

Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad.

Especial referencia a su problemática jurídico penal (*)

IGNACIO BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Salamanca

1. La determinación de los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad, y muy especialmente el derecho al honor, tiene un especial interés en la actual discusión jurídica en España. En los orígenes de este debate está la entrada en vigor de la Constitución, que genera un proceso de revisión de los términos en que hasta entonces se había abordado al solución del conflicto y la promulgación de la Ley de 5 de mayo de 1982 de Protección civil del derecho al honor a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen que genera de hecho una discriminación del mismo. En este proceso han sido piezas claves la revisión propuesta por un amplio sector de la doctrina (1) y el contenido de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (2), y el mismo se ha materializado entre otras cosas en una reinter-

(*) Este artículo constituye mi aportación al Anuario de 1990 del Departamento de Ciencia Política y Derecho Público de la Universidad Autónoma de Barcelona.

La redacción se concluyó en febrero de 1991 por lo que no se pudo tomar en cuenta la importante monografía de Carmona Salgado: «Libertad de expresión e información y sus límites», Madrid 1991. De igual manera no se han podido tomar en consideración las sentencias que el Tribunal Constitucional ha dictado a lo largo de 1991 sobre esta materia. En concreto la 65/1991 de 22 de marzo, la 143/1991 de 1 de julio, la 197/1991 de 17 de octubre y la 214/1991 de 11 de noviembre.

(1) La necesidad de revisar el tratamiento jurídico del conflicto se ha subrayado por especialistas de todas las ramas del ordenamiento implicada, sirvan de muestra las monografías de: Berdugo, «Honor y libertad de expresión», Madrid, 1987; Muñoz Machado, «Libertad de prensa y procesos por difamación», Barcelona, 1988; Salvador, y otros, «Qué es difamar. Libelo contra la ley del libelo», Madrid, 1987.

(2) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional referida al conflicto de la libertad de expresión con otros derechos arranca de la Sentencia 104/1986 de 17 de julio, caso Soria Semanal. Tras ella el Tribunal constitucional ha elaborado una importante

pretación de determinados preceptos del Código Penal marco jurídico en el que tradicionalmente se resolvió este conflicto.

La entrada en vigor de la Constitución supuso el reconocimiento dentro de los derechos fundamentales y las libertades públicas del derecho al honor, artículo 18.1 y de la libertad de expresión, artículo 20. Este reconocimiento aparece, en el caso del honor, por un lado condicionado por exigencias constitucionales que difícilmente posibilitan mantener la vieja concepción fáctica del honor (3) y, por otro, vinculando este derecho a la intimidad, con lo que se da cabida en nuestra legislación a una corriente creciente en otros ordenamientos europeos de incorporación de este derecho de raíz anglosajona y reforzamiento en general de los denominados derechos de la personalidad.

En relación a la libertad de expresión, el complejo y lleno de matices artículo 20, desde una primera lectura exterioriza un contenido que necesariamente supera, como no puede ser de otra manera en un sistema democrático, el de la mera exteriorización del pensamiento.

La regulación constitucional se completa con el texto del artículo 20.4 que parece referirse directamente al tema objeto de este estudio al establecer, respecto a las libertades del artículo 20 de forma análoga al artículo 5.2 de la Ley Fundamental de Bonn (4), que: «estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que los desarrollan y especialmente al derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

Cualquier intento de aportar soluciones pasa por interpretar los mencionados preceptos de la Constitución. En primer lugar, por esta-

doctrina, en especial mediante las sentencias 159/1986 de 12 de diciembre, caso Eguín; 186/1986 de 22 de diciembre, caso Revista *Tiempo* contra MERCORSA; 165/1987 de 27 de octubre, caso presidente de Asociación de Vecinos de Santa Coloma de Gramanet; 6/1988 de 21 de enero, Caso Crespo contra Ministerio de Justicia; 107/1988 de 8 de junio, caso Objeto de Conciencia Sr. Navazo; 51/1989 de 22 de febrero, caso de injurias al Arma de Caballería; 121/1988 de 3 de julio, caso de injurias al Poder Judicial; 20/1990 de 15 de febrero, caso Revista *Punto y Hora*; 105/1990 de 6 de junio, caso José M.^o García; 171/1990 de 12 de noviembre, caso herederos del Sr. Patiño contra *El País*, y 172/1990 de 12 de noviembre, caso herederos del Sr. Patiño contra *Diario 16*. Todas las sentencias tienen tras de sí un proceso penal, salvo la 185/1986, que resuelve problemas de aplicación de la normativa reguladora del derecho de recitificación, la 6/1988 referida a una sentencia laboral por despido y las dos últimas referidas a la aplicación de la Ley de Protección Civil del derecho al honor.

(3) El honor según estas teorías consiste en la representación que de las diversas cualidades de un individuo efectúa él mismo o los restantes miembros de la comunidad, ver amplia exposición y crítica en Hirsch, «Ehre und Beleidigung», «Grundfrage der Strafrechtlichen Ehrenschatzes», Karlsruhe, 1967, pp. 15 y ss; Musco, «Bene giuridico e tutela dell'onore», Milano, 1974, pp. 10 y ss.

(4) Que a su vez tiene su antecedente más inmediato en el art. 18 de la Constitución de Weimar.

blecer el alcance de este artículo 20.4, y en un segundo término por interpretar toda la legislación potencialmente afectada y en concreto la legislación penal preexistente, a la luz del contenido de este precepto y en general del marco constitucional.

2. Hasta la entrada en vigor de la Constitución y en los primeros años de su vigencia, el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor se resolvía en el ordenamiento jurídico español, fundamentalmente en el ámbito del derecho penal (5) y mediante su consideración como un conflicto de ánimos (6). A ello contribuían razones políticas, que difícilmente posibilitaban hablar de un reconocimiento de la libertad de expresión (7), y la regulación de los delitos contra el honor en el Código Penal español, con un ámbito de prueba de la verdad muy reducido, y con la incorporación doctrinal y jurisprudencial prácticamente unánime de un elemento subjetivo del injusto.

Técnicamente esta situación suponía que el Código Penal actuaba como límite de la libertad de expresión. La presencia de los componentes subjetivos y objetivos de los tipos penales era la frontera que no podría ser superada por quien tratara de ejercitar esta libertad. El criterio, que podía aceptarse antes de la entrada en vigor de la Constitución, se toma insostenible con la vigencia de ésta, pues en la práctica supondría decidir el contenido del texto fundamental desde el Código Penal, es decir, invertir el principio de jerarquía normativa, que impone interpretar el Código Penal desde la Constitución (8).

Sin entrar en otras consideraciones, un importante sector de la doctrinal penal entendió, desde un primer momento, que el pleno reconocimiento constitucional de la libertad de expresión imponía abandonar la vía del conflicto de ánimos y acudir a la del conflicto de derechos (9). Este conflicto posee un carácter previo al Derecho Penal, es un conflicto constitucional, y su posible solución tiene acogida en el ordenamien-

(5) Excepcionalmente existen una serie de sentencias en el ámbito de la jurisprudencia civil que arrancan de la muy citada de 6 de diciembre de 1912, caso del fraile de Totana, que protegen el honor a través del art. 1902 del Código Civil. Sobre esta jurisprudencia véase Muñoz Machado: «Libertad de Prensa», *cit.*, pp. 47 y ss.

(6) Véase Berdugo, «Honor y libertad de expresión», *cit.*, pp. 75 y ss.; Bacigalupo, «Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injurias», en *Debate Penal* (Lima), 1987, pp. 350 y ss.

(7) Aunque debe aceptarse la matización de Landrove, «Protección del honor y Derecho Penal», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIII, Santiago de Compostela, 1990, p. 213: «Existía, por supuesto libertad de expresión, lo que ocurre es que —como tantas otras cosas— estaba mal repartida. Los problemas, el conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor se plantean cuando este derecho se democratiza.»

