de expresión e información no se verían afectadas por las restricciones establecidas para el período de campaña, extremo éste sobre el que la sentencia guarda un incomprensible silencio, habida cuenta del derecho fundamental que se encuentra en juego. En este sentido, resulta muy clara la ya citada STC 38/2009, al afirmar en su FJ 4 que no se puede extender el carácter de acto de campaña electoral «a todo aquél que de forma indirecta o subliminal pudiera

incidir en la voluntad de los electores por coincidir con alguna de las ideas defendidas por las opciones políticas que concurren en el proceso electoral, sujetándolo por ello a la regulación de la Ley Orgánica del régimen electoral general (LOREG), [lo que] supondría, en aras de la protección de la “pureza de la campaña electoral”, permitir que se prohíban, con la consiguiente vulneración del derecho a la libertad de expresión, todas aquellas manifestaciones públicas realizadas durante la misma que no hubieran sido efectuadas por candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones. Y ello incluso cuando fuera conocida la preferencia de sus convocantes por una determinada opción política o su posición crítica con el resto de las opciones presentes en la contienda electoral». Consideraciones sobre la libertad de expresión que, *mutatis mutandis*, son perfectamente trasladables al ejercicio de la libertad de información que, además, cumple un papel esencial durante la campaña electoral, ya que los medios de comunicación han de permitir, con su labor, que los ciudadanos reciban una información veraz sobre todas las cuestiones que inciden en el proceso de decisión del voto, al margen de los mensajes publicitarios de los partidos políticos concurrentes a las elecciones, ya que esa información, que es seguida con mayor atención que la publicidad electoral por los ciudadanos, es un elemento esencial para garantizar el libre ejercicio del derecho de voto, en la tarea que, de manera conjunta con la libertad de expresión, cumple en orden a la formación de una opinión pública libre, que es garantía del principio de legitimidad democrática (STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 3) para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos (STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6).

Las únicas prescripciones de la LOREG que afectan a los medios de comunicación son, por una parte, las que van dirigidas a garantizar el pluralismo político y social (art. 66), más exigentes con los medios de comunicación de titularidad pública, a los que se impone no solo el respeto al pluralismo político y social, sino también a la igualdad, proporcionalidad y la neutralidad informativa en la programación, mientras que las emisoras de titularidad privada deberán respetar los principios de pluralismo e igualdad, y las televisiones privadas han de respetar además los principios de proporcionalidad y neutralidad informativa en los debates y entrevistas electorales así como en la información relativa a la campaña electoral de acuerdo a las Instrucciones que, a tal efecto, elabore la Junta Electoral competente. La intensidad con que se incide sobre la información electoral presenta distintos grados, en función de la titularidad y el tipo de medio, siendo mínima la que afecta a la prensa escrita, sujeta tan solo al derecho de rectificación (art. 68 LOREG), y que disfruta de una mayor libertad a la hora de informar sobre el proceso electoral. Por otra parte, encontramos las reglas que se refieren a la publicación de las

encuestas, contenidas en el art. 69 LOREG, que establece los requisitos que deben cumplir, y en cuyo apartado 7 se prohíbe la publicación y difusión o reproducción de sondeos electorales por cualquier medio de comunicación en los cinco días anteriores al de la votación, prescripción que, en pleno siglo XXI, y con las actuales tecnologías de información y comunicación, se antoja, cuando menos, obsoleta, e incluso cabría plantearse si no es sobrevenidamente inconstitucional, cuestión que obviaré, al no ser objeto de la sentencia a la que formulo este voto.

En suma, se puede concluir que, salvo estos dos últimos aspectos, existe una seria indefinición en la LOREG en cuanto a las actuaciones realizadas por determinados sujetos que, estando relacionados con el ejercicio de la libertad de información, pueden encontrar límites a ese ejercicio que, en caso de ser desatendidos, se verían traducidos en la imposición de una sanción por la Administración electoral, y que, en último término, dependen del criterio de ésta. Las normas de la Ley carecen, por tanto, de la necesaria claridad y previsibilidad que viene impuesta por el art. 25.1 CE.

