

PONDERACIÓN Y “REGLAS” DE DERECHOS FUNDAMENTALES: DOS ENEMIGOS CONCILIABLES*

Sonia Esperanza Rodríguez Boente**

Universidade de Santiago de Compostela

Las respuestas que se han ofrecido a la cuestión sobre el concepto y la significación concreta de la ponderación han sido muchas y muy variadas. Dadas las escasas proporciones de un trabajo como éste, no me voy a detener en la enumeración de todas y cada una de esas respuestas. Mi cometido será mucho menos ambicioso. Se concreta, por un lado, en la ruptura de un tópico y, por otro, en la fundamentación de una afirmación. El tópico que pretendo romper es el de que la ponderación conduce al casuismo o, mejor sería decir, al decisionismo judicial. La afirmación que me propongo demostrar es la de que la utilización de la ponderación es compatible con una formulación de los derechos fundamentales como reglas. Primero acometeré este segundo objetivo que conducirá, espero, a la consecución del primero. Pero antes de entrar en ambas cuestiones, será preciso adelantar cuál es el concepto de ponderación del que parto. Advierto ya que en la determinación de la actividad “ponderación” utilizaré fundamentalmente la doctrina sentada por nuestro Tribunal Constitucional cuando utiliza este instrumento.

A pesar de que coincido con la opinión de que no son necesarios unos criterios peculiares y una forma de interpretación específica para el texto constitucional¹, lo cierto es que no se puede negar que la mayor parte de las

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación “Metodología jurídica: las decisiones judiciales en Galicia”, concedido por la Secretaría General de Investigación y Desarrollo de la Xunta de Galicia (PGIDIT02CSO20203PR), y que cuenta con el Prof. Manuel Segura Ortega como investigador principal.

** Profesora Asociada de la Facultad de Derecho.

¹ Coincido en este sentido con BALAGUER CALLEJÓN y con REQUENA LÓPEZ. Para BALAGUER CALLEJÓN, las posturas doctrinales de separación del ordenamiento constitucional y el ordinario por lo que se refiere al método de interpretación, implican el peligro de debilitar

normas constitucionales son más abstractas o tienen un contenido más indeterminado que muchas de las normas infraconstitucionales y ello exige, inevitablemente y con mayor frecuencia que con respecto a estas otras normas, utilizar instrumentos en su interpretación que tiendan a la concretización. Uno de los medios que se ha utilizado para conseguir esa concretización de las normas constitucionales ha sido proporcionado por la tónica y se conoce como ponderación.

La “concretización”, en general, de las normas constitucionales se produce cuando se adecua dicha norma al supuesto de hecho, al problema concreto. Dicha adecuación pasa por dilucidar, a través de la *inventio*, los puntos de vista sobre el problema, puntos de vista que luego son sometidos a comprobación a través de opiniones a favor y en contra, con el fin de conseguir la mejor justificación posible de la decisión.

La ponderación que aquí se va a analizar es un instrumento que se utiliza para concretar el contenido de unas normas constitucionales específicas: las que reconocen derechos fundamentales. Se aludirá a la ponderación que lleva a cabo el órgano que se configura como el guardián y el intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal Constitucional, cuando tiene que concretar cuál es el alcance de un derecho ante el supuesto de conflicto entre éste y otro derecho fundamental.

Pero ¿qué debe entenderse por ponderación? o, mejor dicho, ¿qué es eso que hace el Tribunal Constitucional cuando dice que pondera? Lo cierto es que un recorrido por las sentencias del Tribunal Constitucional español en las que declara que realiza una “ponderación”, revela que la misma se

la incidencia de la constitución en la aplicación del resto de las normas jurídicas. Además, entiende que la tendencia diferenciadora puede ser objeto de críticas dirigidas tanto a su fundamento como a sus consecuencias. En cuanto a su fundamento, es difícilmente sostenible la diferencia entre normas constitucionales e infraconstitucionales, pues no parece ser un argumento de peso que justifique el diferente tratamiento de unas y otras. En cuanto a las consecuencias, la diferenciación puede trazar una separación entre ordenamiento constitucional e infraconstitucional que reste efectividad a la norma constitucional: *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 41. Por su parte, REQUENA LÓPEZ entiende que en la interpretación de las normas constitucionales “no se niega que haya singularidades, pero éstas no se centran en el método de interpretación, ni son propias de todas las normas constitucionales, ni son exclusivas de ellas”: *Sobre la función, los medios y los límites de la interpretación de la Constitución*, Comares, Granada, 2001, p. 73.

utiliza, en la mayor parte de los casos², para la resolución de supuestos de conflictos entre derechos fundamentales que llegan al Tribunal Constitucional a través de la interposición de un recurso de amparo. Este recurso, como sabemos, da lugar a sentencias con efectos sólo para el caso enjuiciado y no *erga omnes*³. Por tanto, el Tribunal Constitucional utiliza la ponderación, en la mayor parte de los casos, para la resolución de supuestos de hecho concretos de conflicto entre derechos fundamentales.

Y esta consideración de la ponderación como actividad a realizar en la resolución de supuestos de hecho concretos es declarada por el propio Tribunal Constitucional. Así en la temprana sentencia 53/1985 decía que, dado que los derechos reconocidos en la Constitución no son absolutos, "el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en *función del supuesto planteado*"; o en la sentencia 70/2002, por citar una de las más recientes en la materia, se dice que "la existencia de esos intereses superiores no puede efectuarse en abstracto o con carácter general, sino que obliga a realizar una adecuada ponderación *en el caso concreto*".

La conveniencia de ponderar viene exigida, de acuerdo con algún autor, por la necesidad de conservación íntegra del texto constitucional. En este sentido, la Constitución coloca los derechos que reconoce en el mismo escalón jerárquico, por lo que el legislador no podría determinar, con carácter general y abstracto, una jerarquización de los mismos. Así lo entiende PRIETO SANCHÍS, para quien "la Constitución exige ponderar porque sólo así es posible conservar en pie de igualdad abstracta normas o derechos que reflejan valores heterogéneos propios de una sociedad plural que, sin embargo, se quiere unida y consensuada en torno a la Constitución"⁴. Por tanto, podría decirse que en un plano abstracto y general no cabe la jerarquización y, por otro lado, tampoco sería necesaria, puesto que en dicho plano no se producen conflictos entre derechos fundamentales. En cambio, cuando se procede a la individuali-

² De las 48 sentencias analizadas, que son todas en las que el Tribunal Constitucional alude a la ponderación (o a "ponderar"), sólo once no se habían originado en un recurso de amparo. De estas once tres surgieron de una cuestión de inconstitucionalidad (las SSTC 161/1987, 36/1991 y 73/2000) y ocho de recursos de inconstitucionalidad (las SSTC 115/1987, 160/1987, 199/1987, 76/1990, 142/1993, 341/1993, 71/1994 y 61/1997).