(8) Con razón Muñoz Machado titula uno de los epígrafes de su libro sobre «libertad de prensa y procesos de difamación», *cit.*, referido a la jurisprudencia penal, «la escasa penetración de los Principios Constitucionales».

(9) Ver por todos García Pablos, «La tutela penal del honor y la intimidad como límite de la libertad de expresión», en *Estudios penales*, Barcelona, 1984, p. 400.

to penal a través de la eximente 11 del artículo 8.º, que sirve de cauce al principio de unidad del ordenamiento jurídico. La vía apuntada ofrecía una solución nueva tanto a los delitos contra el honor, como en delitos como los desacatos, las injurias al Jefe del Estado o a otras instituciones, donde el clásico debate sobre la virtualidad o no de la *exceptio veritatis*, aparte de sus insuficiencias, producía en el marco constitucional una total densaturación del conflicto (10).

La tesis del ejercicio legítimo de un derecho se vio reforzada desde 1982 por la entrada en vigor de la ya mencionada Ley de Protección Civil del derecho al honor a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en cuanto este texto parte claramente de la idea del conflicto de derechos. Aunque no deba deducirse de aquí una valoración positiva de esta Ley que en buena medida genera más problemas que aquellos que soluciona (11).

3. Si se acepta el punto de partida del conflicto de derechos, el primer paso es analizar el mismo en el ámbito constitucional, con dos fases: caracterización del conflicto y solución del mismo, para, en un segundo momento, intentar trasladar esta solución al ordenamiento penal.

La profundización en el contenido del honor ha llevado a un sector doctrinal a rechazar, con razón, la tradicional concepción factica y a intentar reconstruir su contenido desde la perspectiva constitucional (12).

En el ámbito penal, en gran medida los condicionamientos metodológicos del autor, en particular —aunque no únicamente— el concepto general que se propugna de bien jurídico, han actuado como condicionantes de la posición concreta defendida. En este sentido, he propugnado una construcción del honor, que responde a un modelo de sociedad personalista, como es el diseñado constitucionalmente, con un contenido que se acomode a la participación real del individuo en la sociedad y que sea respetuoso con el principio de igualdad.

Desde este punto de partida cabe entender dos aspectos dentro del honor, como expectativa de reconocimiento que surge de la dignidad de

(10) Esta visión del problema ha sido expuesta desde hace tiempo por Muñoz Conde, «Acerca de la aplicación de la *exceptio veritatis* al delito previsto en el art. 161.1 del Código Penal», en *Cuadernos de Política Criminal* (17), 1982, y reiterada por el mismo en «Libertad de expresión y derecho al honor en el Estado social y democrático de derecho», en *Homenaje a Beristain*, San Sebastián, 1989, p. 853.

(11) Críticamente sobre esta Ley, ver Salvador y otros, «Qué es difamar», *cit.*, *passim*.

(12) A esta pretensión obedecen entre otras las elaboraciones de Alonso Alamo, «Protección penal del honor», en *Anuario de Derecho Penal*, 1983, pp. 119 y ss.; Berdugo, «Revisión del contenido del bien jurídico honor», en *Anuario de Derecho Penal*, 1984, pp. 305 y ss.; Vives en Cobo y otros, «Derecho Penal. Parte especial», 2.ª edic., Valencia, 1988, pp. 640 y ss.; Morales Prats, «Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora», en *Cuadernos de Política Criminal* (36), 1988, pp. 663 y ss.

la persona humana, y como expectativa de reconocimiento que emana de la participación real del individuo en la comunidad. De donde, la imputación objetivamente cierta no lesionará el bien jurídico honor. Esta decisión, como se adelantaba, presupone una opción metodológica importante, entender que el bien jurídico, y por tanto, su contenido, es anterior al Derecho Penal. Ahora bien, sostener que lo cierto no afecta al contenido del bien jurídico honor no quiere decir que no incida sobre la realidad empírica que le sirve de base. Pero la lesión de esa realidad no basta para afirmar que se lesiona el contenido del honor, pues, la mencionada realidad, en la concepción expuesta, debe pasar por el tamiz del cuadro de valores constitucionalmente diseñados. En segundo lugar, debe tenerse presente, que el contenido del honor afectado por estas reflexiones es el resultante de la participación del individuo en la comunidad, no el que se deriva de la dignidad, que, aunque histórico socialmente entendida, es la misma en todos los integrantes de la comunidad independientemente de su actuación social (13).

Por otro lado, el carácter personalista del sistema social constitucionalmente recogido, que es al que en el momento actual se ha de referir el contenido del honor refiere este derecho, «a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar de honor de instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto desde el punto de vista constitucional emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral», como por otra parte sostiene el Tribunal Constitucional desde la sentencia 108/88, de 8 de junio (14). Indudablemente

(13) Esta exposición ya la llevé a cabo en «Revisión del contenido del bien jurídico honor», *cit.*, pp. 306 y ss., y es seguida por Muñoz Conde, «Libertad de expresión y derecho al honor», *cit.*, p. 846.

Este planteamiento ha sido objeto de crítica por Vives en Cobo y otros, «Derecho Penal. Parte especial», *cit.*, p. 643, pues «si bien otorga primacía a los aspectos jurídico constitucionales del honor determina el contenido de éste en base a criterios sociales y normativos» (crítica parcialmente suscrita por Morales Prats, «Adecuación social y tutela penal del honor», *cit.*, p. 681, nota 51). Tras esta crítica lo que subyace es una distinta concepción tanto del bien jurídico como de la Constitución. Pues justamente es la posición por mi propugnada para entender el contenido de la Constitución como algo potencialmente dinámico y conectar con ella la idea de bien jurídico, debe llevar a determinar su contenido con criterios sociales y normativos. En suma, lo que se critica es justamente aquello que se pretendía lograr, un concepto de bien jurídico que dentro del marco constitucional tuviera un contenido que reflejara la realidad social de cada momento histórico.

(14) Posición que el Tribunal Constitucional reitera en posteriores sentencias en las que el recurso de amparo tenía por objeto condenas por desacatos. Así las 51/1989, 121/1989 y 105/1990.

La trascendencia práctica de esta toma de postura es evidente desde el momento en que como recuerda Muñoz Conde «Libertad de expresión y derecho al honor», *cit.*, p. 847, el mayor número de casos ante los tribunales penales se refiere al honor de los políticos y de las instituciones políticas.

esta toma de postura modifica, como se verá, los términos en que puede ser justificante la libertad de expresión en figuras como los desacatos. Pues al no ser aquí el honor el bien jurídico protegido quedan fuera de la mención expresa del artículo 20.4 de la Constitución Española.

Esta construcción del honor no se corresponde con la recogida en el Código, en especial con la señalada restricción de la prueba de la verdad. Ahora bien, aunque políticocriminalmente no sea correcto, la restricción de la *exceptio veritatis* puede, en el momento actual, explicarse desde la necesidad de dar una protección penal al bien jurídico intimidad. Este bien jurídico está, como es sabido, insuficientemente tutelado por nuestro Derecho, pero su relación con el bien jurídico honor, son derechos próximos pero no coincidentes, permite argumentar en la dirección apuntada más arriba (15). En cuanto, un hecho cierto indudablemente puede influir sobre el contenido de la intimidad.

En el conflicto que analizábamos, y como se adelantaba, puede aparecer implicado el derecho a la intimidad. Este derecho de reciente reconocimiento en nuestro ordenamiento posee unos límites de difícil concreción pues se delimitará, no sólo por la pertenencia de un hecho al ámbito de la esfera privada de una persona, sino también por la propia actuación del titular del bien jurídico que, en último término, establecerá los términos efectivos de la tutela jurídica de este derecho (16).