3. El análisis que la sentencia realiza para llegar a la conclusión de que, en abstracto, la exigencia de responsabilidad al director de un periódico por la realización de una conducta expresamente prohibida en la LOREG (concretamente en su art. 53) no vulnera ni el derecho a la libertad de información ni la presunción de inocencia, me parece analógico, en un mundo que es plenamente digital, y considero que deja de lado la realidad social actual, cuando los contextos históricos son decisivos en el ámbito interpretativo de las normas, como nos recuerda el art. 3.1 del Código Civil de 1889. La sentencia insiste en la importancia de la jornada de reflexión en todo proceso electoral “al ir dirigida a crear un marco de serenidad en las horas inmediatamente anteriores a la votación para que en esta aflore sin condicionamientos la verdadera voluntad política del elector y a garantizar el derecho fundamental de todos los partícipes en las elecciones a la igualdad en el acceso a los cargos públicos que exige el art. 23.2 CE”. En todo caso, considera que corresponde al aplicador de la norma determinar qué actividad de información se encuentra proscrita o no por las prohibiciones del art. 53 LOREG, haciéndose eco de los criterios que viene estableciendo la Junta Electoral Central, a los que otorga la máxima relevancia, y que, en el caso concreto, se traducirían en que no se pueden publicar entrevistas a los candidatos en el día anterior a la votación, porque esa publicación no puede ampararse en la libertad de expresión o información reconocida en el art. 20 CE.

No puedo estar de acuerdo con los razonamientos que han llevado a rechazar las causas de inconstitucionalidad que el Tribunal Supremo opone al art. 153.1, en relación con los arts. 53

y 50.4, todos ellos de la LOREG. A mi modo de ver, el juicio de constitucionalidad debería haber partido de otro esquema argumental en el que se abordara un problema constitucional esencial que ha quedado incontestado. Para ello, la sentencia tendría que haber tomado en consideración el nuevo escenario de las cibertecnologías de comunicación (prensa digital nacional e internacional, páginas web especializadas, redes sociales, blogs, foros, etc.), que ofrecen medios más avanzados y rápidos de transmisión de la información y de las opiniones, y la utilidad que presentarían las limitaciones que recaen sobre los medios de comunicación tradicionales en la jornada de reflexión. Por consiguiente, habría sido necesaria la realización de un juicio de constitucionalidad en el que se planteara, como cuestión primordial, el examen de la constitucionalidad de esos límites -imprecisos- que se imponen a la libertad de información en la jornada de reflexión, y, asimismo, la constitucionalidad de la imposición de la sanción, teniendo en cuenta las dificultades de definir apriorísticamente qué tipo de información puede transmitirse o no por los medios de comunicación en la jornada de reflexión.

a) La sentencia de la que discrepo antepone un bien que carece de reflejo constitucional, como es el derecho a la tranquilidad en la jornada de reflexión, a un derecho fundamental como es el de la libertad de información, cuyo ejercicio resulta relegado, a pesar de ser un derecho fundamental que garantiza el pluralismo político y la conformación de una sociedad democrática. Se concibe, así, la jornada de reflexión como una especie de retiro, en la que no tiene cabida el ejercicio de aquel derecho fundamental, salvo de manera muy restringida y a expensas siempre del criterio de la Junta Electoral correspondiente. En mi opinión, la jornada de reflexión es hoy anacrónica, carece de utilidad y supone una restricción desproporcionada a la libertad de información. Esa figura (denominada en otros países “veda electoral” o “silencio electoral”) tiene su origen, en nuestro país, en la Transición política. El art. 38 del Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre Normas Electorales, establecía que “La campaña de propaganda electoral durará veintiún días y deberá terminar a las cero horas del día inmediato anterior a la elección”, y dos meses antes de la celebración de las elecciones, el Gobierno expuso cómo se iba a desarrollar el proceso, indicando que la campaña electoral concluiría el día 14 de junio a las cero horas, y añadiendo que “esta fecha, jornada de reflexión, estará libre de toda acción electoral”. Ese término se ha mantenido para identificar el día previo al de celebración de las elecciones, aunque, lo importante, a nuestros efectos, son las limitaciones que se imponen en él. Esa jornada de reflexión tenía una justificación en aquel momento, en el que se celebraban las primeras elecciones con tintes verdaderamente democráticos tras cuarenta años de dictadura, por lo que resultaba adecuada para que los electores tomaran conciencia plena de su decisión en aquella