³ El artículo 54 de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, dispone que el Tribunal Constitucional se limitará, al conocer de un recurso de amparo, a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer dichos derechos o libertades".

⁴ PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, Principios, Derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 40.

zación de esas normas generales y abstractas es porque se ha producido, efectivamente, un conflicto entre dichos derechos, lo cual obliga a determinar cuál de ellos prevalece en el caso concreto o, lo que es lo mismo, cuál de los derechos está colocado en una posición jerárquica superior al otro.

Siguiendo con el curso de este razonamiento se podría concluir que la ponderación es una función que puede llevar a cabo sólo el juzgador (ordinario o el Tribunal Constitucional), pero no el legislador, puesto que la jerarquización que trae aparejada y que se efectúa en un caso particular no puede aplicarse con carácter de generalidad. Para PRIETO SANCHÍS, la razón de esto se encuentra en el hecho de que “eliminar la colisión con carácter general requeriría postergar un principio en beneficio de otros y, con ello, establecer por vía legislativa una jerarquía entre preceptos constitucionales que, sencillamente supondría asumir un poder constituyente que el legislador no ostenta”⁵.

Una opinión totalmente contraria a la de PRIETO mantiene HABERMAS, quien parte de la necesidad de circunscribir la función de la justicia constitucional a un modelo autocontenido, que se limite al mantenimiento de los cauces participativos y de las reglas de formación de la voluntad legislativa. Según esto HABERMAS critica abiertamente la utilización de la ponderación que realiza el Tribunal Constitucional con la que, afirma, el alto tribunal se está arrogando competencias que son propias del legislador lo cual “aumenta el peligro de juicios irracionales porque con ello cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos”⁶.

Desenredar el nudo que se encierra tras este cruce de opiniones contrarias exige, desde mi punto de vista, responder a dos cuestiones distintas. Por un lado, cuál es el órgano, Tribunal Constitucional o Legislador, que se ha encargado de proceder a esa jerarquización entre derechos fundamentales con la consiguiente conversión de los derechos fundamentales “principios” en normas que sean “más reglas” y, por otro lado, cuál de esos dos órganos debería encargarse de ello. En relación a esta última cuestión en un principio parecería que, dado que sólo el Tribunal Constitucional puede proceder a la

⁵ *Ibidem.*, p. 44.

⁶ HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, trad. Manuel Jiménez Redondo, p. 332.

resolución de supuestos de hecho concretos (que se le presentan a través de recurso de amparo) y que únicamente en la resolución de tales supuestos cabría hablar de una posible jerarquización de derechos, tal como afirma PRIETO SANCHÍS, a este órgano debería corresponder la labor de ponderación en exclusiva.

En cambio, entiendo que ello supondría adoptar un concepto de ponderación demasiado estrecho. Como ya expuse en un principio, la ponderación es un instrumento que debe utilizarse para la concretización de las normas que declaran derechos fundamentales, para convertirlas en “más reglas”. Y esta es una función que corresponde, y debe corresponder a ambos órganos esto es, tanto al Legislador como al Tribunal Constitucional. Ocurre que el Legislador, inevitablemente, siempre va a conseguir una regla de derecho fundamental que sea “menos regla” porque no tiene a la vista un supuesto de hecho concreto, sino supuestos de hecho con características genéricas.

Por otro lado, de acuerdo con un curso lógico de acontecimientos, el primer órgano que se va a encontrar con un conflicto entre derechos fundamentales será el juzgador –si se trata de un juzgador ordinario, su actividad puede ser revisada, en última instancia, por el Tribunal Constitucional– y que el Legislador, una vez que ha constatado que esos supuestos conflictivos se repiten con cierta frecuencia, puede dar una respuesta más genérica, regulando hasta dónde puede llegar cada uno de los derechos en esos supuestos concretos y cuál de ellos debe prevalecer. Lo que no podría decir el Legislador es que prevalece un derecho sobre otro para todo supuesto que se plantee⁷, puesto que ello sí supondría una jerarquización en un plano de abstracción que conduciría a desconocer lo que el constituyente dispuso: la igualdad abstracta entre los derechos fundamentales.

Con todo, sí podríamos apreciar cierta prevalencia de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, puesto que siempre puede revisar lo regulado por el legislador. Y no sólo es lo que, a mi entender, debe ocurrir sino que, en realidad, es lo que ocurre. En efecto, este es el caso, por ejemplo, de la regulación del derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que resuelve el conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión

⁷ Por ejemplo, que prevalece siempre el derecho al honor sobre el derecho a la libertad de expresión, en todos los supuestos de conflicto entre ambos derechos.

para ciertos supuestos de hecho allí descritos. Más tarde, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de alguno de sus preceptos⁸.

Por tanto, en mi opinión, la ponderación alude a la actividad de delimitación de dos derechos fundamentales en conflicto que conduce, inevitablemente, a la prevalencia de uno sobre otro, es decir, a su jerarquización. Esta actividad puede corresponder tanto al Legislador como al Juzgador (ordinario o constitucional).

Por otro lado, se suele decir que se pondera o que se ha procedido a una ponderación cuando se efectúa una compensación o equilibrio entre dos elementos⁹ y a esa compensación o equilibrio se hace referencia en alguna sentencia del Tribunal Constitucional sobre ponderación en relación al necesario equilibrio que debe existir entre los derechos fundamentales que se reconocen en la Constitución. Pero esa noción de equilibrio no es utilizada por el Tribunal Constitucional en el sentido de exigencia de igualdad entre los derechos fundamentales, sino en el sentido de que el contenido de estos derechos debe llegar "hasta donde es constitucional que llegue". Así en la STC 20/1990 se declara que la función del TC es la de revisar "si la ponderación entre los derechos fundamentales en juego se ha realizado en forma que la Constitución tolera; o si, por el contrario, se ha producido un *desequilibrio* entre los mismos del que resulta que la protección de uno –el derecho al honor– ha lesionado de forma evidente y desproporcionada las garantías que a la libertad ideológica y de expresión consagra la Constitución".

De acuerdo con lo dicho la ponderación debe entenderse en el sentido primigenio aportado por la tónica: instrumento de concretización, como ya

⁸ La Ley Orgánica 3/1985, de 29 de mayo había introducido una adición en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, reguladora del derecho al honor, la libertad personal y familiar y la propia imagen, de acuerdo con la cual "Iniciado un proceso civil en aplicación de la presente Ley, no podrá seguirse contra un Diputado o Senador sin la previa autorización del Congreso de los Diputados o del Senado. La previa autorización será tramitada por el procedimiento previsto para los suplicatorios". Pues bien, la STC 9/1990, de 18 de enero, declaró inconstitucional y, en consecuencia, nula, esta adición.

