

LA PONDERACIÓN DELIMITADORA DE LOS DERECHOS HUMANOS. LIBERTAD INFORMATIVA E INTIMIDAD PERSONAL (*)

Andrés Ollero Tassara

Catedrático de Filosofía del Derecho.
Universidad de Granada

Es inevitable que cada cual hable de las ferias según le va. El cincuenta aniversario de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de Naciones Unidas ofrece, ante todo, para la filosofía del derecho -como no podía ser de otro modo- nuevos motivos de reflexión. El balance no parece invitar, desde esta perspectiva al triunfalismo.

Al cabo de cinco decenios, los juristas se siguen mostrando remisos a considerar que tan eximios requerimientos sean propiamente *derechos*; los filósofos, por su parte, observan con indisimulado recelo a quien se atreva a sugerir que disponemos de algún fundamento objetivo para poderlos considerar *tan humanos* como para resultar más exigibles que otros¹. Sólo los políticos -siempre convencidos de que el mejor modo de abordar un problema es no plantearse dos más- ignoran a los aguafiestas de turno y disfrutan del jubileo con entusiasmo.

Las dificultades para tomarse a los loados derechos humanos en serio parecen provenir de un positivismo consolidado por partida doble. Destierra, por una parte, a la metafísica del escenario filosófico; mientras, en versión jurídica, convertirá en imperativo categórico ocuparse del derecho que es, dejando la música celestial para quienes no gocen de la sobriedad exigible a la hora de hacer ciencia. Así que ocupémonos del derecho que realmente existe (al menos a juicio de nuestro Tribunal Constitucional, que no habrá de parecer sospechoso...) y convenzámonos de que, de su mano, nunca llegaremos a traspasar las prestigiadas fronteras de lo físico.

Como no es poco lo que, animados de tan sanos propósitos, cabría aportar -y sin perjuicio de amenazar con ocuparnos de ello con más detenimiento en futura ocasión² -

(*) Contribución a las Sesiones de trabajo de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada en conmemoración del 50 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948-1998), 2.XII.1998.

¹ Me ocupé ya de la cuestión en dos trabajos "-Cómo tomarse los derechos humanos con filosofía" y "Para una teoría "jurídica" de los derechos humanos-" publicados en 1983 e incluidos luego en *Derechos humanos y metodología jurídica* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, págs. 127-168.

² Por tres veces hemos dedicado durante el último decenio nuestro Seminario anual en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada al tratamiento que la jurisprudencia constitucional española presta a la tensión entre libertad de expresión y derecho a la información, por una parte, y derechos al honor y a la intimidad, por otra. Las reflexiones a que estos trabajos han ido dando lugar es previsible acaben plasmándose algún día en un estudio similar a otros que contaron con idéntico motor: así "Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial" Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, o "Discriminación por razón de sexo. Valores,

vamos a centrarnos en la siempre tensa relación entre los derechos y libertades que nuestra Constitución contempla en los artículos 20 y 18, ocupándonos muy especialmente de su más reiterado corolario: *no hay derechos ilimitados*.

Si suscribiéramos el punto de vista desde el que la tradición anglosajona enfocó tan prestigiados como discutidos derechos, la afirmación podría suscitar notable perplejidad. Todo derecho se entiende como una *libertad limitada*, al marcar el tránsito del estado de naturaleza al civil. En el primero, la libertad campaba por sus respetos alimentando una incierta anarquía; cada cual podría hacer lo que quisiera, a costa ciertamente de morir en el empeño. En el estado civil la libertad -llamada al orden- se convertía en derecho, ahorrando no pocos sobresaltos, al garantizar al menos la supervivencia.

Siendo el *derecho igual a libertad limitada*, pretender que los derechos fueran a su vez limitados parecería querer poner albarda sobre albarda. Ya algunas pertenencias humanas (la libertad tendía a verse entendida obscenamente como propiedad...) se resistían a toda limitación; tal ocurría, como hemos visto, con la vida. La propiedad admitía alguna, pero siempre a cambio de que el ciudadano -una vez pagadas sus gabelas- fuera de una vez dejado en paz.

Los *derechos*, por tanto, salvo que nos refiriéramos a sus versiones más depauperadas, lejos de considerarse limitados, se oponían *como límites infranqueables* a las veleidades de los poderes públicos³. Un individualismo consecuente llevaría, por otra parte, a considerar a los tales poderes como los únicos interlocutores válidos a la hora de admitir límites a la propia libertad, juridizándola. Lo que no afectara al ámbito apropiado por lo público sería, por definición, legítima privacidad hurtada a caprichos ajenos. De ahí que hablar de colisión entre derechos pudiera suscitar un estupor sólo comparable al provocado por las antinomias en el seno de los armónicos sistemas jurídicos continentales.

La solemne aseveración de que "no hay derechos ilimitados" -sentada nada menos que al hablar de la libertad de expresión o el derecho a la información- nos recuerda sin duda que, para bien o para mal, no somos anglosajones. Pero, dado nuestro ya confesado escepticismo sobre la existencia -sin salir siquiera de la Unión Europea- de dos mundos jurídicos tan diversos, habría que preguntarse si esa presunta dualidad es real.