primera campaña electoral. Sin embargo, hoy, tras más de cuarenta años de elecciones democráticas, el electorado ha alcanzado un grado de madurez que hace innecesaria esa prevención. Más importante que la tranquilidad para tomar la decisión es contar con la suficiente información para que esa decisión se tome de manera consciente, meditada, y, sobre todo, libre, aspecto en el que incide fundamentalmente el art. 23.1 CE, y para cuya efectividad es esencial que se tenga información veraz sobre las candidaturas, sus programas y todos los aspectos que rodean a unas elecciones. De ahí que la libertad de expresión y la de información del art. 20.1 a) y d) CE sean esenciales en el desarrollo de un proceso electoral. Como este Tribunal señalara en la STC 136/1999, de 20 de julio, «cuando estas libertades operan como instrumento de los derechos de participación política debe reconocérseles si cabe una mayor amplitud que cuando actúan en otros contextos, ya que el bien jurídico fundamental por ellas tutelado, que es también aquí el de la formación de la opinión pública libre, adquiere un relieve muy particular en esta circunstancia, haciéndoles “especialmente resistente(s), inmune(s) a las restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar”»; y añadió que «cuando esas libertades aparecen “conectad(as) a los procesos de formación y exteriorización de un poder político democrático (art. 23 C.E.)”, deberá garantizarse la máxima libertad -y los mayores medios- para que los individuos y los grupos hagan llegar a los electores cualquier tipo de opiniones o informaciones “para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos” (STC 157/1996, fundamentos jurídicos 5º y 6º)».

Por otra parte, como ya he señalado, es preciso tomar en consideración el contexto histórico en el que se van a aplicar las normas, y el actual demuestra que la regulación de la LOREG resulta obsoleta, porque no se acomoda a un momento en el que los medios digitales se imponen en la comunicación de informaciones, ideas y opiniones, alcanzando una dimensión global. Ya desde la última década del siglo pasado comenzaron a proliferar las televisiones privadas, pero, actualmente, las tecnologías de la información y la comunicación van mucho más allá y han evolucionado de manera exponencial, extendiéndose su uso en todos los estratos sociales a través de prensa digital, redes sociales, blogs, mensajería instantánea, etc., de manera que cualquier mensaje se transmite en muy poco tiempo desde cualquier parte del planeta a una gran cantidad de población, que puede recibir de esta manera la información precisa para ejercer libremente y con suficiente conocimiento de todos los datos su derecho de voto. Los partidos políticos han tomado conciencia de esa realidad y han orientado sus estrategias de comunicación hacia esa esfera digital, como medio de llegar a más potenciales votantes. Y esa comunicación no se interrumpe ni en la jornada de reflexión, ni en el día mismo de celebración de las elecciones:

los contenidos de los diarios digitales permanecen en la red, y el tránsito de mensajes con opiniones y noticias en redes sociales es constante. Siendo ello así, no se justifica la restricción que se impone a la prensa en la jornada de reflexión, que se muestra desproporcionada desde el momento en que esa medida limitativa, que pretendería la emisión de un voto meditado, que responda a la voluntad del elector, en virtud de una decisión adoptada en un “marco de serenidad”, como afirma la sentencia de la que disiento, produce un resultado que es el contrario al pretendido, ya que se elimina en esa jornada de reflexión el cauce habitual para obtener una información contrastada y veraz, constituido por la prensa, mientras que proliferan en internet, en redes sociales, en sistemas de mensajería instantánea, en blogs y en otras vías digitales de comunicación noticias, ideas y opiniones que, en no pocas ocasiones, se transmiten con la intención de producir una verdadera desinformación que altere la percepción de los electores sobre las candidaturas y sus programas, y, en último término, que puede condicionar en algún modo la decisión sobre el voto y el resultado electoral. En tal situación, la prensa ofrece una mayor garantía de veracidad en la información, y no sólo no resulta justificada constitucionalmente la limitación que se le impone, sino que, antes al contrario, revela la necesidad de que se otorgue una mayor protección y proyección a la libertad de información del art. 20.1 d) CE que se desarrolla a través de este medio. No podemos olvidar que, como se ha afirmado en la doctrina de este Tribunal (STC 165/1987, de 27 de octubre, FJ 10), la protección constitucional de los derechos de que se trata “alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción”. Los cauces por los que se difunde la información aparecen así como relevantes para determinar su protección constitucional (STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4). Y no cabe oponer a esa conclusión la idea de que las distintas publicaciones puedan tratar de orientar el voto en función de su ideología, porque la madurez del electorado permite presumir la capacidad de distinguir las líneas editoriales de los distintos medios de comunicación, al tiempo que se ha de reconocer a quienes ejercen el periodismo la profesionalidad suficiente como para actuar durante todo el proceso electoral con toda la seriedad y el rigor informativos que la libertad de expresión y la de información requieren en tanto que fundamento del pluralismo político y de la conformación de una sociedad democrática.