⁹ En el Diccionario de la Real Academia Española, se habla de la ponderación como la compensación o equilibrio entre dos pesos. Idea de equilibrio a la que hacen referencia también muchos autores: Vid. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, *Principios, fines y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2000: p. 193: "La ponderación –*balancing*, *Güterabwägung*– consiste en poner ciertos elementos en equilibrio; pero ¿qué elementos?".

he dicho. En este caso se trata de que el órgano judicial concrete el contenido de las normas constitucionales que declaran la existencia de derechos fundamentales, pero que están formuladas en términos demasiado amplios y abstractos, como principios, como para poder dar respuesta a los supuestos concretos que se presentan. La función del TC sería la de delimitar el contenido de estos derechos o, dicho de otro modo, convertir esas normas que declaran la existencia de derechos como principios en normas que sean "más reglas". Y de esa delimitación surge la prevalencia de uno y otro derecho para cada supuesto concreto.

La determinación del contenido concreto del derecho fundamental para el caso, es decir, de la regla que declara cuál es la delimitación¹⁰ del derecho,

¹⁰ Utilizo el término delimitación en sentido amplio que podría entenderse como "actividad consistente en marcar el territorio que cubre la protección de un derecho fundamental" y no entro en la polémica sobre si es mejor hablar de "delimitación de derechos" o de "límites a los derechos". Sobre esta cuestión *vid.* DE OTTO Y PARDO, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, p. 137: "problemas que no son en realidad de tal limitación de un derecho constitucionalmente reconocido, sino de delimitación conceptual del contenido mismo del derecho, de forma que lo que se llama protección de otro bien constitucional no exige en realidad una limitación externa de los derechos y libertades, porque las conductas de las que deriva la eventual amenaza del bien de cuya protección se trata sencillamente no pertenecen al ámbito del derecho fundamental y, en consecuencia, no se requiere ninguna limitación de éste para excluirlas". También *vid.* RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J.: *Principios, fines y derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 141-142: "Por delimitación de los derechos fundamentales entiendo la identificación del ámbito protegido por ellos y de la naturaleza de esa protección. Lo que se delimita es el contenido del derecho, y la delimitación consiste en definir la línea que separa lo que está protegido por el derecho de lo que no lo está; consiste entonces en establecer las fronteras o -en este sentido- los «límites» del derecho fundamental. Por limitación de los derechos fundamentales, en cambio, entiendo la restricción -legítima o ilegítima, según los casos- que pueda producirse en el contenido o en el ejercicio de los derechos. Lo que se limita es un derecho o, lo que es igual, la delimitación previa (o potencial) del mismo. Puede decirse, entonces, que los derechos tienen unos límites propios o internos que los delimitan, y por otra parte están sujetos a unos condicionantes ajenos o externos que los restringen o limitan". Desde mi punto de vista delimitar un derecho supone adoptar un punto de vista positivo en la determinación de lo que el derecho protege: lo que el derecho protege "en positivo" (el derecho x comprende el derecho a realizar la conducta a, b y c); en cambio, la limitación conlleva la determinación de lo que el derecho es "en negativo" esto es, aquellas conductas que no entran en el contenido del derecho o que no estarían amparadas por el derecho (el derecho x no ampara la posibilidad de hacer a, b o c). De todas formas, la polémica entre los autores que entienden que se debe hablar de delimitación de un derecho en lugar de "límites" del mismo, no encuentra demasiado fundamento puesto que entiendo que no son incompatibles. Ni siquiera pensando en la diferencia, de matiz, de acuerdo con la cual la delimitación sugiere una actividad previa a la determinación del contenido del derecho, mientras que la limitación supone ya la existencia de una delimitación previa, puesto que podríamos perfectamente

sería posterior a la actividad de ponderación. El derecho formulado en abstracto sólo se convierte en derecho en concreto tras la labor de ponderación, no existe con anterioridad. La *actividad* de ponderación consiste en la delimitación del derecho, estableciendo sus límites lo que da lugar a la concretización de la norma constitucional que declara su existencia. El *resultado* de la ponderación viene a ser una regla más concreta que establece la delimitación del derecho fundamental para el caso concreto y con los límites que han aparecido en el mismo.

Esta noción es la que parece defender el propio Tribunal Constitucional en la mayor parte de las sentencias en las que hace referencia a su actividad de ponderación. Así, en la paradigmática STC 53/1985 se establece que, dado que no puede afirmarse que ninguno de los derechos en conflicto, tenga, carácter absoluto, “el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos”. A la misma idea se alude en la STC 51/1989 pues “no cabe aceptar que con el anterior razonamiento se haya realizado una adecuada ponderación del conflicto entre la libertad de expresión del recurrente y los valores protegidos por la norma penal aplicada como límite de aquella libertad, atendiendo al valor constitucional de la misma y en relación con las circunstancias del caso concreto”. O la 20/1990: “ha de examinarse el problema suscitado desde el ángulo de los derechos fundamentales invocados por el recurrente, para comprobar si la ponderación de los mismos realizada explícita o implícitamente por el Tribunal Supremo, en relación con el derecho al honor (...) se ha realizado en forma que la protección de este último acogida por la Sentencia, ha vulnerado notoriamente la protección de las libertades ideológica y de expresión. [...] Y es aquí donde quiebra la ponderación que, entre unos y otros de los derechos fundamentales en juego, ha realizado la Sentencia del Tribunal Supremo. Se ha detenido más en las limitaciones de los derechos y libertades del recurrente que en el ámbito de la configuración de los mismos”. O, en fin, es muy expresiva la STC 170/1994, al disponer que “cuando entran en conflicto o colisión dos derechos fundamentales (...) resulta evidente que la

imaginar *a priori*, en la delimitación inicial y en abstracto, cuáles podrían ser los límites (en negativo) que podrían afectar a ese contenido en positivo.

decisión judicial ha de tener como premisa mayor una cierta concepción de aquellos derechos y de su recíproca relación o interconexión y, por tanto, si tal concepción no fuere la constitucionalmente aceptable, en un momento dado, esa decisión como acto del poder público, habrá de reputarse lesiva del uno o del otro derecho fundamental, sea por haber considerado ilícito su ejercicio, sea por no haberle otorgado la protección que, de acuerdo con la Constitución y con la Ley, debería otorgarle” (STC 171/1990). De aquí que la vía de amparo no ya permita sino imponga, (...) el revisar la ponderación de los derechos colindantes hecha por el juzgador para averiguar si su sentencia sacrifica debida o indebidamente uno de ellos en aras de otro, a la luz exclusiva de la Constitución, limitando nuestro enjuiciamiento a la finalidad de preservar o restablecer el derecho fundamental en peligro o ya lesionado”¹¹.

En estos casos el Tribunal Constitucional afirma que el establecimiento de límites viene a delimitar el contenido del derecho, no establecido plenamente con anterioridad. Son casos en los que no se sabe, *a priori*, hasta donde llega el Derecho y en estos casos decide ese contenido, decide si los límites operan como tales, el propio Tribunal Constitucional.