El artículo 20 de la Constitución Española recoge en sus primeros números cuatro libertades, que son el resultado de la evolución experimentada por la libertad de expresión, que ha pasado desde su originaria perspectiva individualista, como mero derecho a exponer libremente el pensamiento (17), a su vinculación a la formación de la opinión pública, consustancial con el carácter democrático del

(15) Sobre la relación entre estos dos bienes jurídicos, vid. Artz, «Der strafrechtlicher Schutz der Intimsphäre», Tübingen, 1970, pp. 140 y ss; Morales Prats, «La tutela penal de la intimidad: privacy e informática», Barcelona, 1984, p. 136.

La relación queda reflejada también en el fundamento tercero de la sentencia 172/1990 del Tribunal Constitucional.

(16) Este criterio es seguido por el art. 2.1 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 cuando afirma que «la protección civil del honor de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por la ley y por los usos sociales, atendiendo al ámbito que por sus propios actos mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia».

(17) Claramente en este sentido, el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano afirma «nadie puede ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, en tanto que su manifestación no altere el orden público establecido por la ley» y en el artículo siguiente: «la libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre. Todo ciudadano puede, por tanto, hablar, escribir e imprimir, salvo la responsabilidad que el abuso de esta libertad produzca en los casos determinados por la ley». Sobre el origen de esta libertad y su posterior evolución véase Novoa: «Derecho a la vida privado y libertad de información. Un conflicto de derechos», México, 1979, pp. 138 y ss.

Estado, incluíble dentro de un genérico derecho a la comunicación (18).

Esta evolución de la libertad de expresión ha llevado a que sea objeto de debate en el momento actual el carácter autónomo o no respecto a ella en particular de la libertad e información (19), al constituir esta última, tanto un derecho a transmitir como a recibir información y presentar aspectos que no están presentes en las restantes libertades del artículo 20.

El carácter institucional de estas libertades y su vinculación al carácter democrático del Estado, ha sido subrayado por la jurisprudencia de los distintos tribunales constitucionales. En particular debe resaltar-se la labor desarrollada por la *Supreme Court* estadounidense y por el *Bundesverfassungsgericht* en la configuración en la práctica de esta libertad. El Tribunal Constitucional español pese a la ausencia, por las ya apuntadas razones históricas, de una construcción teórica y práctica de esta libertad, apunta desde sus primeras sentencias esta doble dimensión de las libertades del artículo 20. En concreto, las de 16 de marzo de 1981 y 31 de marzo de 1982 (20), suponen un primer paso, completado después de forma clara por aquellas sentencias que han abordado situaciones de conflicto con otros derechos. Así, la 101/1986 de 17 de julio, en el conocido caso Soria Semanal, afirma: «esta dimensión de garantía de una institución fundamental, la opinión pública libre (...) otorga a las libertades del artículo 20 una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales».

(18) Esta ampliación del ámbito originario de la libertad de expresión, aparte de su reconocimiento en la jurisprudencia de diversos tribunales constitucionales, queda reflejado en textos internacionales, sirva de muestra la Convención Europea para la salvaguardia de los derechos humanos y libertades fundamentales, que en su art. 10.1 establece: «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar información e ideas sin que haya en ellas injerencia de las autoridades públicas y sin consideración de fronteras.» Sobre la problemática de esta libertad es interesante el trabajo de García Herrera: «Estado democrático y libertad de expresión», *cit.*, *passim*.

(19) El tema ha sido objeto de debate en la doctrina constitucional española, sirva de muestra Solozábal, «Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información», en *Revista española de Derecho Constitucional* (23), 1989.

(20) Esta última sentencia recoge con claridad la doble dimensión de la libertad de expresión al afirmar: «Se ha señalado acertadamente que se trata de todo un derecho de libertad, por lo que básicamente significa ausencia de interferencias o de intromisiones de las autoridades estatales en el proceso de comunicación» y más adelante añade: «El art. 20 de la Constitución tomado en su conjunto y en sus distintos apartados constituye una garantía de una comunicación pública, libre, sin la cual quedarían vacíos de contenido real estos derechos que la Constitución consigna reducidos a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de libertad democrática que enuncia el artículo 1.2. de la Constitución y que es la base de nuestra organización jurídico-política.»

Ahora bien, el artículo 20.1 d) subordina el derecho a la información, ya se le considere libertad autónoma, ya aspecto de la libertad de expresión, al carácter veraz del mismo. La exigencia de veracidad como límite interno de esta libertad puede justificarse tanto desde una perspectiva individual (21) como desde la vinculación al principio democrático (22).

De igual manera, la exclusión de la verdad objetiva como límite de la libertad de expresión viene exigida desde el propio concepto de verdad y desde el carácter democrático del Estado. Pues supondría la existencia de «una verdad» y que su presencia fuera decidida en último término por el propio Estado a través del poder judicial (23). La veracidad se refiere a la actitud hacia la verdad del que ejercite esta libertad respecto al contenido de información (24). El alcance que en la práctica tiene este límite y la determinación de su cometido refleja una gran complejidad y abre una primera serie de valoraciones en el estudio de los presupuestos de este conflicto.

En primer lugar, su propia naturaleza hace que sólo pueda referirse a hechos nunca a juicios de valor. Aunque, en la práctica no siempre es claro cuando se está ante la afirmación de hechos o ante la exteriorización de opiniones. Pues las afirmaciones de hecho suelen venir acompañadas de la valoración de los mismos y los juicios de valor presuponen hechos. Dificultad que se acrecienta para aquellos que propugnan que sólo la libertad de información contribuye a la formación de la opinión pública (25).

(21) Véase con amplitud Ridder: «Die Grundrechte», II, Berlín, 1954, p. 263.

(22) El Tribunal Constitucional alemán en el caso Schmid-Spiegel sostuvo que «el deber de veracidad se fundamenta a la vez en el significado de la formación de la opinión pública en la consideración global de una democracia libre», Bver.g, T. 12, N 14, p. 80.

(23) En este sentido García Herrera, «Estado democrático y libertad de expresión», en *Revista Facultad de Derecho Universidad Complutense* (64), 1982, pp. 152-153.

Además, como sostuve en «Honor y libertad de expresión», *cit.*, pp. 83-84, «Conceptualmente es imposible en un estado democrático aplicar el término verdad a otras exteriorizaciones de la libertad de expresión: juicios de valor, libertad artística o científica... pues supondría tanto como negar la posibilidad de divergencia, la pluralidad de opiniones y constituiría un ataque frontal al propio núcleo de la libertad de expresión».

(24) Esta vía es sugerentemente apuntada por Muñoz Machado, «Libertad de prensa y procesos por difamación», *cit.*, p. 38, para reinterpretar el contenido que en la jurisprudencia penal se da al *anumus iniuriandi*.

(25) En este ámbito es clave la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en el caso Lingens el 8 de julio de 1983, ver comentario en Muñoz Machado, «Libertad de prensa», *cit.*, pp. 190 y ss.

Sobre la dificultad de diferenciar entre afirmaciones fácticas y juicios de valor, vid., Berdugo, «Honor y libertad de expresión», *cit.*, pp. 86 y ss.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido reflejo de estas dificultades, desde el momento en que, en especial a partir de las sentencias 6/1988 y 107/1988, optó por diferenciar claramente entre la libertad de expresión de pensamientos, ideas y opiniones, consagrada en el artículo 20.1 *a*) y el derecho a comunicar y a recibir libremente información sobre hechos, o tal vez más restringidamente sobre hechos que puedan considerarse noticiables recogido en el artículo 20.1 *d*). Desde las mencionadas sentencias optó por una valoración global del supuesto e inclinarse por uno u otro precepto según cual fuera el «elemento que en ellas aparezca como preponderante», para, una vez tomada esta decisión, pronunciarse sobre la presencia o no de los requisitos que condicionan su admisión en uno u otro caso (26). La distinción era aún más trascendente cuando el Tribunal Constitucional en algunas sentencias restringía el carácter institucional de estas libertades a la recogida en el artículo 20.1 *d*) (27).