Por todo ello, estimo que, hoy día, los límites que se imponen al ejercicio del derecho fundamental a la libertad de información por parte de la prensa en la jornada de reflexión ya no son acordes con el art. 20.1 d) CE.

b) El otro aspecto se refiere a la valoración de la dificultad para conocer de antemano qué información puede transmitirse o no en la jornada de reflexión, tema en el que se centra la sentencia aprobada por la mayoría, entendiendo que no hay dificultad de interpretación, con lo que la sanción cumple con los requisitos de la previsibilidad y de la taxatividad constitucionalmente exigibles, porque esa cuestión se viene interpretando igual por la Junta Electoral Central y por el Tribunal Supremo desde el siglo pasado. Es decir, se construye la previsibilidad de la sanción desde la interpretación del tipo formulada por la Junta Electoral y la jurisprudencia ordinaria, que se da por buena sin realizar el juicio autónomo que cabría esperar de este Tribunal. Y, en ese juicio, se debería haber analizado la cuestión desde la óptica del ejercicio de la libertad de información del art. 20.1 d) CE, para determinar si esa interpretación supone una limitación excesiva del derecho fundamental, y si, en el contexto actual, sigue siendo razonable su mantenimiento.

He de comenzar por recordar que el art. 20.4 CE, refiriéndose a derechos fundamentales como la libertad de expresión y la libertad de información, dispone que tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el Título primero, en los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. Partiendo de la premisa ya expuesta anteriormente de que los preceptos de la LOREG en esta materia son totalmente imprecisos, nos encontramos con que los límites al ejercicio de la libertad de información durante el período electoral y, especialmente, en la jornada de reflexión, los imponen decisiones de la Administración electoral o jurisdiccionales. Los aplicadores de la norma deben limitarse a interpretarla en el caso concreto, pero sin que esa labor hermenéutica pueda llegar hasta el extremo de innovar la regulación, asumiendo el papel del legislador orgánico e introduciendo supuestos que no están de manera clara recogidos en aquella. No cabe oponer a ello, como excusa, que se trata de salvaguardar los derechos de participación del art. 23 CE, porque, como ya he dicho, nuestra jurisprudencia se ha encargado de afirmar que, cuando la libertad de información y la de expresión operan como vehículo de los derechos de participación política, debe reconocérseles mayor amplitud que cuando actúan en otros contextos, ya que tutelan la formación de una opinión pública libre, bien jurídico fundamental que adquiere una particular relevancia en tales casos, por lo cual, debe otorgarse al ejercicio de esos derechos fundamentales la máxima libertad.

Efectuada esta primera precisión, hemos de añadir que someter la información a publicar, en último término, a lo que decida la Junta Electoral sobre si la noticia, o el reportaje, o el artículo o la entrevista tienen o no cabida en la imprecisa -desde la perspectiva de la libertad de

información- prohibición del art. 53, párrafo primero, LOREG limita seriamente el ejercicio del derecho fundamental. Los profesionales de la información ven pender sobre sus cabezas, a modo de espada de Damocles, la velada amenaza de que esa información que quieren hacer llegar al ciudadano sea descalificada por la Administración electoral, que actúa a modo de censor, de manera que el ejercicio de la libertad de información deja de ser plenamente libre, y se ve sujeta a condicionamientos que limitan su esencial función, ligada al pluralismo político y al funcionamiento del sistema democrático. La situación que ello crea nos coloca ante una posición que no dista mucho de la censura previa proscrita por el art. 20.2 CE, y algo así, después de más de cuarenta años de elecciones democráticas, en los que la prensa ha desempeñado un papel fundamental, sin el cual habría sido difícil el recto devenir de nuestro camino como Estado democrático, no puede tolerarse. Los profesionales del periodismo tienen el derecho fundamental y la función de informar de manera veraz sobre el proceso electoral, y han de hacerlo hasta el último día sin cortapisas, sin más limitaciones que las que resultan de manera clara del art. 53 LOREG: sus publicaciones no pueden efectuar propaganda electoral ni suponer un claro acto de campaña. Fuera de esos límites -cuya transgresión merecerá la correspondiente reacción-, la información que suministren se ha de presumir plenamente amparada por la libertad del art. 20.1 d) CE, incluso en la jornada de reflexión.