¹¹ Otras SSTC apuntan en la misma dirección. Así STC 105/1990: “Este Tribunal ha tenido ya numerosas oportunidades de afirmar que, en el conflicto entre las libertades reconocidas en el Art. 20 C.E., de expresión e información, por un lado, y otros derechos y bienes jurídicamente protegidos, no cabe considerar que sean absolutos los derechos y libertades contenidos en la Constitución, pero, tampoco puede atribuirse ese carácter absoluto a las limitaciones a que han de someterse esos derechos y libertades. (...) Tal ponderación corresponde sin duda al órgano jurisdiccional que conozca de las alegadas vulneraciones al honor. Pero este Tribunal, por un lado, ha señalado que entra dentro de su jurisdicción revisar la adecuación de la ponderación realizada por los Jueces, con el objeto de conceder el amparo si el ejercicio de la libertad reconocido en el Art. 20 se manifiesta constitucionalmente legítimo, o denegarlo en el supuesto contrario”; STC 6/1995: “Para evaluar la ponderación entre los derechos del juzgador y los del club para el que trabaja (...), es preciso recordar que (...) el derecho a la libertad de expresión no es ilimitado, debiendo coordinarse con otros valores, entre ellos, los enunciados en el párrafo cuarto del Art. 20 CE”; STC 94/1995: “Nos corresponde, pues, examinar en cada caso concreto la corrección constitucional de la ponderación efectuada entre el ejercicio del derecho y sus límites para evitar que el contenido de la libertad sindical resulte indebidamente sacrificado”; STC 207/1996: “en las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencia la necesidad de la adopción de la medida”; STC 204/1997: “A la luz de la doctrina expuesta ha de examinarse el problema suscitado en el presente caso, para comprobar, de un lado, si los órganos judiciales han realizado o no la necesaria ponderación de los derechos fundamentales en conflicto y, de otro, en caso afirmativo, si la ponderación efectuada se acomoda o no a los criterios perfilados por la jurisprudencia constitucional”.

Hay sólo dos sentencias en las que habla de la innecesariedad de acudir a la ponderación porque existe ya una delimitación que efectúa el texto constitucional de los derechos en conflicto y el ejercicio de uno de esos derechos en el supuesto planteado se ha extralimitado de aquella delimitación. No se trataría ya de casos dudosos, sino de casos claros de extralimitación del contenido constitucional, esto es, establecido por la propia Constitución, de un Derecho. Por tanto, la ponderación no sería necesaria.

Ocurre que si observamos detenidamente estas sentencias en las que el TC nos dice que no pondera porque no es necesario, en realidad vemos que sí hay una ponderación, pero se trata de una ponderación previa realizada por el Tribunal Constitucional, y en los casos mencionados el TC "se remite" a dicha ponderación anterior. En efecto, en la STC 214/1991, se afirma que "nada (...) es necesario en el presente caso, porque los límites que la Constitución impone al ejercicio de determinados derechos fundamentales sólo actúan si, al mismo tiempo, estos derechos se están ejerciendo dentro del ámbito que la Constitución les reconoce, pero no cuando éstos se ejercen fuera del mismo. En el presente amparo, es indiferente que el derecho al honor (...) se constituye en límite externo al ejercicio de la libertad de información de los recurrentes, porque éstos, (...) han ejercido el derecho a la libertad de información veraz más allá de su ámbito de protección constitucional". Y para determinar cuál es el ámbito de esa protección constitucional el TC se remite a su propia jurisprudencia anterior, esto es, a su ponderación anterior, a la que se entiende vinculado. De esta forma continúa diciendo en la misma sentencia que "este Tribunal ha repetido en numerosas ocasiones que el contenido constitucional del Art. 20.1.d) consiste en suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, por lo que la protección constitucional de su reconocimiento se extiende únicamente a la información veraz". La misma argumentación aparece en la STC 139/1995: "Esto nos llevaría a una ponderación entre la libertad de información y el derecho o bien jurídico lesionado a la contraparte, que pretendidamente es el derecho al honor. Ahora bien, si los recurrentes han actuado al margen del ámbito del derecho que el Art. 20.1.d) CE reconoce, resulta innecesaria cualquier tipo de ponderación. Ha desaparecido uno de los términos de la misma y lo procedente, en tal caso, es la desestimación del recurso de amparo". Se trata de casos en los que no se trata de que el TC no pondere, sino que para resolver el conflicto se remite a una ponderación anterior efectuada por él mismo.

REQUENA LÓPEZ entiende que sería posible prescindir de la ponderación si, acudiendo a una interpretación sistemática y unitaria de la Constitución lo que se hace es, simplemente, un estudio pormenorizado de cada una de las normas, de modo que se determine el contenido propio de cada uno de los derechos y libertades fundamentales¹². Pienso que el rechazo de este autor a la ponderación es consecuencia de su defensa, implícita, del concepto de ponderación estrecho que mencioné antes: concretización de las normas de derechos fundamentales que vale sólo para el supuesto de hecho concreto que se esté observando. Yo defiendo, como ya he dicho, la ponderación como labor de concretización, simplemente. Efectivamente, la ponderación no es necesaria cuando el conflicto entre derechos ya está resuelto, bien por parte del juzgador (ordinario o TC), bien por parte del Legislador. Con todo, la resolución del conflicto exige ponderar, concretar las normas que declaran ambos derechos fundamentales y las circunstancias de hecho que conducen a la prevalencia de un derecho sobre otro. Siempre hay una ponderación inicial. Con todo, aunque soy favorable a la opinión que defiende la necesidad de convertir las normas de derechos fundamentales, en la mayor medida posible, en reglas, lo cierto es que soy escéptica sobre la posibilidad real de "cerrar el sistema" con una relación de reglas tal. Siempre habrá supuestos de hecho no previstos, excepciones no previstas, que obligarán a establecer nuevas reglas de prevalencia (nuevas ponderaciones) para esos supuestos no previstos. Por otro lado, una ponderación concreta, sea del juzgador o del legislador es siempre revisable ante un cambio de circunstancias motivado, simplemente, por el transcurso del tiempo.

Por eso me parece mucho más acertada la consideración de la ponderación como actividad que contribuye a la delimitación de derechos y que es previa, como resulta obvio, a dicha delimitación. Coincido, por tanto, plenamente, con la versión satisfactoria de ponderación a que hace referencia RODRÍGUEZ-TOUBES para quien se trata de "una tarea previa, y no posterior, a la identificación del derecho fundamental. La ponderación es necesaria para reconocer las fronteras o límites del derecho, y por tanto, anterior al conocimiento de tal derecho. (...) En rigor no cabe ponderar un derecho con sus límites (...) pues un derecho no puede preexistir a sus límites"¹³. Aclara el

¹² REQUENA LÓPEZ, T., *Sobre la función, los medios y los límites de la interpretación de la Constitución*, Comares, Granada, 2001, p. 97.