¿En qué medida cabría considerar, por ejemplo, limitable la libertad de expresión? Aparecía como la libertad por antonomasia, detrás quizá de la de disfrutar de la propiedad de los bienes; o incluso decididamente delante, si se la presentaba como

principios y normas en la jurisprudencia constitucional", Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

³ No es difícil encontrar rastros de este enfoque. Así ya la STC 6/1981 de 16 de marzo considera a las libertades de expresión e información como "derechos de libertad frente al poder y comunes para todos los ciudadanos", por lo que "cualquier limitación de estas libertades sólo es válida en cuanto hecha por Ley" -F.4, "Boletín de Jurisprudencia Constitucional" (en adelante BJC) 1981 (2), pág. 133.

libertad de pensamiento o -no digamos...- religiosa. ¿Podrían los poderes públicos ponerle límite sin dejar en entredicho su propia legitimidad? ¿Podría incluso verse legítimamente "limitada" desde el ámbito privado; o sólo sería imaginable -excluido todo límite previo- su colisión con otra privacidad no menos ilimitable?

Si atendemos a nuestra propia jurisprudencia constitucional, queda, en efecto, pronto de manifiesto que la libertad de expresión es más que un derecho fundamental. Nos aparece como presupuesto indispensable del *pluralismo* político; valor superior del ordenamiento (art. 1.1), que condiciona todo el sistema democrático. De ahí derivaría su adicional categoría de "garantía institucional"⁴ y el obligado reforzamiento de su protección.

Pero se nos seguirá afirmando que no hay derechos -ni, por tanto, libertades propiamente jurídicas...-ilimitados. ¿Quién, y en nombre de qué, podría limitarlos? ¿Cuál sería el fundamento y el alcance de tan arriesgadas limitaciones?

Nuestro artículo 20 descarta, en su apartado 2, que los derechos enunciados en el anterior puedan "restringirse mediante algún tipo de censura previa"; lo que parece excluir la posibilidad de limitaciones operadas "a priori" desde los poderes públicos. Pero añadirá que "estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente en el derecho al honor y a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia".

La plurívoca ambivalencia de derechos y *libertades* deja abierta la cuestión. Si hablamos de libertades naturales -o más bien silvestres, para no excitar alergias...- se entiende que las leyes las limiten, para convertirlas así en derechos propiamente dichos. Se confirmaría simplemente que los poderes del Estado son los únicos legitimados para recortar libertades pre-jurídicas. Pero si nos referimos a libertades -por limitadas- propiamente jurídicas, estaríamos hablando ya de derechos, que serían los sometidos ahora a ulterior límite por otras libertades -¿limitadas a su vez? ¿cómo, por quién y en nombre de qué?- con las que parecen entrar en colisión.

El mismo artículo 1.1 puede brindarnos pistas sobre nuestro hecho diferencial respecto a la más pura tradición del individualismo anglosajón. En él aparece también como valor superior la *igualdad*, junto a la libertad; o quizá frente a ella, aunque con la *justicia* por enmedio, como en un intento esforzado por evitar el previsible conflicto.

⁴ La libertad de expresión aparece como "garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático" -había afirmado ya el Tribunal en la STC 12/1982 de 31 de marzo, y recordará años después en la STC 104/1986 de 17 de julio, F.5 (BJC 1986 (64-65), pág. 1054)-, mientras "el derecho a recibir una información veraz", por su parte, "condiciona la participación de todos en el buen funcionamiento del sistema de relaciones democráticas auspiciado por la Constitución, así como el ejercicio efectivo de otros derechos y libertades". Ello justificará el derecho de rectificación más como "complemento a la garantía de la opinión pública libre" que en defensa del afectado, ya que "el acceso a una versión disidente de los hechos publicados favorece, más que perjudica, el interés colectivo en la búsqueda y recepción de la verdad" -STC 168/1986 de 22 de diciembre, F.2 y 5 (BJC 1987 (69), págs. 38 y 40).

Un Estado de Derecho -al menos, para poder ser homologado como "social y democrático"- no puede entenderse como una mera constelación de libertades; retadoras por demás frente al Estado, una vez que éste ha programado la adecuada articulación de sus órbitas individuales. A su vez la igualdad -que cuyo posible carácter ilimitado nunca hubo noticia; ni siquiera en estado natural o silvestre- se hará jurídica en la medida en que se preste a ajustar adecuadamente con las mentadas libertades. Ser tratado como un igual es tener la oportunidad de poder ejercer el propio ámbito de libertad tan real y efectivamente como cualquier otro.

Desde esta perspectiva, al hablar de derechos estamos necesariamente aludiendo a unas libertades que se ejercen reconociendo al otro como un igual⁵. No tenemos pues derechos ya acabados, con una dimensión determinada, que los poderes públicos hayan luego de recortar aleatoriamente al colisionar con otros derechos de dimensión no menos acabada. No estaríamos en realidad ante una *colisión* entre derechos, derivada de unas libertades situadas a solas frente al Estado, al que reconocerían como único interlocutor válido⁶.

Estamos, más bien, ante una teoría de la justicia que proyecta sobre cada libertad individual esas ajenas exigencias de verse tratado como un igual, planteadas por un omnipresente otro, distinto del Estado. Una teoría de la justicia que alimenta un continuo proceso de *positivación* jurídica, que se verá reflejado en un paralelo esfuerzo de *delimitación* de derechos⁷.