Aunque refiriéndose al derecho de manifestación, que se encuentra estrechamente unido a la libertad de expresión, este Tribunal ha afirmado que la prohibición del párrafo primero del art. 53 LOREG «no significa naturalmente que durante la denominada jornada de reflexión previa a las elecciones no pueda celebrarse ninguna manifestación cuyo objeto tenga algo que ver con el debate político y, por tanto, pueda influir indirectamente en las decisiones de los electores. Pues teniendo en cuenta el carácter de exposición pública y colectiva de ideas, opiniones o reivindicaciones que es consustancial al ejercicio del derecho de reunión, es elemental que, por principio, toda reunión o manifestación puede conectarse en último término, y aunque sea remotamente, con el debate político y, por lo mismo, con las decisiones de los electores. De modo que, de aceptar semejante planteamiento, por esa vía llegaríamos al absurdo de admitir la prohibición de toda reunión o manifestación por el simple hecho de serlo y coincidir con la jornada de reflexión previa a unas elecciones; una conclusión que obviamente debe ser rechazada, sin embargo, pues, según hemos advertido en otras ocasiones, “la mera posibilidad de que una reivindicación ..., pueda incidir de una u otra forma en el electorado, se muestra como hipótesis insuficiente para limitar el derecho de reunión en periodo electoral” (STC 38/2009, de 9 de febrero, FJ 4)» (STC 96/2010, de 15 de noviembre, FJ 4). Esa concepción puede trasladarse,

con los mismos argumentos, a las libertades de expresión e información, sin que resulte admisible que una publicación realizada en la jornada de reflexión se vea sancionada porque pueda influir de alguna manera, aunque sea remotamente, en el electorado. Electorado al que -vuelvo a repetirse le presume ya una cierta madurez después de más de cuatro décadas de celebración de elecciones, y que recibe en la propia jornada de reflexión un bombardeo de información y opiniones a través de los canales digitales, que pueden incidir más en su intención de voto que la simple publicación de una entrevista con una candidata en un diario perteneciente a la tradicional prensa escrita.

Esta última reflexión nos conduce al análisis del otro extremo que he planteado como elemento que debería haber sido objeto de necesaria consideración en la sentencia. Me refiero a la duda de si sigue siendo razonable desde la perspectiva constitucional, en el contexto actual, la interpretación que efectúan la Administración electoral y la jurisprudencia en relación con la información que puede transmitirse por los medios de comunicación en la jornada de reflexión, y la consiguiente sanción de publicaciones como la efectuada en el asunto del que trae causa la presente cuestión de inconstitucionalidad. Pues bien, creo que no es necesario extenderse más en este punto, pues cuanto se ha expuesto en el apartado a) anterior acerca de las nuevas tecnologías de la comunicación que imperan hoy día, que tienen un alcance global, y que permiten a los ciudadanos obtener información y opiniones al instante hasta en el día de celebración de las elecciones, colocan a la LOREG en la más absoluta de las obsolescencias, y privan de toda razonabilidad a interpretaciones tan limitativas para el ejercicio de la libertad de información como las de la Administración electoral y la jurisprudencia que han servido a la sentencia de la que discrepo para afirmar la constitucionalidad de la sanción y otorgar carácter electoral a la actuación del procedimiento a quo, indicando indirectamente al Tribunal Supremo, promotor de la cuestión, cuál debería ser su decisión. En el estado actual de las tecnologías de la comunicación carece de todo sentido, desde la perspectiva constitucional, la restricción del ejercicio de la libertad de información por los medios de prensa en la jornada de reflexión, que deriva de esas interpretaciones, máxime cuando ese ejercicio, para ser legítimo y estar amparado en el art. 20.1 d) CE, ya cuenta con limitaciones, pues, de acuerdo con la doctrina constitucional, ha de satisfacer unos requisitos, que consisten, básicamente, en que las informaciones que se transmitan deben ser de interés público y veraces.