Las últimas sentencias del Tribunal Constitucional en esta materia, las 171 y 172 de 30 de noviembre de 1990, vuelven a poner de relieve la conexión entre libertad de opinión y libertad de información, en especial, como más adelante se verá, al no restringir la dimensión institucional de las libertades del artículo 20 a la libertad recogida en el artículo 20.1 *d*) (28).

En relación con el alcance de la veracidad, su consideración como verdad subjetiva y como fuente de un deber de diligencia en la transmisión de hechos aparece como coherente con el derecho a expresar el propio pensamiento, independientemente de que ese se corresponda con la realidad, con el reconocimiento del derecho de rectificación y con el pluralismo consustancial a la formación de la opinión pública en un sistema democrático (29).

Sobre este límite interno de la libertad de expresión, el Tribunal Constitucional ha mantenido siempre una posición análoga a la expues-

(26) Con claridad véase sentencia del Tribunal Constitucional 107/1988 en la que textualmente se afirma: «Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones de un lado y comunicación informativa de hechos por el otro [...] tiene decisiva importancia la hora de determinar la legitimidad de ejercicio de estas libertades, pues mientras los hechos por su materialidad son susceptibles de prueba, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor no se prestan por su naturaleza abstracta a una demostración de su exactitud y ello hace aquel al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación.»

(27) Es el caso de la sentencia 159/1986 o de la 165/1987.

(28) Al respecto es clave el contenido del fundamento 9.º de la sentencia 171/1990 y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en especial el mencionado caso *Lingens*, Sentencia de 8 de julio de 1986.

(29) Más ampliamente véase Berdugo, «Honor y libertad de expresión», *cit.*, pp. 84-85.

ta (30), que sintetiza con acierto en la sentencia 6/1988 de 21 de enero, caso Crespo, al expresar:

«Cuando la Constitución requiere que la información sea veraz no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas o sencillamente no probadas en juicio, cuando estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como hechos hayan sido objetos de previo contraste con datos objetivos, privándose así de la garantía constitucional a quien defraudando el derecho de todos a la información, actúa con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado», añadiendo, «en definitiva las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponer “la verdad” como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio».

Es decir, la cumplimentación o no del deber de veracidad y, por tanto, la inclusión o no dentro de la libertad de información, no depende de la mayor o menor correspondencia con la verdad de lo afirmado, sino del grado de cumplimentación o no de la diligencia exigida.

La exigencia genérica de diligencia en la comprobación de la correspondencia con la realidad de los hechos que se transmiten reposa sobre el mismo fundamento de esta libertad y sobre la eventual lesión de otros derechos derivada de la información inexacta. La protección constitucional de la información falsa pero diligente que lesiona otros bienes jurídicos respondería al principio del riesgo permitido justificado en la función que en nuestros modelos sociales desarrolla la opinión pública. El deber de veracidad genera para poder afirmar la existencia de libertad de expresión un deber de comprobación que posee particular transcendencia respecto a la actuación de los medios de comunicación. Este deber ha de ser posible y presenta un alcance e intensidad que dependen de las características del caso concreto. Así, deberá valorarse la fuente y naturaleza de la afirmación que se transmite, el contenido de lo afirmado y en el caso de los medios de comunicación las peculiaridades de su función y la rapidez en la transmisión de la noticia (31).

La formulación negativa llevaría a excluir del ámbito de la libertad de expresión, siguiendo criterios sostenidos por la jurisprudencia estadounidense, a los supuestos de «consciente falsedad» y «notorio desprecio de la verdad» (32).

(30) Ya desde la sentencia 168/1986 en la que el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el derecho de rectificación y afirma que «además de su primordial virtud de defensa de los derechos o intereses del rectificante, supone [...] un complemento en la práctica de la opinión pública libre».

(31) Idéntica postura sostuvo en «Honor y libertad de expresión», *cit.*, p. 120.

(32) Berdugo, «Honor y libertad de expresión», *cit.*, pp. 84-85. Análogamente véase Vives, en Cobo y otros, «Derecho Penal. Parte especial», *cit.*, pp. 654.

Esta posición para concretar el alcance del deber de veracidad ha sido seguida en parte por las sentencias 171 y 172/1990 del Tribunal Constitucional, al sostener que debe negarse «la garantía constitucional a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable» (33).

4. Afirmado en un caso concreto el ejercicio de cualquiera de las libertades del artículo 20 y su incidencia sobre el honor o la intimidad, el artículo 20.4 de la Constitución Española parece dejar resuelto el problema de su eventual colisión, al establecer la preponderancia en todo caso del derecho al honor, en cuanto que aparentemente se trata de un límite externo a la libertad de expresión. Con lo que, si el contenido de lo expresado incide sobre el honor ajeno, por definición, no estamos ante el ejercicio de la libertad de expresión jurídicamente tutelado, sino, al contrario, ante el ataque al honor. Esta posición tuvo acogida en la primera jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a la entrada en vigor de la Constitución y es rechazada por algunos autores (34) y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de forma expresa, a partir de la sentencia de 17 de julio de 1987. En esta sentencia se afirma en su fundamento 5.º que: «El derecho al honor no es sólo un límite a las libertades del artículo 20.1 a) y d) [...] citado de modo expreso en el párrafo 4.º del mismo artículo de la Constitución, sino que según el artículo 18.1 de la Constitución es en sí mismo un Derecho Fundamental. Por consiguiente, cuando del ejercicio de la libertad de opinión (artículo 20.1 a)) y/o de la libertad de comunicar información por cualquier medio de difusión artículo 20.1 d) resulta afectado el derecho al honor de alguien, nos encontramos ante un conflicto de derechos, ambos de rango fundamental, lo que significa que no necesariamente y en todo caso dada la afectación del derecho al honor haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, ni tampoco siempre hayan de ser estas considera-

(33) Pese a ello ambas sentencias introducen una importante y criticable modulación en la doctrina mantenida desde la sentencia 6/1988 por el Tribunal Constitucional, al condicionar la cumplimentación del deber de veracidad, y por tanto, en la protección constitucional, no sólo la diligencia en la comprobación sino exigiendo que concurra «sólo supuestos de exactitud cuestionable» o se incurre en errores circunstanciales, que no afecten a la esencia de lo informado, parece el Tribunal con esta Sentencia abrir un portillo injustificado a la verdad objetiva como condicionante de la libertad de expresión.

(34) Con ella se seguía la tesis formal imperante en Alemania en la época de la república de Weimar, cuyos resultados prácticos llevaban a que la libertad de expresión cediera frente a cualquier otro bien jurídico, vid. Herzog, en Maunz/Düring/Herzog, «Grund Gesetz Kommentar», C. art. 5, n.º 258. Los riesgos de una interpretación análoga en nuestro derecho son puestos de relieve por García Herrera, «Estado democrático y libertad de expresión», *cit.*, p. 165.

das como prevalentes, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otras.»

Es decir, el Tribunal Constitucional suscribe desde esta sentencia la posición que entiende que ante un conflicto de derechos se impone la ponderación de los mismos para determinar si en un caso concreto se dan en la libertad de expresión aquellas características que la sitúan en una posición preferente y que llevarían a resolver el conflicto en su favor.

Si esto es así queda abierta la interrogante del sentido que posee el mencionado artículo 20.4. En mi opinión, exterioriza el principio de proporcionalidad, que supone la exclusión de la incidencia gratuita sobre los derechos de la personalidad, y la necesidad de buscar soluciones que impliquen un mantenimiento en lo posible de estos derechos en conflicto (35). De forma expresa esta idea aparece recogida en el importante fundamento 5.º de la sentencia 171/1990 al afirmar: «El valor preferente del derecho de información no significa, pues, dejar vacíos de contenido a los derechos fundamentales de las personas afectadas o perjudicadas por esa información, que ha de sacrificarse sólo en la medida en que resulte necesario para asegurar una información libre en una sociedad democrática.»