Juegos de palabras aparte, no es lo mismo limitar que delimitar; prescribir limitaciones que describir límites inmanentes⁸. Cuando aprendimos que los límites de España vienen fijados al norte por el Cantábrico y al sur por Atlántico y Mediterráneo, no se nos ocurrió pensar que nos estaban hablando de las mareas y de como éstas imponen

⁵ De ahí que la libertad de expresión no pueda concebirse de modo ilimitado, y no sólo respecto al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas" ya que "el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a un pueblo o raza", desconociendo "la efectiva vigencia de los valores superiores del ordenamiento, en concreto la del valor de la igualdad" -STC 214/1991 de 11 de noviembre, F.8 (BJC 1991 (128), pág. 33- relativa al amparo solicitado por Violeta Friedman contra manifestaciones xenóforas de Leon Degrelle.

⁶ Cuando -con ocasión de un comunicado difundido por un funcionario representante sindical- se establezca el "interés general" o público de una información veraz como criterio justificador de su posible prevalencia sobre el honor o intimidad, se nos dirá "que no se identifica con el interés administrativo", por lo que no jugarán aquí límites similares a los de la buena fe contractual en el ámbito laboral del sector privado -STC 143/1991 de 1 de julio, F.5 (BJC 1991 (123), pág. 217).

⁷ Así "cuando se ejerce una acción civil para protección del bien jurídico, honor o intimidad, frente al ejercicio del derecho reconocido en el artículo 20 CE, la decisión judicial ha de fundarse necesariamente en una determinada concepción de estos bienes y derechos y de su recíproca relación" -STC 171/1990 de 5 de noviembre, F.4 (BJC 1990 (115), pág. 132), que anula sentencias que condenaron a "El País" por información relativa a un accidente aéreo, que podría haber afectado al honor del piloto.

⁸ Se nos dirá que las libertades de expresión e información "no tienen carácter absoluto, aun cuando ofrezcan una cierta vocación expansiva. Un primer límite inmanente es su coexistencia con otros derechos fundamentales" -STC 223/1992 de 14 de diciembre, F.2 (BJC 1993 (141), pág. 58), que ampara a un arquitecto que estimó lesionado su honor por un artículo periodístico.

-en continuo flujo y reflujo- un oscilante proceso de aleatorio recorte o desahogo. Entendimos, sin duda, que España quedaba así delimitada -y no recortada- geográficamente; porque no es lo mismo definir la silueta de un cuerpo que amputarle un miembro⁹.

La intimidad personal o "el derecho al honor no es sólo un límite a las libertades del artículo 20.a) y d) aquí en juego", sino que "según el 18.1 de la Constitución es en sí mismo un derecho fundamental"¹⁰; no estamos, pues, ante meros límites extrínsecos de la libertad de expresión, sino que son ellos mismos derechos y, en consecuencia, libertades limitadas. Limitadas, paradójicamente, por la misma libertad de expresión, en ese juego de mutua delimitación que va positivando una teoría de la justicia¹¹.

La jurisprudencia constitucional sirve de privilegiado escenario de esta positivación, al ir ajustando el intrínseco juego libertad-igualdad delimitador de unos y otros derechos. Tal ajustamiento no se plantea como patológica *colisión* sino como una *ponderación* expresiva de la más espontánea vitalidad jurídica.

Si encontráramos frente a frente a dos series de derechos, perfectamente acabados, entendidos como corazas defensivas ante la posible intromisión de un otro siempre ilegítimo, sólo cabría que un tercero estatal procediera a un curioso "bricolage" recorriendo aristas por acá o acullá hasta bruñir un poco tan desajustada relación. Esta colisión sería el obligado resultado de un planteamiento normativista del derecho. Un derecho subjetivo que merezca tal nombre se presenta encapsulado en una norma, que lo presenta como propiamente jurídico. Cuando las órbitas de dos de estas cápsulas se interfieren, la antinomia es inevitable; sólo cabe solventarla por neta jerarquización¹² o por limitación aleatoria.

⁹ La propia jurisprudencia constitucional parece moverse dentro de esta ambivalencia del término límites. Así, con motivo de los despidos de miembros de un Comité de Huelga en un centro escolar, se plantea si han "actuado los recurrentes, al difundir el comunicado dentro de los límites amparados constitucionalmente, para añadir luego que "la libertad de expresión no es un derecho ilimitado, pues claramente se encuentra sometido a los límites que el artículo 20.4 de la propia Constitución establece" -STC 120/1983 de 15 de diciembre, F.2 --BJC 1984 (33), pág. 37; (subrayados nuestros).

¹⁰ STC 104/1986 de 17 de julio (citada en nota 4) -F.5 (ibidem, pág. 1054)-, anulando condena en juicio de faltas al autor de un comentario periodístico.

¹¹ Muy oportunamente hace notar la STC 219/1992, de 3 de diciembre, que la ponderación no constituye una labor hermenéutica sustancialmente distinta de la que determina el contenido de cada uno de los derechos en presencia y los límites externos que se derivan de su interacción recíproca, -F.2 (BJC-1992 (140), pág. 263).