¹³ RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., *Principios, fines y derechos fundamentales*, op. cit., p. 194.

autor, con mucho acierto, que la ponderación no es previa al derecho fundamental, que existe desde el momento en que aparece garantizado por la Constitución, sino a su identificación o concreción real. Es cierto que la Constitución garantiza derechos pero hasta que actúa el intérprete esos derechos tienen un contenido, como dice RODRÍGUEZ-TOUBES, más virtual que real. El intérprete convierte el contenido constitucional posible de los derechos fundamentales en contenido constitucional vigente, en la terminología de RODRÍGUEZ-TOUBES. Ese contenido posible no es operativo, porque como dice el autor “lo que ordenan proteger los principios constitucionales sobre derechos fundamentales es una versión incompleta, provisional o potencial de los mismos”¹⁴. Un derecho fundamental está configurado por la Constitución y por las intervenciones autorizadas por ella (la del legislador y la del Tribunal Constitucional) o, como dice RODRÍGUEZ-TOUBES, un derecho fundamental “está configurado (delimitado) por todas [las normas constitucionales] simultáneamente: sobre todo por las que lo mencionan, pero también por las demás equiparables jerárquicamente. Es preciso conjugar (ponderar) el mandato de unas y otras; sólo entonces podremos afirmar cuál es el derecho fundamental”¹⁵.

Sea como fuere, la ponderación convierte las normas que declaran derechos como principios en normas que son “más reglas”, lo cual es coherente con el sentido de ponderación como concretización y además sirve para destruir el tópico de que la ponderación conduce al casuismo y al decisionismo judicial. Es cierto que la regla se ha construido con ocasión de la resolución de un supuesto de hecho concreto pero no vale sólo para dicho supuesto sino que sirve, o debería servir, para futuros supuestos de hecho semejantes, lo cual dota de una mayor seguridad jurídica al sistema. Ya he dicho que en el plano de los derechos fundamentales como principios, tal como aparecen configurados en el texto constitucional, no es necesaria la jerarquización porque en ese plano no existen conflictos. Y cuando surgen, la configuración del derecho como principio no es suficiente para la resolución de aquél y será preciso convertir el principio en regla, que complete el contenido del derecho atendiendo a circunstancias de hecho concretas. A través de la ponderación se elaboran reglas de derechos fundamentales que permiten resolver los conflictos entre esos derechos. Por supuesto, la

¹⁴ *Ibidem.*, p. 195.

¹⁵ *Ibidem.*

ponderación que lleve a cabo el Tribunal Constitucional siempre dará lugar a una norma que será “más regla” que la que resulte de la ponderación que pueda efectuar el legislador, puesto que éste no podrá llegar nunca a una determinación de circunstancias de hecho tan concretas.

De esta forma podríamos distinguir tres escalones de concreción. Tendríamos, en primer lugar, el derecho fundamental como principio, tal como aparece enunciado en la Constitución, con un contenido virtual o potencial allí establecido que no entra en conflicto, en este nivel de abstracción, con otros derechos también reconocidos por la Constitución en el mismo nivel jerárquico. En segundo lugar, tendríamos las reglas de derechos fundamentales que pueden resultar de la ponderación efectuada por el Legislador que da lugar a la jerarquización entre dos derechos fundamentales, como puede ser la establecida entre el derecho al honor y la libertad de expresión en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. Y, finalmente, tendríamos las normas reglas “en mayor medida” que surgen de la ponderación que lleva a cabo el Tribunal Constitucional (o jueces ordinarios cuya actuación puede ser revisada con posterioridad por el propio Tribunal Constitucional) y que conducen también a la jerarquización entre los derechos en conflicto.

Como afirma RODRÍGUEZ-TOUBES, tales reglas “en cuanto se refieran a los derechos fundamentales, serán una garantía más precisa y certera de éstos que los principios que inicialmente los protegen, cuya prescripción es válida sólo *prima facie*”¹⁶. El autor entiende que los derechos fundamentales se garantizan más como reglas que como principios y por ello postula su consideración de tales. Sin embargo, siendo coherente con su defensa de la determinación del contenido de los derechos como resultado que precisa de una ponderación, afirma que la regla se elabora teniendo a la vista el supuesto de hecho que ha dado lugar al conflicto entre derechos, y que no cabría una delimitación previa y en abstracto del contenido concreto de todos y cada uno de los derechos fundamentales, en el sentido apuntado por REQUENA LÓPEZ. Lo cual no quiere decir que la regla, esa ponderación efectuada ante el conflicto que se plantea en el supuesto de hecho concreto y que conduce a una resolución que solventa el conflicto, no vincule *pro futuro* para supuestos de hecho similares que se presenten. Como afirma RODRÍGUEZ-TOUBES, “lo normal es que las soluciones aplicadas a un caso sean vistas como soluciones

¹⁶ *Ibidem.*, p. 134.

generales, que deberían ser aplicadas en los casos similares. (...) El intérprete no debe contentarse con hallar la regla adscrita que resuelva la colisión de principios en el caso que juzga, sino que debe aspirar a formular la regla que pueda aplicarse a todos los casos similares. Por la misma razón, las respuestas que encontró en casos conexos, deberán servir de modelo para la respuesta presente”¹⁷.

La obligación, al menos *prima facie*, que incumbe a los órganos juzgadores de seguir la doctrina sentada en sentencias anteriores es consecuencia de la necesidad de dotar de racionalidad (o de la mayor racionalidad) la argumentación jurídica expresada en la sentencia. Dicha exigencia tiene, por tanto, un fundamento lógico derivado del cumplimiento de la argumentación racional, porque, como señala GASCÓN ABELLÁN, “encarna nada menos que uno de los principios de corrección kantianos cual es el principio de universalización”¹⁸. Es el principio de universalización el que sirve de fundamento a la existencia de la obligación de seguir el propio precedente, ámbito éste en el que no se pueden alegar otros fundamentos como puede ser el criterio jerárquico (o criterio de autoridad) que justifica el seguimiento de la doctrina jurisprudencial de los órganos judiciales situados en una posición jerárquica superior, sobre todo si se trata de seguir la doctrina sentada por el Tribunal Supremo o el Tribunal Constitucional; o el principio de seguimiento de la opinión mayoritaria, cuando se trata de fundamentar la continuación en la

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ GASCÓN ABELLÁN, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 12. De la misma opinión es PRIETO SANCHÍS, quien afirma que “el fundamento de ese respeto (al propio precedente) se halla en el principio de universalización que ordena tratar de igual modo las cosas o situaciones iguales; dicho en términos más kantianos, el buen juez sería aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos, y que efectivamente lo hace. Desde luego (...) puede ocurrir un cambio en las circunstancias o en su valoración que justifique el apartamiento de la doctrina establecida; pero no cabe duda que la observancia del precedente constituye una presunción de rectitud y de justicia, que sólo se puede superar mediante una fundamentación específica, en la que, además de explicar el porqué del fallo, se dé cuenta de los motivos del cambio de opinión (...). Al menos en la interpretación constitucional, creo que es justamente entonces cuando hace su aparición la exigencia más importante que le impone el discurso racional, esto es, la exigencia de universalización, de respeto al precedente; allí donde no es posible encontrar una solución en las cuestiones prácticas, allí donde queda un amplio espacio a lo discursivamente posible, el principio de universalización representa la mejor garantía de racionalidad”: “Notas sobre la interpretación constitucional”; *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 9, 1991, pp. 175-198, pp. 188-189 y 194.

línea argumentativa mantenida por órganos judiciales situados en la misma posición jerárquica.