5. De lo analizado hasta ahora queda abierta la interrogante de como debe resolverse el conflicto en los distintos grupos de casos y en coherencia con las afirmaciones efectuadas hasta ahora.

El primer grupo de casos que puede ser objeto de reinterpretación son los englobados en los delitos contra el honor dentro de la *exceptio veritatis* y los que tradicionalmente incluye la doctrina penal dentro de la eximente 11 del artículo 8.º. En ambos supuestos la libertad de expresión asegura la vigencia de un interés general vinculado a la materia sobre la que se realiza la imputación —en las calumnias o en las injurias del artículo 458, n.º 1— o a la condición del sujeto pasivo, en las injurias dirigidas contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo. En los tres supuestos el interés general al que sirve la libertad de expresión justifica la lesión del bien jurídico tutelado (36).

Una explicación análoga puede darse a la justificación en los casos que la doctrina tradicionalmente incluye en la eximente 11 del artículo 8; el deber de declarar como testigo, la emisión de informes por los funcionarios públicos o con carácter genral el ejercicio de la abogacía. En los tres supuestos la libertad de expresión sirve a intereses de carácter

(35) Ampliamente sostuve y fundamente esta interpretación, en «Honor y libertad de expresión», *cit.*, pp. 68 y ss.

(36) Este camino fue apuntado por Cuerda, «La colisión de deberes en Derecho Penal», Madrid, 1984, p. 75, desarrollado por Berdugo, «Honor y libertad de expresión», *cit.*, pp. 85 y ss.

general como son, el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, el correcto desempeño de la función pública o la práctica del derecho de defensa (37).

El segundo grupo de casos lo constituyen aquellos supuestos en los que las libertades del artículo 20 presentan el carácter institucional derivado de su contribución a la información de la opinión pública. En éstos la conexión del ejercicio de estas libertades con el carácter democrático y pluralista del Estado le otorgan un valor preferente sobre los derechos de la personalidad eventualmente afectados por su ejercicio. El valor preferente de estas libertades es doctrina general tanto para la *Supreme Court* estadounidense como para el *Bundesverfassungsgericht* alemán (38).

En igual sentido, la tesis de valor preferente en la libertad de expresión en situaciones de conflicto, que ya fue defendida por la doctrina española (39), es línea básica en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. Así, ya en la sentencia 104/86 de 17 de julio, caso Soria Semanal, se afirmaba, como veíamos, que «Esta dimensión de garantía de una institución fundamental, la opinión pública libre, indiscutiblemente ligada con el pluralismo político [...] otorga a las libertades del artículo 20 una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales». Con ello el Tribunal constitucional inicia la aceptación expresa de la doctrina de la posición preferente, que reitera y desarrolla en especial en las sucesivas sentencias números 159/1986, 165/1987, 107/1988, 51/1989, 212/1989, 20/1990, 105/1990, 171/1990 y 172/1990.

En síntesis, la doctrina de la posición preferente de la libertad de expresión propugnada por el Tribunal Constitucional español se puede sintetizar en los siguientes rasgos:

El fundamento de la preponderancia de las libertades del artículo 20 respecto al honor y la intimidad radica en su contribución a la formación de la opinión pública, que constituye uno de los pilares en una

(37) Sobre el tema Berdugo, «Honor y libertad de expresión», *it.*, p. 93.

(38) Sobre la doctrina de la *Supreme Court*, ver el estudio de Muñoz Machado, «Libertad de prensa y procesos de difamación», *cit.*, pp. 88 y ss., y en particular el examen de la conocida Sentencia *New York Times V. Sullivan*, pp. 99 y ss. Importantes referencias a los puntos claves de la Jurisprudencia Constitucional alemana ver en Bacigalupo, «Colisión de Derechos Fundamentales y justificación en el delito de injuria», *cit.*, pp. 355 y ss. Sobre ambos modelos ver Berdugo, «Honor y Libertad de Expresión», *cit.*, pp. 108 y ss.

(39) Por todos, ver la posición de Muñoz Machado, «Libertad de prensa y procesos por difamación», *cit.*, p. 148; Berdugo, «Honor y libertad de expresión», *cit.*, p. 64 y ss.

De otra opinión al rechazar la doctrina de la posición preferente, Vives en Cobo y otros, «Derecho Penal. Parte especial», *cit.*, pp. 648 y ss., al entender que estamos aquí ante un problema de límites de Derechos Fundamentales.

sociedad libre y democrática (TC 104/1986 y jurisprudencia reiterada) (40) al poseer un carácter irradiante sobre otras libertades (TC 107/1988) (41). Razón a la que debe añadirse en muchos casos su directa conexión con la libertad ideológica (TC 20/1990) (42).

La preponderancia es consecuencia de la interpretación del contenido de las libertades desde la totalidad del modelo constitucional e igualmente este debe ser el criterio para establecer el alcance de las normas de conflicto (TC 159/1986 y 20/1990) (43). En este sentido, no se reconoce un carácter absoluto a un derecho sobre otro, aunque ante un conflicto como el que analizamos se parte de la preponderancia de las libertades del artículo 20, esta puede desaparecer por la no presencia en el caso concreto de las características que llevan a asignar la mencionada dimensión institucional a la libertad de expresión y una vez afirmada debe acomodarse el ejercicio de estas libertades a la exigencias del principio de necesidad (en especial TC 171/1990 y 172/1990).

La aplicación de la doctrina de la posición preferente está condicionada. En primer lugar, conviene recordarlo, por la existencia de conflicto del ejercicio de las libertades del artículo 20 con algunos de los derechos de la personalidad. Es decir, tal como vimos, para que pueda hablarse de ejercicio de la libertad de información se requiere que se haya cumplimentado el deber de veracidad, con lo que la ausencia de esta diligencia por parte del que informa excluye la aplicación de la doctrina de la posición preferente. En sentido opuesto, si el hecho

(40) La importante Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1988 justifica la lesión de los derechos de las personas que ejercen funciones públicas o resultan implicados en asuntos de alternancia pública en que «así lo requiere el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática». Argumentación análoga a la utilizada por la Jurisprudencia norteamericana, vid. Muñoz Machado, «Libertad de prensa», *cit.*, p. 88.

(41) Afirma en su fundamento 2: «Esta situación de valor superior o de eficacia radiante que constitucionalmente ostenta en las referidas libertades, traslada el conflicto debatido a un distinto plano, pues no se trata ya de establecer si su ejercicio ha ocasionado lesión, penalmente sancionada del Derecho al honor, para lo cual continua siendo inevitable la utilización del criterio del *animus iniuriandi*, sino de determinar si el ejercicio de esas libertades constitucionalmente protegida como derechos fundamentales actúan o no como causa de exclusión de la antijuricidad.»

(42) Con lo que en esta sentencia se argumenta desde la vieja raíz de la libertad de expresión, que aparece en el art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

(43) Con ello adopta la tesis ya sostenida por el Tribunal Constitucional alemán desde el caso Lüth: «Las leyes generales tienen que ser interpretadas respecto a sus efectos limitadores del derecho fundamental a la vista del significado del derecho de tal manera que garanticen su contenido esencial...», Bver. Ge, 7, 198 y ss. Sobre ella véase Bacigalupo, «Colisión de Derechos Fundamentales», *cit.*, p. 358; Berdugo, «Honor y libertad de expresión», *cit.*, p. 112.

es objetivamente cierto no existiría lesión del honor (en consecuencia la información veraz, pero objetivamente falsa si que genera lesión del honor) y la lesión de la intimidad se produciría ante la puesta en conocimiento de un hecho objetivamente cierto que queda incluido dentro de esa esfera (44).

