

Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

**Juan Antonio García Amado** (SÍLEX Formación Jurídica)

**¿En qué sentido ponderan los tribunales españoles cuando resuelven conflictos entre derecho al honor y derecho a la libertad de información?** pp. 124-137. Fecha de publicación en línea: 31 de julio de 2023.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: [desafios.juridicos@uanl.mx](mailto:desafios.juridicos@uanl.mx)

Desafíos Jurídicos Vol. 3 Núm. 4, Enero-Junio 2022, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. [desafiosjuridicos.uanl.mx](mailto:desafiosjuridicos.uanl.mx), [desafiosjuridicos@uanl.mx](mailto:desafiosjuridicos@uanl.mx). Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina, Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

#### DIRECTORIO INSTITUCIONAL

**RECTOR:** DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

**SECRETARIO GENERAL:** DR. JUAN PAURA GARCÍA

**DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA:** DR. MARIO ALBERTO GARZA CASTILLO

#### REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

**DIRECTORA:** Dra. Amalia Guillén Gaytán

**COORDINADOR:** Dr. Mario Alberto García Martínez

**COORDINADORA DEL NÚMERO:** Dra. Karina Soto Canales

**ASISTENTE EDITORIAL:** Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

**ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB:** M.A. Daniel Vázquez Azamar

**EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO:** María Alejandra Villagómez Sánchez

**REDACCIÓN:** Paola Stephania Muñiz Lupian

**ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA:** M.A. Daniel Vázquez Azamar “**Burning Metaverse**” © 2023

## ¿En qué sentido ponderan los tribunales españoles cuando resuelven conflictos entre derecho al honor y derecho a la libertad de información?

Fecha de publicación en línea: 31 de julio de 2023

Por: Juan Antonio García Amado\*

\* SÍLEX Formación Jurídica

### PLANTEAMIENTO. REGLAS DEL MONTÓN

Lo que hacen los tribunales españoles en ese tipo de conflictos es explicado en reiteradísima jurisprudencia. Veamos un ejemplo de tantos. En la sentencia 334/2022 de la Sala Civil del Tribunal Supremo, fundamento sexto, leemos:

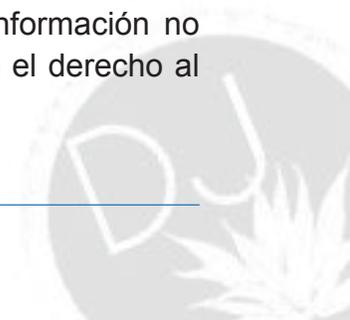
*Con arreglo a la doctrina jurisprudencial de esta sala, cuando entran en conflicto el derecho al honor y la libertad de información, la prevalencia que en abstracto corresponde a la segunda solo puede justificarse en el caso concreto mediante un juicio de ponderación ajustado a las circunstancias del caso en el que ha de estarse a la concurrencia de los siguientes tres presupuestos: (i) interés público informativo, es decir, que se trate de informaciones sobre asuntos de interés general, sea por la materia a la que alude la noticia, o por razón de las personas afectadas; (ii) veracidad de la información, entendida como diligencia*

*en la averiguación de los hechos, (iii) y proporcionalidad, en el sentido de que en la comunicación de las informaciones se prescinda de insultos o de expresiones o frases inequívocamente injuriosas o vejatorias, y por tanto, innecesarias a este propósito, para cuya valoración debe estarse al contexto.*

Es doctrina plenamente asentada por el Tribunal Constitucional en abundantísimas sentencias.

De lo que se está tratando es de si, conforme también a la Ley Orgánica 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, una información constituye o no intromisión ilegítima en el derecho al honor de un sujeto.

Lo que así se ha venido estableciendo jurisprudencialmente es que una información no supone intromisión ilegítima en el derecho al honor si:



- (i) Hay un interés público general en el contenido de la información.
- (ii) Esa información es veraz.
- (iii) Al informar no se pone, respecto del sujeto afectado, una carga expresiva negativa que vaya más allá de lo necesario para dar cuenta de los hechos.

Si esas son las tres condiciones que se exigen, hay que concluir que la ausencia de cualquiera de ellas determina que haya intromisión ilegítima en el derecho al honor.

Tenemos la estructura perfectamente condicional de una norma de lo más común, con su antecedente y su consecuente: **si una información tiene interés público general, es veraz y no contiene expresiones innecesariamente negativas sobre el sujeto al que se menciona, entonces esa información no es intromisión ilegítima en el derecho al honor.**

Con esa regla se hace un razonamiento interpretativo-subsuntivo perfectamente ortodoxo, típico. Exactamente igual que con una que dijera, por ejemplo, que los que tengan rentas superiores a cincuenta mil euros, tengan menos de sesenta años y no estén jubilados estarán obligados a hacer la declaración del impuesto sobre la renta.