Son varios los objetivos que se consiguen con la exigencia de seguir el propio precedente. Una mayor racionalidad en la argumentación jurídica del juez; mayor justicia formal o procedimental al prohibir que un órgano judicial se aparte de su doctrina anterior de una forma injustificada o arbitraria; más seguridad jurídica; la igualdad en la aplicación de la ley, etc... En fin, por lo que respecta a esta exigencia, son muchos los autores que entienden que la misma conduce a aminorar las distancias entre los sistemas jurídicos de *common law* y de derecho continental¹⁹.

Con todo, la regla es provisional, en el sentido de que puede ser cambiada ante nuevas circunstancias, como ya he dicho. No se puede olvidar que se trata de una exigencia sólo *prima facie*, que puede decaer cuando el juez encuentre razones de peso que le lleven a abandonar la “regla” que ha utilizado en sentencias anteriores. Ahora bien, en estos casos, al juez se le exige un *plus* de fundamentación, puesto que tiene que justificar no sólo la nueva línea que va a seguir, sino también el abandono de su doctrina anterior. En este caso la regla anterior no perdería su condición de tal; simplemente sería invalidada por la nueva regla. Pero se cumpliría la condición de la aplicación “al todo o nada”. En cambio, sí sería necesario rebajar la exigencia de las reglas como mandatos completos, que prevean todas las circunstancias de aplicación y todas las excepciones a la misma. Como señala RODRÍGUEZ-TOUBES, se trata de aplicar esas reglas “al modo de reglas, como si fueran reglas, pero admitiendo prudentemente la posibilidad de que no lo sean”. Para el autor es preciso mantener una disposición hacia las normas que declaran derechos fundamentales como reglas para aumentar la garantía de los mismos, pues lo importante es “la disposición hacia el respeto de los derechos tal como vienen garantizados por la Constitución. Esta disposición debe significar un rechazo radical (...) a postergar la satisfacción de un derecho reconocido para satisfacer un fin que el operador, pero no la Constitución, considera más valioso”²⁰.

¹⁹ Vid. DE ASÍS ROIG, R., *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 247.

²⁰ RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., *Principios, fines y derechos fundamentales*, op. cit., p. 136.

Recapitulando, podemos afirmar que cuando el juzgador acude a la ponderación, el resultado de la misma es una regla, que le vincula *pro futuro*, para casos similares que se le presenten, afirmación ésta que me permite alcanzar el primero de los objetivos del presente trabajo que fijé al comienzo. En efecto, de esta afirmación se deduce la destrucción del tópico de que la ponderación conduce al decisionismo judicial o al casuismo, tópico alimentado, todo hay que decirlo, tanto por defensores como por detractores de la ponderación y que tiene su origen, por otra parte, en el hecho de que desde ambos sectores se parte de un concepto demasiado estrecho de ponderación.

Como ya he dicho la ponderación no debe ser entendida sólo como solución del caso concreto, concepto éste postulado, efectivamente, tanto por defensores como por críticos hacia la función de ponderación. Los primeros se afanaron en conseguir mayores cotas de poder para los jueces y así defendieron que sólo el juez puede ponderar porque sólo él se encuentra ante supuestos de hecho concretos. El legislador no podría ponderar porque, en un nivel de abstracción, todos los derechos están colocados en pie de igualdad en el texto constitucional. Por su parte, los críticos con la labor de ponderación, denunciaron el excesivo poder en manos de los jueces que suponía la existencia de este instrumento y concentraron sus esfuerzos en mantener que la jerarquización entre derechos sólo podía corresponder al Legislador.

Por mi parte, como ya he dicho, parto de un concepto de ponderación más amplio que supone la concretización de normas constitucionales expresadas en el texto constitucional como principios. Es cierto que en este cuerpo normativo todos los derechos están en la misma posición jerárquica y que en dicho nivel de abstracción no se puede establecer una prevalencia de unos sobre otros. Pero he dicho también que dicha jerarquización o prevalencia –y, por tanto, la ponderación– no sería necesaria, puesto que es fácilmente observable que en el nivel de abstracción que representan las normas constitucionales no se producen conflictos entre derechos. La necesidad de ponderación deriva de la existencia de conflictos entre derechos fundamentales que obligan a ponderar y a establecer “reglas” (aunque no perfectas) que permitan delimitar los derechos en conflicto y determinar cuál es el derecho que prevalece en el caso. Mantengo también que esa ponderación y el consiguiente establecimiento de reglas puede corresponder tanto al Legislador como al juzgador, aunque, por razones obvias, las normas emanadas de la ponderación del juzgador serán “más reglas” que las del legislador, quien está obligado a tener en cuenta “generalidades” de supuestos de hecho.

Esto es lo que los órganos judiciales y el Legislador pueden y deben hacer pero la pregunta que ahora me hago es ¿lo hacen en realidad? Y si lo hacen ¿cómo lo hacen? Para contestar a estas preguntas tomaré como ejemplo un conflicto entre derechos que ha dado lugar a una enjundiosa jurisprudencia constitucional y que ha encontrado eco también en la actividad de nuestro legislador. Me refiero al conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión. Para solucionar este conflicto en determinados supuestos de hecho se aprobó la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que analizaré detenidamente. Y, por lo que se refiere a la labor del Tribunal Constitucional, daré cuenta de dos sentencias que aluden a dicho conflicto: las SSTC 105/1990 y 49/2001.

La Constitución Española dispone en su artículo 18.1 que “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” y el 20, después de reconocer el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, dispone, en su apartado cuarto que “estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo 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”.

Existe, por tanto, una jerarquización en el propio texto constitucional. Pero se trata, con todo, de una regulación demasiado abstracta. Veamos cómo han desarrollado el Legislador²¹ y el Tribunal Constitucional estas normas constitucionales –cómo son las “reglas” de derechos fundamentales que han elaborado– y cuál es el ámbito, la delimitación, que reconocen a cada uno de estos derechos.

²¹ El propio Tribunal Constitucional en la temprana sentencia 53/1985 hizo referencia a la posibilidad de que el Legislador resolviera situaciones de conflicto entre derechos fundamentales. En el Fundamento jurídico nueve declara que “el legislador puede tomar en consideración situaciones características de conflicto que afectan de una manera específica a un ámbito determinado de prohibiciones penales. Tal es el caso de los supuestos en los cuales la vida del nasciturus, como bien constitucionalmente protegido, entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer, en una situación que no tiene parangón con otra alguna, dada la especial relación del feto respecto de la madre, así como la confluencia de bienes y derechos constitucionales en juego”.