Sobre estos presupuestos la aplicación de la posición preferente de las libertades del artículo 20 está supeditada a que su ejercicio, objetivamente contribuya a la formación de la opinión pública, pues éste es el fundamento de su reiteradamente señalada dimensión institucional. La valoración del contenido de la libertad concreta desde el parámetro de la opinión pública es, por tanto, elemento decisivo a la hora de resolver jurídicamente el conflicto.

En este sentido, el Tribunal Constitucional, en la importante sentencia 107/1988 de 8 de junio, con buen criterio afirma que el órgano judicial «que haya apreciado lesión al derecho al honor, está obligado a realizar un juicio ponderativo a fin de establecer si la conducta del agente se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión en ejercicio de la cual se ha inferido lesión, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto».

Las líneas que guían este juicio ponderativo buscan resolver al interrogante de si el contenido del ejercicio de una determinada libertad tiene o no interés para la opinión pública, en qué casos o bajo qué requisitos puede la libertad de expresión tener este interés. La búsqueda de estos criterios es una tarea desarrollada en otros países por la jurisprudencia, sirvan los reiterados ejemplos estadounidense y alemán. El Tribunal Constitucional español ya ha generado, en especial a partir del conocido caso Soria Semanal, una importante doctrina al respecto culminada por ahora con las sentencias 171 y 172 de 1990.

En principio, la determinación de cuales son los temas de interés para la opinión pública es de difícil concreción a priori, pues estamos ante una conclusión culturalmente acuñada. Pese a ello en el momento actual nadie vacilaría en incluir en el ámbito del interés para la opinión pública a la actividad política, en cuanto está en las bases de la participación en el modelo social, o a la cultura, el arte o la ciencia, en cuanto suponen campos claves para el desarrollo de la personalidad. Pero en ningún caso puede pretenderse elaborar un catálogo cerrado, pues puede ser de interés para la opinión pública cualquier tema que por su contenido o consecuencias tenga trascendencia en la participación social. En este marco el pluralismo que-

(44) La sentencia del Tribunal Constitucional 172/1990 en su fundamento tercero subraya cómo la veracidad funciona sólo en relación con las intromisiones en el honor. Respecto a la intimidad el criterio clave no es la veracidad sino la relevancia pública de hecho divulgado.

daría reflejado en garantizar la exteriorización de la opinión minoritaria (45).

Indudablemente se está aquí ante un amplio margen de inseguridad, consustancial al tema que abordamos. Ante esta situación debe exigirse al Tribunal Constitucional, y éste en buena media ya lo ha hecho, la indicación de los puntos sobre los que puede fundamentarse el interés de un asunto para la opinión pública.

La calificación de un tema como de interés para la opinión pública puede derivarse de las características del hecho en sí o de las que concurren en la persona o personas con él relacionados.

El máximo nivel de eficacia justificadora frente a otros derechos, esto es su nivel de mayor prevalencia, se da cuando el ejercicio de la libertad de expresión «esté referido a asuntos que sean de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, de acuerdo con el fundamento 5.º de la sentencia 171/1990. Es el caso, por ejemplo, de la libertad de expresión referida a la Administración de Justicia sobre su funcionamiento, supuesto contemplado en la sentencia 107/1988.

Sobre este punto de partida la aplicación del principio de ponderación lleva a que sea graduable el interés de la opinión pública sobre un hecho. Así, un hecho de trascendencia pública puede ser realizado por personas privadas y seguir teniendo relevancia para la opinión pública. Este es el caso justamente de las dos últimas sentencias del Tribunal Constitucional sobre este tema, las 171 y 172/1990, caso familia Patiño contra *El País* y *Diario 16*, respectivamente. Se trata de un piloto, persona no pública, que interviene en un hecho público, un accidente aéreo. Por el contrario, en la debatida sentencia 165/1987 se afirma el no interés del tema por la no condición de persona pública en quien interviene. Este carácter graduable del interés para la opinión pública hace que la eficacia justificadora de la libertad de expresión y la solución que se de al conflicto varíe en función de las características del caso concreto (46).

En sentido opuesto, el carácter público de la persona a quien va referida la información puede fundamentar el interés de un hecho para

(45) Véase Berdugo, «Honor y libertad de expresión», p. 121; Morales, «Adecuación social y tutela penal del honor», *cit.*, p. 694, vincula el carácter institucional de la libertad de expresión a: 1) actividades informativas que revistan interés histórico, científico o cultural relevante; 2) crítica e información de la acción política; 3) supuestos en los que el ejercicio de la libertad de expresión coadyuva a la preservación de otros bienes jurídicos.

(46) El mayor o menor interés público del hecho y el mayor o menor carácter público de la persona o personas que intervienen hacen que paralelamente sea mayor o menor la necesidad de la lesión de los derechos de la personalidad. Esta idea ya la expuse en «Honor y libertad de expresión», y ha sido sostenida reiteradamente por el Tribunal Constitucional, Sentencias 171 y 172/1990, 107/1988 y 51/1898.

la opinión pública. La trascendencia de este factor es subrayada de forma constante por la Jurisprudencia Constitucional. Nuestro más alto Tribunal ha utilizado normalmente dos tipos de argumentaciones. En primer lugar, el carácter voluntario de la participación en la vida pública y, en segundo, el carácter democrático del sistema (47). La sentencia 105/1990 es contundente en este argumento:

«La crítica de una conducta que se estima comprobada de un personaje público puede ciertamente resultar penosa para éste, pero en un sistema inspirado en los valores democráticos la asunción de esta crítica es parte inseparable de todo cargo de relevancia política.»

Siendo este criterio importante para nuestro Tribunal, no posee, pese a ello, los efectos que le atribuye la jurisprudencia norteamericana (48). Pues, como se analizará más adelante, la aplicación de los criterios complementarios en la valoración del conflicto pueden llevar, pese a referirse al ejercicio de la libertad de expresión de las personas públicas, a negar el carácter preferente de la misma.

Ahora bien, no existe hasta ahora, en la Jurisprudencia Constitucional, una regla sobre qué personas poseen este carácter. Con claridad se ha apreciado en un alcalde, sentencia 104/86, en un diputado de las Cortes de Aragón, además presidente de la Real Federación Española de Fútbol, sentencia 105/1990, y en cambio, se ha negado este carácter a un piloto en líneas aéreas, sentencias 171 y 172/1990 y al propietario de unos inmuebles, sentencia 165/1987.

Estos dos criterios, que podemos calificar de básicos, son modulados por la concurrencia de otros, en concreto, los más utilizados son, quien ejercita la libertad de expresión, si es peridosisita o no, y el medio que emplea, si se lleva a efecto o no a través de los medios de comunicación.

Así, el carácter anómalo del medio —unas hojas no firmadas— y el carácter no profesional de quien interviene —el presidente de una comunidad de vecinos— son criterios utilizados para negar el interés por la opinión pública de los hechos objetos de la sentencia 165/1987 (49). Aunque, en sentencias posteriores, con buen criterio, se

(47) Así el fundamento 5 de la Sentencia del Tribunal constitucional 171/1990 afirma: «Los personajes públicos o dedicados a actividades que persigan notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas valoraciones o revelaciones adversas.» Esta justificación ha sido desarrollada por la Jurisprudencia norteamericana añadiendo la idea de la facilidad de acceso de las personas públicas a los medios de comunicación, vid. *Wolston v. Readers Digest*, en *Europäische Grundrechte Zeitung*, p. 611.

(48) El carácter público de la persona es clave en la solución del conflicto para la Jurisprudencia estadounidense, vid. Berdugo, «Honor y libertad de expresión», *cit.*, pp. 110 y ss., y Muñoz Machado, en «Libertad de prensa», *cit.*, pp. 108 y ss.