Téngase en cuenta que la mencionada regla funciona sin excepción en la jurisprudencia española, en el sentido de que esas son las condiciones, puestas por el Tribunal Constitucional en desarrollo combinado de las normas de los artículos 18 y 20 de la Constitución, para que una información no se pueda tener por vulneradora del derecho al honor. No es

que, al ver las circunstancias y particularidades de cada caso, la jurisprudencia ponga y quite condiciones, sino que esas son las que uniformemente se aplican, talmente como si estuvieran escritas en la Constitución misma. Y no es que a se tomen las tres como variables con mayor o menor peso, sino que sólo se valora si concurren o no concurren, con todo lo que de discrecional inevitablemente haya en esa valoración judicial. Si concurren, no hay intromisión ilegítima en el derecho al honor, sino ejercicio legítimo de la libertad de expresión. No se trata de que la afectación negativa del honor sea menor que la afectación positiva de la libertad de expresión y que haya que pesar lo uno y lo otro, sino de que se ha establecido jurisprudencialmente una clara regla aplicable a esos casos.

En cualquier asunto de este tipo **lo que hacen los tribunales es, pues, valorar si esas tres condiciones legitimadoras de la información concurren.** Se trata de una actividad valorativa porque no supone meras comprobaciones fácticas, como cuando se constata si el que realiza cierta acción tiene cierta edad o domicilio en determinado lugar. Estamos más bien en esos supuestos, tan habituales, en que las condiciones jurídicamente exigidas abocan en primer lugar a la interpretación de los términos, para concretarlos de manera que puedan ser aplicados en el caso respectivo. Es valorativa esa labor de concreción del sentido de “interés público”, “veracidad” o componente negativo de la expresión y es valorativa también la aplicación al caso concreto. Por ejemplo, una vez que se ha precisado interpretativamente todo lo posible qué hace veraz una información, habrá que ver si esas características que se

estipulan como definitorias de la veracidad se dan o no en el caso, y esto tampoco es una simple comprobación derivada de una sencilla observación sensorial.

**¿Es eso ponderar? Sí lo es si empleamos como equivalentes los términos ponderar y valorar.** Se pondera o se valora ahí del mismo modo en que lo hace el juez penal que interpreta qué significa “alevosía” en el artículo 139.1 del Código Penal y que luego ve si lo que en los hechos del caso se ha dado cuadra o no con esa caracterización interpretativa de las propiedades de la alevosía.

Una comparación, de entre tantas posibles. Veamos la doctrina jurisprudencial sobre el enriquecimiento injusto, también llamado enriquecimiento sin causa. La jurisprudencia española viene aplicando los requisitos que bien resume la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 31 de marzo de 1992, en su fundamento tercero:

*La reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala tiene declarado que los requisitos necesarios para la apreciación del enriquecimiento injusto son: a) aumento del patrimonio del enriquecido; b) correlativo empobrecimiento del actor, representado por un «damnum emergens» o por un «lucrum cesans»; c) falta de causa que justifique el enriquecimiento, y d) inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio.*

Este del enriquecimiento injusto es señalado en la doctrina civil como un principio de creación jurisprudencial para colmar una laguna en el sistema. Así lo explica, entre tantas,

la sentencia de 110/2006 del Tribunal Supremo, Sala Civil, fundamento tercero:

*Además de no responder al concepto, tampoco el presente caso cumple un presupuesto del principio del enriquecimiento injusto, que es la subsidiariedad, en el sentido de que se aplica al caso cuando no hay norma legal -por ejemplo la que regula un contrato- que lo contemple y así lo han declarado, entre otras, las sentencias de 18 de diciembre de 1996 y, rotundamente, la de 19 de febrero de 1999. Lo que significa que si la ley prevé una determinada acción, como la derivada de un contrato, no puede alegarse este principio general.*

De nuevo tenemos una regla jurisprudencialmente sentada en uso del carácter complementario que la jurisprudencia tiene en nuestro sistema. Esa regla podemos similarmente formularla así: **si ha habido un aumento del patrimonio de una persona, un correlativo empobrecimiento del otro, si no hay causa legal para ese enriquecimiento y si no hay ninguna ley que justifique que el beneficiado se quede con el importe del enriquecimiento, entonces hay enriquecimiento injusto (con las consecuencias subsiguientes).**

¿Acaso no es la misma estructura de regla?  
¿Acaso alguien diría que aquí estamos ante un ejercicio de ponderación que obligue a algo así como a comparar los pesos de las razones de uno para enriquecerse y las del otro para recuperar lo que perdió? No, no hay nada de eso ni en uno ni en otro caso. Hay reglas jurisprudencialmente sentadas que no se aplican mecánicamente, sino con el

inexorable margen valorativo que el iuspositivismo siempre ha señalado como definitorio de la actividad judicial y compatible con el sometimiento del juez al Derecho positivo.