La LO 1/1982, fija su atención primordial en la regulación del ámbito de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, esto es, a la delimitación de estos derechos. Lo primero que es preciso señalar es que el Legislador dispone como instrumentos de esta delimitación por un lado las leyes y, por otro lado, los “usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”²². Con ello se deja un amplio margen de libertad al intérprete juzgador en la determinación de los usos sociales, consciente el legislador de que los usos sobre esta materia cambian con relativa rapidez y una cláusula como ésta permite la necesaria adaptación de la norma a los nuevos supuestos de hecho que se van planteando.

En cuanto a la delimitación concreta del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, del tenor de la ley se podría deducir una “regla” en positivo, que rezaría que “toda persona tiene derecho a tener esa parcela de su personalidad (su honor, su intimidad personal y familiar y su propia imagen), sin que nadie pueda realizar una intromisión ilegítima en la misma”. Esas intromisiones ilegítimas, que se recogen en el artículo 7 de la LO, se corresponden con otras tantas limitaciones de otros derechos, que luego veremos. Pero los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen no son ilimitados, sino que aparecen limitados por la propia ley, cuando concurren ciertos supuestos, como son que la intromisión haya sido consentida por el titular del derecho, acordada por la autoridad competente de acuerdo con la ley o cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante²³.

Con lo cual la regla establecida por el legislador sobre el ámbito de protección de la ley podría ser enunciada de la siguiente forma: “El derecho reconocido en el artículo 18 de la Constitución es el derecho a disponer de nuestro honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, sin que nadie pueda realizar una intromisión ilegítima en dicho ámbito de nuestra personalidad, salvo que dicha intromisión haya sido consentida expresamente por nosotros y no hayamos revocado ese consentimiento, que exista un acuerdo o autorización de la Autoridad competente, de acuerdo con la ley, sobre dicha intromisión o cuando prevalezca sobre nuestro derecho un interés histórico, científico o cultural relevante”.

²² Artículo 2.

²³ Artículo 8 LO 1/1982.

Como vemos, el margen de libre valoración que se deja al intérprete juzgador es muy importante, sobre todo por lo que respecta al último de los factores que prevalece sobre nuestro derecho: la existencia de un interés histórico, científico o cultural relevante, fórmula ésta demasiado abierta y que conducirá a una indeterminación clara en la definición de qué sea intromisión ilegítima. Con ello se deja en manos del juzgador la determinación de los límites concretos del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. La regla establecida por el Legislador es, en este sentido, “muy poco regla”, es demasiado abstracta.

Por otro lado, la regulación de las intromisiones ilegítimas en esta ley, supone el establecimiento de límites para otros derechos y, por tanto, su delimitación. Por lo que al derecho de libertad de expresión respecta, nos interesan los apartados tres, cuatro y siete del artículo 7 de la Ley Orgánica. De los mismos se puede establecer la siguiente regla “legal” sobre la delimitación del derecho a la libertad de expresión: “El derecho reconocido en el artículo 20.1 de la Constitución comprende el derecho a expresarse libremente salvo 1. Que dicha expresión suponga la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo; 2. Que esa expresión suponga la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela y 3. Que la expresión suponga la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena”. Se trata, como vemos, de una regla mucho menos abstracta por supuesto que la regulación constitucional pero que, a pesar de todo, está plagada de términos que conllevan una amplia libertad valorativa del intérprete juzgador²⁴.

Por lo que se refiere a la ponderación efectuada por el Tribunal Constitucional y a las reglas de solución de conflicto que de la misma se extrae, voy a referirme a las SSTC 105/1990 y 49/2001, dos sentencias muy alejadas en el tiempo lo cual nos permitirá observar cuál ha sido la evolución de la doctrina jurisprudencial en este campo.

²⁴ Entre esos términos se pueden señalar: “reputación”, “buen nombre”, “carácter íntimo” y “consideración ajena”.

La primera de estas sentencias hace referencia a la solución de un conflicto entre el derecho al honor y una de las manifestaciones del derecho a la libertad de expresión: el derecho a la información²⁵. El Tribunal Constitucional resume su propia doctrina en los tres puntos siguientes: 1º. Necesidad de que el órgano judicial lleve a cabo una ponderación entre los derechos en presencia. 2º. Establecimiento de los criterios a los que debe acomodarse tal ponderación y 3º. Especial relevancia del criterio de veracidad en la información.

Por lo que respecta al primer punto el Tribunal Constitucional entiende que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución no son absolutos pero tampoco lo son los límites que se establecen a su ejercicio. En el conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de información son varios los bienes y valores que están en conflicto. La protección del honor de las personas, que se considera tan importante que su lesión puede dar lugar a conductas tipificadas en el ordenamiento jurídico-penal, responde a valores tan esenciales como son la propia dignidad de la persona, la seguridad pública o la defensa del orden constitucional. Por otro lado, la defensa del derecho a informar encuentra su fundamento en la necesidad de lograr la formación de una opinión pública libre, como condición para el ejercicio de derechos inherentes a un sistema democrático, por lo cual, el derecho a la información no sólo protege un interés individual, sino que conlleva "el reconocimiento y garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública indisolublemente ligada con el pluralismo político"²⁶.

²⁵ El supuesto de hecho que da lugar a la sentencia puede resumirse como sigue. El periodista J.M.G.P. presentó recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, por la que se le condenaba a la pena de dos meses y un día de arresto mayor y multa de 30.000 pesetas por desacato. El condenado, periodista deportivo, difundió por las emisoras de una cadena de radio información referida a la percepción improcedente, por parte de J.L.R., Presidente de la Asociación Española de Fútbol, y Diputado a Cortes de Aragón, de determinadas dietas satisfechas por éstas, ya que sin hacer viaje alguno, cobraba los gastos de imaginarios desplazamientos desde Alcoriza (Teruel) a Zaragoza, aun cuando residía en esta ciudad. El Ministerio Fiscal presentó querellas por estos hechos, por un presunto delito de desacato calumnioso a las Cortes de Aragón y al Sr. R. como Diputado de las mismas. Cuando el caso llegó a la Audiencia Provincial, ésta dictó sentencia condenatoria.

²⁶ Fundamento jurídico 3º. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en la sentencia 104/1986.

Pero ¿cuáles son los criterios de ponderación fijados por el Tribunal Constitucional en este tipo de conflicto? Pues bien, en primer lugar, en la delimitación de los derechos reconocidos en el artículo 20 de la Constitución, es preciso distinguir por un lado la "libertad de expresión", que el Tribunal entiende como "emisión de juicios y opiniones" y, por otro, la "libertad de información" que equivale a la "manifestación de hechos". El Tribunal Constitucional enuncia la siguiente regla en materia de libertad de expresión: "una persona puede expresarse libremente siempre que no emita expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas".