¹² Que nuestra Constitución descartaría. Por eso su reconocimiento "de las libertades de expresión y de comunicar y recibir información ha modificado profundamente la problemática de los delitos contra el honor" en el ordenamiento español; al producirse "un conflicto entre derechos fundamentales, cuya dimensión convierte en insuficiente el criterio subjetivo del "animus iniuriandi", por estar "asentado hasta ahora en la convicción de la prevalencia absoluta del derecho al honor". La ponderación de este derecho con la "eficacia irradiante" de las libertades de expresión e información puede convertir a éstas en "causa excluyente de la antijuridicidad" -STC 107/1988 de 8 de junio, F.2 (BJC 1988 (86), pág. 925): que ampara a un objeter que criticó al Poder Judicial con motivo de su condena por injurias al Ejército. Es constante la referencia a esta resolución en la STC 51/1989 de 22 de febrero, que ampara al autor de un artículo condenado por injurias graves al Ejército -F.2 (BJC 1989 (95), págs. 534-535); subrayados nuestros.

Si nos liberamos del prisma normativista -no para negar el carácter indispensable de las normas, sino para añadir el carácter no menos jurídico de los *principios*- la situación cambia. Los principios no se encapsulan sino que circulan con mayor agilidad, prestos a confluir con otros y matizarse mutuamente en una dosificación que va delimitando una solución ajustada.

Delimitar derechos, precisando su efectivo y real alcance, no supone aplicar límites a una realidad ya existente, sino dar paso a una *ponderación* del juego que ajustadamente cabe reconocerles¹³. Cuando se plantea que la obligada garantía de la libertad de expresión no ampara el recurso a expresiones vejatorias innecesarias¹⁴, no estamos imponiendo un límite al derecho a expresarse, sino excluyendo conductas que "se extralimitan del ámbito constitucionalmente protegido"¹⁵.

Ello llevará a reconocer, en consecuencia, que nunca nadie ha podido disfrutar de un "derecho al insulto"¹⁶. Quien insulta puede estar ejerciendo una libertad asilvestrada, pero nunca un derecho -o sea, una libertad delimitada- porque no trata al otro como a un igual, sino que desconoce el obligado respeto a esa dignidad personal que con él se comparte. Estamos, pues, excluyendo un "derecho" que nunca existió, ni tendría sentido imaginar que pudiera llegar a existir. El derecho a expresarse en libertad

¹³ Más que ante una ulterior limitación de lo ya existente nos encontramos ante el intento de delimitar su efectivo ámbito de juego. Ello parece reflejarse adecuadamente cuando se nos invita a dar paso a una "ponderación de límites"; pero se desvirtúa al ejemplificarlo: "la preferencia del derecho a la información significa que su limitación sólo se justifica si con un ínfimo sacrificio del mismo se consigue evitar un sacrificio total del derecho ajeno" -la citada (en nota 7) STC 171/1990 de 5 de noviembre, F.11 (ibidem, pág. 136).

¹⁴ Tal ocurre al utilizar una Asociación de Vecinos expresiones injuriosas, que "se contienen en unas hojas anónimas y se dirigen contra una persona privada, siendo las mismas innecesarias para la formación de la opinión pública", por lo que "el pretendido derecho a comunicar libremente información que se afirma vulnerado carece de las condiciones internas que legitiman su ejercicio"; aunque luego lo que se considera quebrantado ilegítimamente es "el límite externo del respeto al honor ajeno" -STC 165/1987 de 27 de octubre, F.10 (BJC 1987 (79), pág. 1522); subrayados nuestros.

¹⁵ STC 105/1990 de 6 de junio, que se ocupa de las críticas del periodista Jose María García al entonces Presidente de la Federación Española de Fútbol, admitiendo que "se extralimitó en su crítica, sobrepasando los límites de la libertad de expresión" -F.2 (BJC 1990 (111), pág. 76). También la STC 171/1990 de 5 de noviembre se planteará si un periodista "ha sobrepasado los límites constitucionalmente protegidos del derecho a la información", lo que deja claro que no pretende limitar un derecho sino protegerlo, dentro de sus justos límites - (cit. en nota 7) F.6 (ibidem, pág. 134). Subrayados nuestros.

¹⁶ "La emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión" supone "un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, teniendo en cuenta que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto" -la citada (en nota 15) STC 105/1990 de 6 de junio, F.7 (ibidem, pág. 78). Sin embargo, la STC 240/1992 de 21 de diciembre, que no detecta tal abuso en una noticia de "El País" sobre la inexistente irrupción amenazadora de un cura en un campamento nudista, recuerda que su posible "carácter molesto o hiriente" no constituye por sí solo un "límite al derecho a la información de noticias veraces y de relevancia pública" -F.8 (BJC 1993 (141), pág. 133. Dictaminar cuando se ha producido o no un "insulto" es tarea valorativa y abierta a la discusión, como deja entrever el voto particular del Magistrado T.S.VIVES ANTON a la STC 79/995 de 2 de mayo, que considera sobrepasada la libertad de expresión; aprovechando para cuestionar la viabilidad de la vía penal para abordar el caso, ya que "la libertad de expresión necesita un amplio espacio para desarrollarse", poco compatible con "el recurso a un instrumento intimidatorio" como la pena -BJC 1995 (169-170), pág. 77.

no retrocede con ello; simplemente nunca alcanzó más allá. Lo mismo ocurriría si se produce una injustificada intromisión en la privada esfera personal de otro¹⁷.