Hagamos una comparación más, volviendo al campo constitucional. Recordemos el artículo 18.2 de la Constitución:

*El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.*

En esta ocasión es el propio texto constitucional el que pone tres condiciones, aquí no concurrentes, sino alternativas, que, si se cumplen, hacen constitucionalmente lícita la práctica de registros domiciliarios. Una vez más, tendrá por vía interpretativa y valorativamente que interpretarse, caso a caso, cuándo hay o no hay o cómo puede o debe expresarse el consentimiento del titular, por ejemplo, o qué delito es flagrante y cuál no merece ese calificativo, pero **eso no es ponderar un principio contra otro para ver cuál pesa más, sino ejercicio ordinario del margen acotado de discrecionalidad interpretativa de los tribunales.**

A efectos prácticos nada esencial cambia si lo que los tribunales aplican es una regla así legal o constitucionalmente sentada o una regla puesta por la propia jurisprudencia, y más cuando es vinculante la jurisprudencia en cuestión y no es jurisprudencia *contra legem* sino complementaria de la legalidad.

Son normas que tienen todo el carácter de las reglas y que los tribunales aplican como re-

glas, incluido el Tribunal Constitucional español, aunque le guste decir que pondera para homologarse con la doctrina mediterránea o del Mar del Norte.

## LO QUE SÍ ES PONDERAR, SEGÚN EL IUSMORALISMO PRINCIPIALISTA

Eso no es ponderar en el sentido de la teoría jurídica principialista, representada al respecto con la máxima autoridad por Robert Alexy. Repito, lo que de valoración hay en todos los pasos de creación de tales normas y de aplicación de las mismas, interpretación mediante, podemos llamarlo ponderación si así preferimos, pero, sea con el nombre que sea, estaremos reconociendo que **se trata de un razonamiento discrecional que opta entre decisiones compatibles con la regla aplicable**, pero que no está jurídicamente legitimado para vulnerarla. Insisto, la ponderación alexiana es cosa bien diferente, puesto que es una herramienta dispuesta para justificar también las decisiones *contra legem* y porque pretende que no es ejercicio de discrecionalidad, sino cálculo objetivo de pesos tendente a dar con la única respuesta correcta en Derecho para el caso, incluso cuando tal respuesta es opuesta a toda norma de Derecho positivo que venga al caso.

El núcleo de la ponderación alexiana es el test de proporcionalidad en sentido estricto, que podemos explicar así: Cuando de resultados de una conducta que supone afectación positiva de un derecho fundamental del actor o de un principio constitucional de otro tipo (como son los relativos a bienes colectivos, como interés general, v.gr.), se produce una afectación negativa o algún grado de daño para un derecho

de otro sujeto o para un principio constitucional de otro tipo, aquella conducta **es constitucionalmente legítima si lo que pierde el derecho o principio negativamente afectado es menos o igual que lo que gana el derecho o principio positivamente afectado.**

Ahora en las palabras de Robert Alexy, cuando en relación con lo que llama el principio de proporcionalidad en sentido estricto sintetiza la que denomina 'ley de la ponderación':

**Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro**

(R. Alexy, "Las normas de derecho fundamental y los derechos fundamentales", en R. Alexy, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Lima, Palestra, 2019, p. 82).