Por lo que se refiere a la libertad de información la regla sería la siguiente: "El derecho a la libertad de información comprende el derecho a emitir una información veraz. La protección de este derecho será mayor cuando la información veraz verse sobre personalidades públicas que, al haber optado libremente por tal condición, deben soportar un cierto riesgo de una lesión de sus derechos de la personalidad, protección que alcanzará 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. En correspondencia con lo anterior, la protección de esta libertad se debilitará en los supuestos de información que, aunque veraz, se refiera a conductas privadas carentes de interés público. Por último, ha de entenderse por información veraz la información contrastada o comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias. Por tanto, la información errónea, si se demuestra que ha sido probada o contrastada del modo descrito, será también objeto de protección"²⁷. Comprobamos, por tanto, que la regla, o las reglas establecidas por el Tribunal Constitucional son "más reglas", reglas más concretas, que las establecidas por el legislador, puesto que éste se mueve, y así debe ser, en un nivel de abstracción mucho mayor.

Pero vayamos con la segunda de las sentencias citadas, la 49/2001, que se centra más en la delimitación de los contornos de la libertad de expresión que de la libertad de información, a tenor del conflicto entre aquél y el derecho al honor²⁸. El Tribunal Constitucional comienza hablando de la

²⁷ Fundamentos jurídicos 4º y 5º.

²⁸ En este caso, el recurrente en amparo es un popular periodista deportivo que interpuso contra R.M.F. demanda de protección civil del derecho al honor. En ella se alegaba que en

ponderación como “concretización” de normas demasiado abstractas, en el mismo sentido que yo he asumido desde el comienzo de este trabajo. Así, afirma que el honor, como objeto del derecho consagrado en el artículo 18.1º, es un concepto jurídico indeterminado “cuya delimitación depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, y de ahí que los órganos judiciales dispongan de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso qué debe tenerse por lesivo del derecho fundamental que lo protege”²⁹. El derecho fundamental al honor ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que puedan hacerla desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o al ser tenidas en el concepto público por afrentosas. La regla continua plagada, como vemos, de conceptos vagos e indeterminados³⁰.

Precisamente la reputación ajena constituye un límite a la libertad de expresión y de información, libertad ésta que no concede un derecho al insulto. De acuerdo con todo ello, el Tribunal Constitucional afirma que “el derecho al honor opera como límite insoslayable que la misma Constitución (Art. 20.4 CE) impone al derecho a expresarse libremente (Art. 20.1.a)), prohibiendo que nadie se refiera a una persona de forma insultante o injuriosa, o atentando injustificadamente contra su reputación haciéndola desmerecer ante la opinión ajena”³¹.

Pero el Tribunal Constitucional continúa concretando la regla y señala determinados condicionantes que es preciso tener en cuenta para apreciar la concurrencia de una expresión insultante, injuriosa o que atente injustificadamente contra la reputación de una persona, haciéndola desmerecer ante la opinión ajena. Estas circunstancias a las que es preciso atender se centran en la relevancia pública del asunto, el carácter de personaje público del sujeto sobre el que se vierte la crítica u opinión, el contexto en el que

la Asamblea General Ordinaria y Extraordinaria de Socios del Real Madrid que tuvo lugar el 6 de octubre de 1991, su Presidente, el señor M.F., realizó graves descalificaciones contra el actor, Director de Deportes de Antena 3 de Radio. Según el demandante, dicha intervención estuvo inspirada por el propósito de menospreciarle, e incluyó afirmaciones contra su honor personal en la actividad profesional y afirmaciones contra su honor personal en la familia de que forma parte.

²⁹ Fundamento jurídico 5º.

³⁰ “descrédito”, “menosprecio”, “expresiones afrentosas”.

³¹ Fundamento jurídico 5º.

se producen las manifestaciones enjuiciables y sobre todo, si las manifestaciones enjuiciables contribuyen o no a la formación de la opinión pública libre. De esta forma la regla sería que “si el asunto que ha dado lugar al conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión ha tenido relevancia pública, el sujeto sobre el que se vierte la crítica u opinión es un personaje público, el contexto en el que se producen las manifestaciones es el de un intercambio recíproco de expresiones ofensivas entre ofensor y ofendido y, sobre todo, la manifestación enjuiciable contribuye a la formación de una opinión pública libre, el derecho al honor se limita y prevalece el derecho a la libertad de expresión”.

Así, en el supuesto que dio lugar a esta sentencia, el Tribunal Constitucional entiende que debe prevalecer el derecho a la libertad de expresión sobre el derecho al honor, y ello por la necesidad de tomar en consideración las circunstancias antes descritas para fijar la jerarquía entre ambos derechos. Resalta que efectivamente existe una colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión. La expresión injuriosa (chorizo) va referida al padre del recurrente («es mejor ser hijo de un choricero que de un chorizo»), a quien se imputan determinados hechos, pero un juicio del discurso del sujeto que profirió la expresión injuriosa parece dar a entender que su intención no era la de menospreciar a la persona del padre del periodista sino la de replicar directamente a éste.

Además, el Tribunal Constitucional constata el carácter de personaje con notoriedad pública del recurrente, quien disfrutaba del mismo por su actividad profesional como popular periodista deportivo. En cuanto al contexto en que se produjeron las expresiones presuntamente injuriosas, éstas tuvieron lugar en el escenario de una fuerte polémica pública iniciada por el demandante de amparo que tenía por objeto desprestigiar al Presidente y a algunos miembros del conocido club deportivo. El periodista (recurrente en amparo) había iniciado una campaña de desprestigio contra la institución y sus directivos, que extendió a los jugadores del equipo e incluso a familiares, refiriéndose a uno de los dirigentes del club como “choricero soriano”. Por tanto, la expresión del presidente del club “es mejor ser hijo de un choricero que de un chorizo”, pretendía, entiende el Tribunal Constitucional, defender el prestigio del club frente a los reiterados ataques del periodista, y es cierto que “fuera de este contexto la expresión podría reputarse formalmente denigratoria (...). Ahora bien, en el contexto de la polémica entre ambos

personajes y de la previa campaña difamatoria emprendida por el (recurrente en amparo), en atención al sentido de la frase concreta y a su finalidad, las expresiones aquí enjuiciadas no pueden reputarse constitutivas de una intromisión ilegítima en el honor del recurrente, porque no transgredieron el legítimo ejercicio de la libertad de expresión”³².

En fin, los ejemplos expuestos prueban con rotundidad que cuando el Legislador y los órganos judiciales (sobre todo el Tribunal Constitucional) ponderan, crean “reglas” que resuelven el conflicto entre derechos fundamentales con lo cual delimitan también el contenido de éstos. Se demuestra también que la concretización que realiza el Tribunal Constitucional es mucho mayor que la que realiza el Legislador o, en otras palabras, que las reglas de aquél son “más reglas” que las de éste.

³² Fundamento jurídico 7º.