De modo semejante al derecho a la información sí le será aplicable en su ejercicio "el límite interno de veracidad"¹⁸, pues "los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba", lo que hará exigible una "diligencia en su averiguación", que condiciona su legitimidad constitucional¹⁹. La apreciación de tal diligencia resaltará, una vez más, la problemática tarea que lleva consigo la delimitación de todo derecho²⁰.

Desde una perspectiva de *positividad instantánea*²¹ todo esto puede generar cierta intranquilidad. Parece personalmente más seguro, científicamente más riguroso y políticamente menos expuesto a veleidades de jueces activistas, disponer de unos derechos que se sabe ya "a priori" dónde comienzan y dónde terminan. No discutiré las "ventajas" de la propuesta. Me parece más razonable preguntarme simplemente si ello es en la práctica posible; porque nada más personalmente inseguro, científicamente falto de rigor y políticamente arriesgado que considerar real lo imposible.

Si toda realidad jurídica circula obligadamente a través de un *proceso de positivación* -a nadie podría extrañar, en consecuencia, que en él abunden las aparentes "circularidades"-, la ponderación delimitadora de los derechos será una de sus expresiones más habituales. No habrá mucho en ellas de esa técnica *aplicación de normas* con la

¹⁷ "La esfera privada, como parte del honor de la persona, incluye aquel sector de circunstancias que, sin ser secretas ni de carácter íntimo, merecen, sin embargo, el respeto de todos, por ser necesarias para garantizar el normal desenvolvimiento y la tranquilidad", lo que merece protección "frente a la publicación de hechos particulares o familiares, aunque no sean secretos, prescindiendo de si son ciertos o inciertos, en la medida en que resultara "ofensivo para una persona razonable y de sensibilidad media" -STC 197/1991 de 17 de octubre, F.1 y 3 (BJC 1991 (127), págs. 95 y 96). La veracidad de los hechos resulta en este contexto irrelevante, ya que "en modo alguno puede exigirse a nadie que soporte pasivamente la difusión periodística de datos, reales o supuestos, de su vida privada que afecten a su reputación, según el sentir común, y que sean triviales o indiferentes para el interés público" -STC 20/1992 de 14 de febrero, F.3 (BJC 1992 (131), pág. 105), relativa a la identificación periodística de un afectado por el SIDA.

¹⁸ En consecuencia el "ámbito protector" del derecho a la información no incluye "los rumores deshonrosos que hayan sido publicados sin comprobación de clase alguna" -STC 123/1993 de 19 de abril -F.6 (BJC 1993 (145), pág. 153)-, que deniega amparo al autor de una información periodística.

¹⁹ La ya citada (en nota 12) STC 107/1988 de 8 de junio, F.2 -ibidem, pág. 926. De ello no cabría derivar en términos absolutos que "la veracidad de la información justifica, en todo caso, las intromisiones que ésta haya ocasionado en los derechos al honor y a la intimidad de las personas" -STC 172/1990 de 5 noviembre, F.2 (BJC 1990 (115), pág. 146, relativa a información de "Diario 16" sobre el mismo accidente aéreo del que se ocupó el mismo día el Tribunal en sentencia ya citada (nota 7). La exigencia de veracidad "impone al medio la específica obligación de permanecer accesible a la persona o personas afectadas por las manifestaciones presuntamente injuriosas" de un tercero, "para que a la vez puedan hacer públicas las alegaciones que estimen convenientes para desmentir los hechos" -STC 41/1994 de 15 de febrero, F.7 (BJC 1994 /155), pág. 179).

²⁰ Así a la STC 6/1996 de 16 de enero, que niega amparo a una información sobre un presunto intermediario en los secuestros de ETA, por considerar que se basa en fuentes que "no pasan de ser indeterminadas", presenta el Magistrado J.V. GIMENO SENDRA un voto particular, en el que opone que "no parece que la vía para evitar los 'juicios paralelos' deba consistir en exigir un imposible deber de diligencia al periodista, sino en garantizar el secreto (en nuestro país, 'a voces') instructorio" -F.5 y voto particular (BJC 1996 (178), págs. 39 y 41).

²¹ Sobre el particular nuestro trabajo "Positividad jurídica e historicidad del derecho", incluido en *Derechos humanos y metodología jurídica* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, págs. 181-194.

que suele -¿mágicamente? identificarse al derecho de verdad. Habrá un entrecruce de principios inevitablemente valorativos²², que nos recuerdan que la justicia no se positiva de una vez por todas por vía legal -ni siquiera en la "ley de leyes"-, sino que se va positivando progresivamente sin encontrar otro final que el convenido de la "cosa juzgada".

Los marcos normativos distan de ser superfluos. Permitirán hacer más previsible dicho proceso, ofrecerán fundamentos argumentales para orientarlo y facilitarán apoyo para la revisión procesal de sus provisionales hallazgos. Por otra parte, las mismas resoluciones jurisdiccionales van positivando espontáneamente pautas normativas, que cumplen en otro orden un papel semejante.