La mecánica de comparación circunstancial del peso de cada derecho o principio concurrente la explica Alexy así:

*La ley de la ponderación que se acaba de presentar muestra que la ponderación puede dividirse en tres subetapas. Una primera etapa consiste en la determinación del grado de insatisfacción o afectación de uno de los principios. Se puede hablar en este punto de la intensidad de la intervención en  $P_i$ , que puede formularse como  $IP_i$ . Más adelante la referencia implícita a las circunstancias del caso que se decidirá (C) deberá hacerse explícita. En un segundo paso se debe determinar la importancia de la satisfacción del principio que se contrapone. En*

*este punto, se debe hablar de la importancia de la intervención en  $P_j$  que justifica el principio  $P_j$ , lo que se debe formular como  $WP_j$ . En un tercer paso, se debe determinar la relación de prelación condicional que estipula la ley de la colisión. Esto se puede describir como la esencia de la ponderación.*

R. Alexy, "La ponderación en la aplicación del Derecho", en Alexy, *Ensayos*, p. 96.

Más claramente, de nuevo con Alexy. Dice que la **ley de la ponderación** o 'fórmula' de la ponderación funciona así:

*Esta fórmula permite reconocer que la ponderación está compuesta por tres pasos. En el primer paso se debe determinar el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Esto es, cuando se trata de la dimensión de defensa de los derechos fundamentales, dicho grado de no satisfacción corresponde a la intensidad de la intervención. En un segundo paso debe definirse la importancia de la satisfacción del principio que se contrapone al primero. Finalmente, en un tercer paso, se debe definir si la importancia de la satisfacción del principio que se contrapone justifica la afectación o la no satisfacción del otro"*

R. Alexy, *El derecho constitucional y el derecho infraconstitucional -La jurisdicción constitucional y las jurisdicciones especializadas*, en Alexy, *Ensayos*, p. 130.

Lo que pesa son las razones que en cada caso sostienen cada principio o derecho concurrente. Refiriéndose al caso *Titanic*, que tanto usa como muestra, dice Alexy:

*“Lo decisivo en esta decisión se encuentra en las determinaciones del grado de la afectación de los derechos que están en juego. Las ponderaciones consisten esencialmente en estas gradaciones. La ley de la ponderación lo expresa mediante la exigencia de que **las razones que justifican la intervención deben pesar tanto más, cuanto más intensa sea la intervención**. Si se parte de las gradaciones del Tribunal Constitucional Federal, debe concluirse que, en el caso expuesto, la libertad de expresión, debido a su restricción grave, en comparación con una afectación más leve del derecho al buen nombre, fundamenta el juicio conforme al cual es inadmisibles imponer una sanción a causa del uso del apelativo de ‘asesino nato’. Bajo estas condiciones, en el sentido de la ley de colisión antes expuesta, dicha libertad prevalece sobre al derecho al buen nombre. Por el contrario, **la afectación muy grave del derecho al buen nombre fundamenta la imposición de la sanción cuando se trata del uso del apelativo de ‘tullido’**. Bajo estas condiciones, este derecho prevalece sobre la libertad de expresión.*

R. Alexy, “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, en Alexy, *Ensayos*, p. 75.

## LO QUE HACEN REALMENTE LOS TRIBUNALES, AUNQUE LO LLAMEN PONDERAR

No es eso lo que hace el Tribunal Constitucional español cuando dice que pondera entre libertad de información y derecho al honor.

No compara, ni en abstracto ni caso a caso y según las circunstancias de cada uno, cuán de intensa es la afectación negativa del derecho al honor y cuánta es la intensidad de la afectación positiva del derecho de libertad de información, sino que aplica la regla mencionada según una lógica binaria completamente acorde con los esquemas del razonamiento interpretativo-subsuntivo:

*Si se dan las circunstancias a, b y c que con carácter general y abstracto en el antecedente de la regla se describen, entonces no hay vulneración del derecho al honor.*

*Si no se da alguna de esas circunstancias, entonces sí hay vulneración del derecho al honor.*

Sencillamente así.

Ya sabemos que las condiciones que configuran el antecedente de la regla son: interés público de la información, veracidad y no empleo de expresiones innecesariamente negativas o afrentosas.

Veamos esto tomando como muestra la sentencia 852/2021 de la Sala Civil del Tribunal Supremo. Se trataba de decidir si vulneraba el derecho al honor una información que la persona demandada había publicado en la red social Facebook y que decía así, tal como la recoge la propia sentencia:

*El próximo 17 de junio de 2019 Margarita declarará como INVESTIGADA ante el juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número 2 de Nules por presuntos delitos de Prevaricación y Tráfico de in-*

*fluencias en el nombramiento del Inspector de Policía <<A dedo>> el 3 de mayo de 2017 por Decreto de la Alcaldía cuando no había siquiera plaza de inspector legalmente ofertada iii Con galones y sueldo y complementos de inspector y acta de <<toma de posesión>> como funcionario del Grupo A2 cuando solo era Oficial del Grupo C1. Por si fuera poco, aprovechando que la Secretaria titular -yo- había sido operada por urgencia, prepararon las bases de la Plaza para que el susodicho pasara a ocuparla <<en propiedad>> por <<concurso oposición>> preparado para él solo. El propio inspector en declaración ante el juzgado reconoció que las bases con el temario y las condiciones de las pruebas las hizo él mismo desde su ordenador. Y también el mismo eligió <<su Tribunal calificador>>.*