4. Todavía queda un aspecto más de la sentencia a la que formulo este voto particular que merece no sólo mi atención, sino mi radical rechazo. La constitucionalidad de la sanción al director de un medio se construye a partir de determinados preceptos de la Ley de Prensa e

Imprenta de 1966, conforme a los cuales al director le corresponde la orientación y determinación del contenido de las publicaciones (art. 34), tiene el derecho de veto sobre el contenido de todos los originales del periódico (art. 37), y es responsable de cuantas infracciones se cometan a través del medio informativo a su cargo (art. 39). La sentencia entiende que la exigencia de responsabilidad al director por incumplimiento de las obligaciones del art. 53 LOREG no supone una responsabilidad objetiva si se interpreta conforme a la Constitución, esto es, si se observa la infracción de un deber objetivo de cuidado, pues tiene el derecho de veto que prevé la Ley de 1966, y puede exigírsele responsabilidad por la vulneración de las obligaciones de la LOREG derivadas de publicaciones que, por su relevancia, no pudieron ser publicadas sin su conocimiento y consentimiento, lo que excluye la quiebra del principio de culpabilidad.

Aunque la sentencia niega que se trate de una responsabilidad objetiva, en realidad, lo que se ha construido es una responsabilidad de esa naturaleza, en contra de la doctrina de este Tribunal, que la propia sentencia recoge, pero que no aplica en debida forma. Partiendo de las exigencias del art. 25.1 CE, no puede darse por supuesta esa responsabilidad a partir de un derecho de veto contemplado en una norma preconstitucional, que exigiría una diligencia extrema para comprobar todos y cada uno de los contenidos del periódico; es necesario que quede acreditada una intención de incumplir la normativa electoral, personalizada en el director que, por otro lado, representa a la empresa editora, que ha sido quien lo ha designado libremente, lo que también permitiría desplazar la responsabilidad hacia ésta en lugar de hacia el director. A mi juicio, no sirve aquí la cita de la STC 172/1990, que se invoca en la ponencia, porque se refiere a la responsabilidad civil solidaria de los autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores (art. 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta), no a la penal o administrativa, que tienen un distinto alcance, encontrándose estas últimas amparadas por las exigencias del art. 25 CE -que aquí no se cumplen- y por las garantías procedimentales del art. 24 CE.

Pero, al margen de lo anterior, lo que me parece fundamental señalar, es que se construya la constitucionalidad de la responsabilidad que se impone a un director de periódico a partir de la Ley de Prensa e Imprenta de 1966 que, según su Preámbulo, se dicta en cumplimiento de los postulados y las directrices del Movimiento Nacional, tal y como se han plasmado no sólo en el Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945, sino también en la Ley Fundamental de 17 de mayo de 1958, por la que se promulgan los Principios del Movimiento Nacional. En concreto, el Preámbulo explicita que la Ley es desarrollo del art. 12 del Fuero de los Españoles, conforme al cual todo español podrá expresar libremente sus ideas “mientras no atenten a los principios fundamentales del Estado”. Una norma preconstitucional y que tiene ese fundamento no puede

ser utilizada por este Tribunal como pauta para delimitar el derecho fundamental del art. 20.1 d) CE y construir la responsabilidad del director de un periódico por las publicaciones efectuadas contraviniendo -según entiende la sentencia- las prohibiciones del art. 53 LOREG, porque la finalidad que perseguía y el contexto en que se aprueba son lo más opuesto a la garantía y la extensión de la libertad de información, como fundamento del pluralismo político que, como he reiterado, es un valor esencial de nuestro Estado democrático, que ha sido un costoso logro obtenido después de cuarenta largos años de dictadura, en la que derechos, principios y valores que son esenciales en nuestro actual sistema democrático, eran simplemente inexistentes o una mera apariencia a través de la que se escondía una herramienta al servicio del aparato estatal.