El juicio ético estará siempre presente en esta positivación de la justicia. No cabrá, por ejemplo, delimitar el alcance de intimidad y libertad de expresión sin discernir la dimensión pública o privada del afectado²³; o sin constatar el posible "interés general", (o pública relevancia) de la información aportada²⁴. Aunque a veces tienda a olvidarse, la única manera de delimitar lo público y lo privado, trazando de paso la frontera entre lo moralmente loable y lo jurídicamente exigible, es emitir un juicio moral²⁵.

Es una teoría de la justicia la que exige respetar la proporcionalidad²⁶, al delimitar los derechos en juego, o la que lleva a establecer que las exigencias de ser tratado como un igual no son las mismas para quien asume responsabilidades o protagonismos

²² La ponderación del derecho al honor con las libertades de expresión e información lleva a recordar que dicha "valoración debe estar presidida por dos pautas o parámetros esenciales; referidas, una, a la clase de libertad ejercitada -de expresión o de información- y, la otra, a la condición pública o privada de las personas afectadas" -la ya citada (en nota 12) STC 107/1988 de 8 de junio, F.2 (ibidem, pág. 926); subrayado nuestro.

²³ Si se trata de personas de pública relevancia, "su vida y conducta moral participan del interés general con una mayor intensidad"; así la afirmación de que "vivía con otra mujer, una azafata", resulta rechazable referida al piloto de un avión siniestrado, aunque "de ser cierta podría quizá, en determinadas circunstancias, venir amparada en el derecho a la información, si se refiriese a un personaje público" -la ya citada (en nota 19) STC 172/1990 de 5 de noviembre, F.2 y 4 (BJC 1990 (115), págs. 146 y 147).

²⁴ Porque la "libertad de información" es "un medio de formación de opinión pública en asuntos de interés general" adquiere un "valor de libertad preferente sobre otros derechos fundamentales y entre ellos el derecho al honor", que particularmente alcanza su nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción"; mientras que "declina cuando su ejercicio no se realiza por los cauces normales de formación de la opinión pública, sino a través de medios tan anormales e irregulares como es la difusión de hojas clandestinas" -la ya citada (en nota 14) STC 165/1987 de 27 de octubre F.10 (ibidem, pág. 1521).

²⁵ Así lo hemos recordado en "Derecho y moral entre lo público y lo privado. Un diálogo con el liberalismo político de John Rawls" *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1996-1997 (XIII-XIV), págs. 509-530.

²⁶ "Al efectuar la ponderación debe tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de la proporcionalidad como principio inherente del Estado de Derecho", que exige "que toda acción deslegitimadora del ejercicio de un derecho fundamental, adoptada en protección de otro derecho fundamental que se enfrente a él, sea equilibradora de ambos derechos y proporcionada con el contenido y finalidad de cada uno de ellos" -la citada (en nota 16) STC 851/1992 de 8 de junio, F.4 (ibidem, págs. 62-63). A nadie puede extrañar que todo ello implique formular juicios de valor; pero ello lleva al Magistrado RODRIGUEZ BEREJO a formular un voto particular, por entender que el Tribunal al dar entrada al principio de proporcionalidad enjuicia "la calificación jurídico-penal" de los hechos realizada por los tribunales ordinarios -ibidem, pág. 64.

públicos²⁷ que para el ciudadano de a pie²⁸. Obviamente en aquello en que no son realmente "iguales"²⁹; lo cual -no es menos obvio- tampoco podrá delimitarse sin mediar juicios de valor. Mediarán igualmente a la hora de calificar o no como general, el interés que la información ofrecida pueda implicar.

Cuestión particularmente peliaguda -sobre todo, si nos empeñamos en no traspasar el prestigiado ámbito de lo físico- será determinar la fuente de los contenidos legítimos de los juicios de valor que hacen operativo esa imprescindible teoría de la justicia en vías de positivación. Ya el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de recordar que no es lo mismo la conformidad de una norma con los las valoraciones que en una sociedad puedan considerarse de "actualidad" que su conformidad con la Constitución³⁰. Se excluía así una interpretación sociologista de los contenidos esenciales de los derechos³¹. Asunto distinto serán la dimensión cultural e histórica de las que tales contenidos se verán acompañados.

²⁷ Su derecho al honor "se debilita, proporcionalmente como límite externo" de la libertades de expresión e información, al estar sus titulares obligados por su condición pública a "soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados", en la medida en que lo requieren "el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática". En consecuencia, se considera que la jurisdicción penal, "de haber realizado una correcta ponderación de los valores en conflicto" no habría condenado la crítica al estamento judicial, aun mereciendo "los calificativo de acerba, inexacta e injusta" -la ya citada (en nota 22) STC 107/1988 de 8 de junio, F.2 (ibidem, pág. 926); subrayados nuestros.