(49) Pese a que, con anterioridad, sentencia 168/1986 se había mantenido que el derecho a la información no quedaba restringido a los profesionales de la prensa.

niegue de forma taxativa que la concurrencia del carácter institucional de estas libertades esté reservada a los periodistas, en concreto el caso Crespo de la sentencia 6/1988 es clave al respecto (50).

Puede, por tanto, sostenerse que estos dos criterios actúan como moduladores de los anteriores, pueden disminuir el interés de un asunto para la opinión pública, pero no generar el interés por sí solos (51).

Ahora bien, la contribución a la formación de la opinión pública, por tanto, la posición preferente de las libertades del artículo 20, no aparece reservada a la libertad de información, entendida como transmisión de hechos (52), sino que la valoración de los mismos y la formulación de opiniones puede aparecer conectada con la opinión pública y con las bases de todo el sistema democrático (53). En este sentido, es clave el razonamiento recogido en el fundamento noveno de la sentencia 171/1990 del Tribunal Constitucional, que traslada la doctrina sostenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al afirmar: «a la prensa incumbe y es sumisión publicar informaciones e ideas sobre las cuestiones que se discutan en el terreno político y el público tiene derecho a recibirlas, por lo que no es aceptable la opinión según la cual la prensa tiene la misión de divulgar las informaciones, pero su interpretación debe dejarse primordialmente al lector».

Establecido el interés para la opinión pública en el caso concreto del ejercicio de estas libertades, el conflicto se resuelve mediante la ponderación del mismo y para ello es decisiva la situación que presenta el derecho en el caso concreto.

Respecto a las libertades consagradas en el artículo 20 habrá que plantearse si estamos ante afirmaciones de hecho o ante valoraciones, con los problemas que ya se apuntaban al hablar de la veracidad, y si está además implicado, fundamentando la libertad de expresión, otros derechos como la libertad ideológica, tal como hace la sentencia del

(50) Con lo que vuelve a suscribir el planteamiento mayoritario de la doctrina tanto española, por todos García Pablos, «La tutela penal de honor», *cit.*, p. 385, como extranjera, por todos Rudolphi, «Systematischer Kommentar», Berlín, C. 193, n.º 16.

(51) Distinta ha llegado a ser la posición mantenida por la Supreme Court, bien es cierto que de forma aislada, en el caso *Rosebloom V. Metromedia* (1971) (403 US 29) al sostener que el carácter público de un asunto se determinaba simplemente por los medios de comunicación.

(52) Aunque el Tribunal Constitucional siempre sostuvo la dificultad de diferenciar hechos y opiniones, restringe en un primer momento el derecho de información a la transmisión de hechos (por todos Tribunal Constitucional sentencia 6/1988) determinando en una valoración global si son preponderantes los elementos valorativos o fácticos y acudir según los casos al art. 20.1 *a*) o al 20.1 *d*). Esta tendencia de la valoración global se rompen en la sentencia 107/1990.

(53) Con claridad la sentencia 171/1990, que entiende que limitar el carácter institucional a la transmisión de hechos sería un «límite constitucionalmente inaceptable para la libertad de prensa». Véase también la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Muñoz Machado, «Libertad de prensa», *cit.*, pp. 187 y ss.

Tribunal Constitucional 20/1990, lo que reforzaría su posición en el conflicto.

De la otra parte, además de la apuntada distinta situación del conflicto respecto al honor, que en relación con la intimidad, sentencia 172/1990, como de forma reiterada ha sostenido el Tribunal Constitucional es «inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases del Estado respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos dignidad, prestigio y autoridad moral ([...]... no exactamente identificables con el honor...) y por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección». Esta precisión tiene gran transcendencia, en especial respecto a los delitos de desacatos, figura en la que a veces terminan muchos de los casos de interés para la opinión pública. Sirva de muestra las críticas a la Administración de Justicia, contenidas en las sentencias 107/1988 y 121/1989, o al Arma de Caballería en la sentencia 51/1989 (54).

Sobre esta base, concretados los términos del conflicto, entran en juego las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad. Estas quedan reflejadas, cuando se trata de hechos en la conexión de los mismos con la materia objeto de información, lo que es clave en aquellos contenidos que afectan a la intimidad.

En principio, se requiere que la intromisión en la vida privada tenga conexión con la materia en la que se ejercita la libertad de expresión. La proporcionalidad debe tener en cuenta aquí, al ser consustancial a la propia intimidad, las características de la persona a quien vaya referida, aunque en este caso, del hecho de la elevada participación de una persona en la vida pública, no se deriva necesariamente la licitud de cualquier información sobre su vida privada (55).

En la práctica, la conexión de afirmaciones de hecho con el principio de proporcionalidad ha sido tratada en las dos últimas sentencias del Tribunal Constitucional, 171 y 172/1990, en sentido opuesto, subrayando la conexión en una y negándoselo en otra.

En relación con valoraciones o con la crítica de actividades este principio requiera la conexión con la materia objeto de debate y la exclusión de aquellas desproporcionadas.

Ahora bien, aquí es particularmente problemático el establecer criterios a priori sobre cual es la medida de la necesidad. Esta difícilmente se podrá establecer sin tener en cuenta todas las características del caso concreto, así, la subrayada gradación del interés para la opinión pública reaparece en la valoración de la necesidad. En principio, la necesidad afectará a la forma no a la materia objeto de valoración y excluirá el

(54) En los tres supuestos se concede amparo y se anulan las correspondientes condenas penales por desacatos.

(55) Véase el famoso *Call Girl-Prozes*, Bvghst, n.º 18, pp. 18 y ss.

insulto y la injuria formal del ámbito de la libertad de expresión, aunque no debe olvidarse el carácter circunstancial de estos mismos conceptos. Fuera de estos casos y subrayada la vinculación entre la actividad y su valoración, el carácter de esta última por muy negativa que sea para aquél a quien va dirigida debe quedar admitida en una sociedad plural y democrática (56).

La jurisprudencia constitucional ha sostenido un criterio análogo, aunque a veces ha eludido abordar en profundidad el problema, acudiendo al criterio del carácter no personalizado de la crítica formulada (57). Mención especial merece la sentencia 105/199, en la que el Tribunal, tras no realizar una valoración global del supuesto que analizaba, rechaza el amparo, desconociendo en mi opinión las circunstancias del caso concreto y la valoración social del mismo (58).

Obsérvese que en la mayor parte de los pasos que se han ido señalando para estructurar la solución del conflicto, y muy especialmente en la ponderación de la conexión y de la proporcionalidad, estamos ante valoraciones que nos introducen en el ya señalado ámbito de la inseguridad y del reflejo directo en el razonamiento del horizonte hermenéutico del Tribunal (59).

En concreto, la vía diseñada por el Tribunal Constitucional en esta jurisprudencia parece correcta y supone la utilización de criterios suficientemente consolidados en la jurisprudencia de otros tribunales de igual rango, aunque finalmente sean objetables el contenido de alguno de sus fallos.

6. El traslado de las consecuencias de este conflicto constitucional al ámbito penal ha motivado distintas posturas en la doctrina, condicionadas en buena medida por la posición seguida en la teoría de la tipicidad y la mencionada estructura de los delitos contra el honor.

No es éste el lugar para entrar en el debate sobre la admisión o no de la teoría de los elementos negativos del tipo, (60), pero parece indudable que en este caso los que suscribimos esta opción sistemática podemos trasladar más fácilmente las conclusiones del conflicto constitucional al ámbito del Derecho Penal, a través de las causas de justifica-

(56) Muñoz Machado, «Libertad de prensa», *cit.*; Berdugo, «Libertad de expresión», *cit.*, p. 122.