En efecto, la Ley de Prensa, junto con el Estatuto de la Profesión Periodística, cuyo texto refundido fue aprobado por Decreto 744/1967, de 13 de abril, articulaban un sistema dirigido a controlar la prensa y que no se excediera de los dictados gubernamentales, a pesar de no ser tan restrictiva como la Ley de prensa de 22 de abril de 1938. Su artículo 2 (derogado en 1977) establecía las causas para limitar la libertad de expresión, disponiendo: “La libertad de expresión y el derecho a la difusión de información, reconocidas en el artículo primero, no tendrán más limitaciones que las impuestas por las leyes. Son limitaciones: el respeto a la verdad y a la moral; el acatamiento a la Ley de Principios del Movimiento Nacional y demás Leyes Fundamentales; las exigencias de la defensa Nacional, de la seguridad del Estado y del mantenimiento del orden público interior y la paz exterior; el debido respeto a las instituciones y a las personas en la crítica de la acción política y administrativa; la independencia de los Tribunales y la salvaguardia de la intimidad y del honor personal y familiar”. Eso ya da una clara idea de cuál era la orientación de la Ley. Por otra parte, el ejercicio de la profesión periodística exigía la inscripción en el Registro Oficial de Periodistas, así como la pertenencia a la Federación Nacional de las Asociaciones de la Prensa de España, a través de la Asociación de la Prensa que les correspondiera, Federación que ostentaba la consideración de órgano de representación, coordinación y gestión conjunta de la profesión periodística española, que estaba constituida por las respectivas Asociaciones de la Prensa e integrada, como Colegio Profesional, en la Organización Sindical, y que era la encargada de expedir el carnet profesional sin el cual no era posible el ejercicio del periodismo. Es decir, existía un control absoluto para el ejercicio de la profesión periodística, que culminaba con la posibilidad de sometimiento de su actuación al Jurado de Ética Profesional, al que correspondía enjuiciar y sancionar (hasta con la inhabilitación absoluta) toda infracción de las normas contenidas en el artículo diez sobre incompatibilidades o de las que afectaban a la ética profesional en los principios generales de la profesión periodística, que se publicaban como

anexo al Decreto que aprobó el texto refundido del Estatuto de la Profesión Periodística. El primero de tales principios decía así: “En el ejercicio de su misión, el periodista ha de observar las normas de la moral cristiana y guardar fidelidad a los Principios del Movimiento Nacional y Leyes Fundamentales del Estado”. En definitiva, se trataba de una regulación que permitía ejercer un notable control sobre los periodistas, porque, para ejercer su profesión, debían estar inscritos en el Registro Oficial, obtener el carnet de la Federación integrada en la Organización Sindical, quedando expuestos, además, a un Jurado de ética profesional de la vigilancia de sus principios morales. El Director quedaba sujeto a los mismos requisitos que los periodistas, aparte de otros específicos (art. 35 de la Ley) y una serie de prohibiciones para poder serlo (art. 36), entre las que se contaban las condenas judiciales y las sanciones por el Jurado de ética, más parece que la responsabilidad personal que se imputa al director (a pesar de poder contar con un Consejo Asesor de Redacción), tenía una función coercitiva para evitar que se saliera de las líneas gubernamentales, y que el derecho de veto que se le otorgaba no era sino un mecanismo para tener controlado al periódico con la misma finalidad. Era una regulación para adeptos al régimen, para someter al mismo a toda persona que quisiera dedicarse al periodismo y para tener controlados desde el Gobierno a los distintos periódicos o agencias.

La sentencia de la que discrepo ha realizado una labor interpretativa integrando la Ley de Prensa e Imprenta de 1966 y prescindiendo por completo de esta valoración. No tiene explicación lógica alguna que se emplee una ley de la dictadura para delimitar el derecho fundamental a la libertad de información del art. 20.1 d) CE, en lo que se refiere a la función del director de un periódico. En mi opinión, una construcción argumentativa de ese tenor degrada un derecho fundamental que es uno de los logros más esenciales de nuestra Constitución, y esencial en el sistema democrático, al contribuir a la formación de una opinión pública libre y ser garantía del pluralismo político. Valores que, como fácilmente se comprende, no encuentran relación alguna en la Ley de 1966, que tiende a controlar la prensa y a convertirla en una institución al servicio del Estado, por más que en la última época del franquismo cobrara fuerza un movimiento periodístico más crítico con el régimen, cuya lucha obtuvo el fruto de ver reconocida la libertad de información como un derecho fundamental dotado de la mayor protección en el Texto constitucional.

Por las razones expuestas, no comparto que sea acorde con la Constitución la labor de construcción de la responsabilidad del director de un periódico al amparo de la normativa electoral, a partir de la integración de ésta con la Ley de Prensa e Imprenta de la dictadura. Creo que el respeto al art. 20.1 d) CE no tolera semejante operación interpretativa.

Y, en este sentido, emito mi Voto particular.

Madrid, a veintiocho de enero de dos mil veintiuno.