²⁸ De quien había calificado de "foca coja", a una ciudadana a la que cayó encima una tapia, se nos dice que "extravásó el perímetro" del derecho a la información, ya que "el tono irónico o de burla, que es admisible para la crítica de los personajes públicos responsables del desaguizado, a ninguno de los cuales se menciona ni siquiera perifrásticamente, resulta inoportuno, inadecuado y recusable cuando arbitraria y cruelmente tiene como objetivo a las víctimas" -STC 170/1994 de 7 de junio, F.4 (BJC 1994 (159), pág. 76).

²⁹ El "padecimiento" de un "Alcalde criticado, en su honor y fama", se considera, entra dentro de una de las más sensibles servidumbres de la actividad pública o política -la ya citada (en nota 4) STC 104/1986 de 17 de julio, F.7 (ibidem, pág. 1054). También quienes "persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas", mientras que a "personas privadas que, sin vocación de proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública" hay que "reconocer un ámbito superior de privacidad" -la citada (en nota 7) STC 171/1990 de 5 de noviembre, F.5 (ibidem, pág. 134). La búsqueda de notoriedad -tan propia de la prensa del corazón o del colorín- justifica que "quien por propia voluntad da a conocer a la luz pública unos determinados hechos concernientes a su vida familiar los excluye de la esfera de su intimidad", pasando a prevalecer el derecho a la información -la citada (en nota 17) STC 197/1991 de 17 de octubre, F.4. (ibidem, pág. 97). La situación llega a rizar el rizo cuando quienes se han instalado en el ámbito de lo público desvelan intimidades de terceros. Así la STC 233/1993 de 12 de julio, concerniente a declaraciones sobre personas relacionadas con el llamado caso Urquijo, establece que, aunque no cabe descartar que "la notoriedad y relevancia públicas de la persona que hace la declaración convierta en hecho noticable la declaración misma, con independencia de la irrelevancia objetiva de su contenido", el señor Giménez Arnau no es "una personalidad pública que convierta en relevante cuanto pueda declarar" -F.3 (BJC 1993 (148-149), pág. 189).

³⁰ STC 81/1982 de 21 de diciembre, F.2 (BJC 1983 (21), pág. 71.

³¹ Que parece defender el Magistrado DIAZ EIMIL, en el extemporáneo voto particular al que hacemos más abajo referencia (en nota 35), al sugerir que "en el momento de resolver el enfrentamiento de dos derechos constitucionales es muy importante tener presente cuales son las ideas dominantes que la sociedad tiene sobre el valor de cada uno", lo que paradójicamente situaría en desventaja al Tribunal Constitucional, "alejado como está, en su actuación institucional, del contacto directo con los ciudadanos", del que disfrutarían los jueces de lo penal -BJC 1989 (99), pág. 1191.

En esta segunda dimensión habrá que entender la alusión a las valoraciones socialmente vigentes como datos fácticos de referencia que ayuden a valorar jurídicamente -la confusión de los planos descriptivo y prescriptivo resulta, sin duda fácil- el alcance de lo que quepa en cada caso considerar objeto del derecho al honor o a la intimidad personal³², al tratarse de "realidades intangibles cuya extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico y cuyo núcleo esencial en sociedades pluralistas ideológicamente heterogéneas deben determinar los órganos del Poder Judicial", partiendo de una *delimitación* de los hechos y de sus efectos"³³.

Concluyendo, resultará fácil constatar que buena parte de la resistencia de los juristas a reconocer como derechos "proprio vigore" los llamados derechos humanos es su opción -con frecuencia acrítica- por una perspectiva normativista, que simplifica la realidad presentando al derecho como sistema de normas, positivadas de una vez por todas y listas en consecuencia para una aplicación técnica sin ulteriores juicios de valor.

Se obvia su versión más hiriente -un normativismo legalista- que condicionaría a una "interpositio legislatoris" la validez jurídica de esos pretendidos derechos. Para ello se recurre a la ambivalente afirmación de que la Constitución debe considerarse como norma jurídica. Poca discrepancia cabe, si con ello quiere decirse que todos sus contenidos, tengan o no la estructura formal habitual en cualquier norma jurídica, son jurídicamente vinculantes.

Lo que no queda tan claro es la necesidad -y la "ventaja"- de disfrazar de normas contenidos con muy diversa estructura formal y dinámica operativa, como hemos visto es el caso de los principios³⁴. Lo que en realidad es una *ponderación* ajustadora de una relación y a la vez delimitadora del contenido de los derechos en ella implicados³⁵

³² Por tal habría que entender "un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana", según recuerda la STC 231/1988 de 2 de diciembre -F.3 (BJC 1988 (92), pág. 1582)-, relativa a la filmación de la agonía del torero "Paquirri", en la enfermería de la plaza de Pozoblanco.

³³ La citada (en nota 7) STC 171/1990 de 5 noviembre, F.4 (ibidem, pág. 133). También de una información sobre el menor adoptado por la actriz Sara Montiel se nos dirá que "traspasa las lindes marcadas por los usos sociales en relación con el ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí o su familia" -la citada (en nota 17) STC 197/1991 de 17 de octubre, F.I (BJC 1991 (127), pág. 94).