(57) Ver en especial las sentencias 107/1988 y 51/1989.

(58) Sobre el tema se ha pronunciado críticamente Gimbernat, «Estudios Penales», 3.ª edic., Madrid, 1990.

(59) A veces pesa en el sentido del fallo la pena desmesurada que se establece en la sentencia penal. Sirva de muestra la sentencia del TC de 20/1990, en la que se afirma, «el tono despectivo de algunas frases, más que el carácter injurioso de las palabras, ha merecido la condena penal de seis años y un día».

(60) El tema ya lo abordé en extenso en todo el primer capítulo de mi libro «Honor y libertad de expresión».

ción y en concreto mediante la aplicación de la ya apuntada eximente 11 del artículo 8.º (61).

Por el contrario, la presencia de un elemento subjetivo del injusto en los delitos contra el honor, el ánimo *iniurandi*, cierra en gran número de casos las puertas de la eximente a aquellos que diferencian como escalones sucesivos a la tipicidad y a la antijuricidad (62).

Para salvar este obstáculo sistemático, que lleva a la vieja postura de analizar como un conflicto de ánimos lo que es un conflicto de derechos, este sector doctrinal ha acudido en nuestro país a dos criterios.

El primero, agudamente apuntado por Bacigalupo (63), parte de negar la presencia en el delito de injurias de un elemento subjetivo del injusto distinto del dolo, con lo que la no presencia del *animus iniuriandi*, abre la posibilidad de tratar el conflicto en el lugar sistemático correcto, las causas de justificación.

El segundo, defendido fundamentalmente por Vives y por Morales plantea el conflicto en su mayor parte como un problema de bien jurídico. El primero, negando el conflicto y situando el problema como una cuestión de límites (64), el segundo, profundizando en la pretensión de integrar la teoría de la adecuación social dentro del bien jurídico (65). Aunque, en ambos casos, la determinación de los límites se realice explícita o implícitamente desde la perspectiva de la ponderación y el conflicto.

Esta última posición presupone una concepción de la Constitución del bien jurídico y de las causas de justificación que no comparto. La vinculación del contenido del bien jurídico al texto constitucional no implica el sometimiento de su contenido a un corsé constitucional sino justamente lo contrario, la posibilidad de que su contenido se adecúe a las variaciones que experimenta la realidad social.

Asimismo, estas posiciones hurtan a las causas de justificación su carácter político-criminal de servir de cauce para la solución de conflicto. No puede negarse la presencia del conflicto por la lesión del honor, en las valoraciones que inciden engativamente sobre el mismo, y respe-

(61) Afirmada la existencia de la libertad de expresión, «el derecho» de la eximente, las condiciones de su ejercicio, analizadas en el epígrafe precedente, van referidas al «ejercicio legítimo» requerido por el Derecho Penal.

(62) Pues al tener que resolver en primer lugar la presencia o no de la tipicidad, y al ser componente de la misma el *animus iniurandi*, su ausencia que sería habitual en la mayor parte de los supuestos de ejercicio de la libertad de expresión, debería llevar al rechazo de la tipicidad, sin que existiera un pronunciamiento de carácter general sobre la conformidad o no a derecho del comportamiento enjuiciado.

De otra opinión, desde distintos planteamientos Morales Prats, «Adecuación social...», *cit.*, pp. 686 y ss.

(63) Bacigalupo, «Colisión de Derechos Fundamentales...», *cit.*, pp. 350 y ss.

(64) Vives, en Cobo y otros, «Derecho Penal. Parte especial», *cit.*, pp. 64 y ss.

(65) Morales Prats, «Adecuación social...», *cit.*, pp. 663 y ss.

tan el principio de proporcionalidad, o en las afirmaciones fácticas objetivamente falsas pero efectuadas respetando el deber de veracidad, aunque en ambos casos se trate de temas de interés para la opinión públicas. Negar en estos casos la lesión del bien jurídico honor supone con carácter general construir el contenido del bien jurídico desde el derecho y no con carácter previo al mismo como mantiene un amplio sector doctrinal, en el que me encuentro (66).

7. En consecuencia, el traslado de la solución propuesta en el estudio del conflicto al ámbito de la legislación penal se proyecta sobre dos opciones distintas según cual sea el derecho que prevalezca (67).

Los supuestos de preponderancia de la libertad de expresión pueden, en función de todo lo expuesto, agruparse en tres casos. El primero, comprende los casos en que estemos ante afirmaciones de hechos que al ser ciertas no lesionan al honor y no afectan a la intimidad, o ante valoraciones, que en virtud de consideraciones sociales imperantes en el medio, no se reputen lesivas para el honor. Estos supuestos serían penalmente irrelevantes por ausencia de lesión del bien jurídico.

El segundo grupo, engloba a los supuestos incluidos de dentro de la *exceptio veritatis*, que en la reinterpretación propuesta se trataría también de casos de ausencia de tipo.

Finalmente, el tercer grupo comprendería los supuestos en que cumplimentado el deber de veracidad se contribuye a la formación de la opinión pública y en el ejercicio de la libertad de expresión se respeta las exigencias del principio de proporcionalidad, para ellos la vía a aplicar sería la eximente 11 del artículo 8.º, ejercicio legítimo de un derecho.

Frente a estos casos, la ausencia de los requisitos expuestos determinaría la solución del conflicto a favor del honor y la intimidad, generando consecuencias jurídicas en el ámbito penal siempre que concurra el *animus iniuriandi*. La ausencia del mismo excluiría la realización del tipo penal, pese a que concurra un comportamiento que objetivamente lo realice y a que no esté presente ninguna causa de justificación. Ahora bien, la exclusión de la responsabilidad penal no excluiría una eventual afirmación de la responsabilidad civil.

Esta última conclusión es particularmente digna de tener en cuenta en especial tras la generalización de la protección civil de los derechos de la personalidad a través de la Ley de 5 de mayo del 82 (68). Aunque,

(66) Recordar la argumentación sostenida en Berdugo, «Aportación al bien jurídico. Honor...», *cit.*, pp. 305 y ss.

(67) Lo que sigue es síntesis de la posición que mantuve en «Honor y libertad de expresión», pp. 123 y ss.

(68) Sobre el tema es de gran interés la aportación de Muñoz Machado, «Libertad de prensa...», *cit.*, pp. 78 y ss. Asimismo, véase Morales Prats, «Adecuación social...», *cit.*, pp. 712 y ss.

el contenido del artículo 1.2. de esta Ley al afirmar que «cuando la intromisión sea constitutiva de delito, se estará a lo dispuesto en el Código Penal...» ha generado, en particular en los primeros años de su vigencia, una práctica procesal dilatoria, favorecida por la superposición normativa de la tutela penal y civil en el ámbito del honor y por el carácter de delitos perseguibles a instancia de parte de la mayoría de los delitos referidos a este bien jurídico (69). La diferenciación entre prejudicialidad penal e incompetencia penal, debe llevar a respetar la opción seguida por el actor y sólo cuando en el proceso civil surjan indicios de delito perseguible de oficio que lleven a la incoación de un sumario, paralizar el juicio civil como consecuencia de la mencionada prejudicialidad penal.

En cualquier caso, esta situación pone de relieve la necesidad de afrontar una discriminación en profundidad de la protección jurídica del honor que obedezca a los principios de subsidiariedad y última ratio, que deben guiar el empleo del Derecho Penal (70).

(69) En este sentido Morales Prats, «Adecuación social...», *cit.*, pp. 717 y ss.

(70) La alternativa despenalizadora ha sido examinada en extenso por Morales Prats, «Adecuación social...», *cit.*, pp. 698 y ss., y por Quintero, «La utilidad del Derecho Penal en la protección del honor. Utilidad, condicionamientos y limitaciones», en *Poder Judicial*, n.º especial XIII, 1990, pp. 80 y ss.