³⁴ Vistoso ejemplo de ello es el tenor -que el Tribunal Constitucional hace propio- de una resolución judicial que intenta explicar la ponderación delimitadora de derechos, presentándola como "conurrencia normativa", sin diferenciar normas y principios: "tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción". La conclusión -"que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos"- resulta fácil al contraponerse en el caso la libertad ideológica frente a una institución del Estado; pero sería de imposible traslado a los endémicos conflictos entre derechos -STC 20/1990 de 15 de febrero, F.4.d) (BJC 1990 (107), pág.54); subrayados nuestros.

³⁵ La ya citada (en nota 4) STC 104/1986 de 17 de julio, tras aludir a "un conflicto de derechos ambos de rango fundamental", da por hecho que "no necesariamente y en todo caso tal afectación del derecho al honor haya de prevalecer" sobre la libertad de expresión, sino que "se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otra", para concluir que "lo que nos lleva al otorgamiento del amparo no es una discrepancia respecto de la ponderación de bienes y derechos fundamentales, sino la inexistencia de tal ponderación" -F.5, (ibi-

se vería suplantado por una rígida *jerarquización*, o por el tratamiento como patológicas antinomias -limitando el contenido presuntamente preexistentes de los derechos- de lo que es sino obligado proceso de ajustamiento positivador. Si queremos reconocer la realidad, quizá sea más fácil abandonar lo mágico y conceder que no es norma todo lo que jurídicamente acaba reluciendo.

Ni que decir tiene que tal ponderación lleva consigo juicios de valor³⁶, lo que llevará inevitablemente a plantear problemas sobre la posibilidad del Tribunal Constitucional de revisar los ya expresados por órganos judiciales³⁷.

La resistencia de la filosofía a proporcionar esos, fundamentos objetivos y razonables, que el jurista reclama para llevar adelante su tarea nos sitúa en la encrucijada de la ética postkantiana. El lógico rechazo de una posible dinámica de aplicación técnica de normas de contenido plenamente disponible lleva a proponer "construcciones", fácilmente acusadas de limitarse a escenificar con pulcros decorados de neutralidad procedimental los valores suscritos por una determinada filosofía política. A ningún jurista podría espantar esta nueva acusación de "circularidad". La periódicamente propuesta rehabilitación de la filosofía práctica³⁸ sigue invitando a asumir el proceso de positivación jurídica como "verdad por hacer", que teje una teoría de la justicia rebozante de dimensiones antropológicas.

dem, pág. 1054). La resolución no se vio acompañada de ningún voto particular, pero -tras "una más detenida reflexión"- el Magistrado DIAZ EIMIL acabará presentándolo tres años después, aprovechando la STC 121/1989 de 3 de julio, en la que critica la exigencia de que el órgano jurisdiccional haya de llevar a cabo la ponderación, así como "el riesgo de que se minimice el derecho al honor" mientras se da al "valor prevalente una excesiva eficacia" -BJC 1989 (99), pág. 1190.

³⁶ De ahí que la STC 170/1994 de 7 de junio (citada en nota 28), al afirmar que "la ponderación antedicha es, en su esencia, una operación de lógica jurídica", plantee una curiosa dimensión de tan misterioso saber, que incluiría "la selección de la norma jurídica aplicable al caso concreto", "la subsunción en ella de los hechos" e incluso "la libre valoración del acervo obtenido" -F.1 (ibidem, pág. 74. Similares afirmaciones en la STC 176/1995 de 11 de diciembre, que también tiene como ponente al Magistrado MENDIZABAL ALLENDE -F.4 (BJC 1996 (177), pág. 53).

³⁷ Sobre el papel que el Tribunal ha de asumir, en ausencia o deficiencia de ponderación por la jurisdicción ordinaria, se suceden, en efecto, posturas oscilantes. Así en la STC 223/1992 de 14 de diciembre, ya citada (en nota 8), tras constatar que el Tribunal Supremo no revisó la ponderación realizada, se apunta que "la naturaleza subsidiaria de esta vía de amparo no nos permite sustituir directamente el juicio debido", lo que hace "necesario reenviarse la cuestión" -F.4 (ibidem, pág. 60). En la ya citada (en nota 29) STC 227/1992, dictada el mismo día por idéntica Sala, se argumentará que la función del Tribunal "no se limita a constatar la ausencia de ponderación, extendiéndose por el contrario a un pronunciamiento sobre el fondo", que le lleva a anular la sentencia del Tribunal Supremo y declarar firme la que había casado -F.3 y 6 (ibidem, págs. 78 y 79). La STC 15/1993 de 18 de enero insistirá en que "el juicio sobre la adecuación de esta ponderación a los postulados constitucionales compete en última instancia a este Tribunal -F.1 (BJC 1993 (142), pág. 100). La STC 136/1994 de 9 de mayo sienta que "aunque los órganos judiciales hayan efectuado una ponderación entre las libertades de expresión y otros bienes jurídicamente protegidos, como el honor y el principio de autoridad, ello no exime a este Tribunal de realizar su propia valoración" -F.4 (BJC 1994 /158), pág. 65).

³⁸ Al respecto puede hojarse "¿Tiene razón el derecho? Entre método científico v voluntad política" Madrid, Congreso de los Diputados, 1996, págs. 413 y ss.

Quizá la principal aportación actual de los derechos humanos sea mantener despierta la preocupación filosófica por la dignidad del hombre y ofrecer un campo jurídico operativo para su realización práctica.