El juzgado de primera instancia había fallado que sí había vulneración del derecho al honor, ya que en el texto se vertían expresiones tendientes a desprestigiar al demandante y se le atribuían declaraciones que no había hecho, lo cual contradecía la exigencia de veracidad. Hubo recurso de apelación y la segunda instancia ratificó la condena a indemnizar por intromisión ilegítima en el derecho al honor, aduciendo que eran innecesarios los términos despectivos y ofensivos utilizados, se aprecia intención de desprestigiar y se atribuyen al afectado expresiones que no había empleado. Se interpone recurso de casación y, en esta sentencia de la que nos ocupamos ahora, el Tribunal Supremo da la razón a la demandada y concluye que no hubo atentado contra el derecho al honor. ¿Cómo lo argumenta? Con las siguientes razones:

(i) El interés general que tiene la información en cuestión:

*“Nos encontramos ante un asunto de interés general, relativo al concurso de una plaza de inspector de la policía local de un ayuntamiento, así como a la existencia de un procedimiento penal incoado por tales hechos, por presunto delito de prevaricación y tráfico de influencias, en el que figura como investigada la alcaldesa de Almafara”. “Por otra parte, la información se refiere a personas que cuentan con un perfil público, como es la denunciada y el demandante, en su condición de funcionario, que desempeña un cargo de relevancia, como es el de inspector jefe de la policía local”.*

Estamos ante una valoración del Tribunal en cuanto a si se cumple o no la primera de las condiciones de la regla que conocemos, la del interés público de la información. Valora que sí hay tal interés y justifica esa valoración con los dos argumentos relacionados que acabamos de ver: la existencia de un procedimiento penal en marcha y el perfil público de los aludidos en la información.

(ii) No se usan expresiones peyorativas innecesarias por relación a lo que se quiere informar porque tiene interés público:

*“La demandada transmite unos hechos, que no se acompañan de connotaciones peyorativas que sobrepasen los límites de la libertad de información, con vulneración del principio de proporcionalidad”.*

Atención a ese “principio de proporcionalidad”, sobre el que de inmediato volveré.

Lo no adecuado o “desproporcionado” de las afirmaciones que sobre el afectado la información contenía se sigue justificando así:

*“La circunstancia de que se señale que se hizo el nombramiento <<a dedo>>, en el sentido de tratarse de una designación discrecional y directa, con carácter provisional, por decreto de la alcaldía, el día siguiente en el que, por otra resolución de la misma clase, se aprobase la creación de la plaza de inspector de la policía local del ayuntamiento, tampoco encierra expresiones indiscutiblemente injuriosas o innecesarias a la finalidad de la información que se pretende transmitir, la cual se halla constitucionalmente amparada”.*

Estamos ante una valoración del Tribunal en cuanto a si se cumple o no la tercera de las condiciones de la regla que conocemos, la de que no se contenga en la información una carga expresiva negativa que vaya más allá de lo necesario para dar cuenta de los hechos. Valora que no hay tal carga y justifica esa valoración del modo que acabamos de observar.

## LA APLICACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD

Pero se menciona el **principio de proporcionalidad**. Esto puede llamar a engaño, pero es evidente que **no se juega aquí con el principio de proporcionalidad en el sentido en que lo usa Alexy**. La condición tercera que

pone la regla que conocemos es la de que no si se emplean expresiones innecesariamente ofensivas hay vulneración del derecho al honor, de lo que se infiere que, en cuanto a esta condición, no existe tal vulneración si no son así las expresiones cuestionadas. Eso fuerza a un juicio comparativo entre el objeto de la información y los términos que se usan para darla. Si un periodista informa de que un hombre se cayó al río y se ahogó y de que el informe de la autopsia se desprende que llevaba una alta tasa de alcohol en sangre cuando se produjo el accidente, la condición se cumple, pero si lo que el periodista dice es que se era un borracho asqueroso e impenitente y que por eso la autopsia muestra la tasa de alcohol con que caminaba, se está rebasando el límite que la regla pone.

¿Es eso un juicio de proporcionalidad? Ningún problema hay en llamarlo así. ¿Es un juicio de proporcionalidad en el sentido del test de proporcionalidad en sentido estricto de Alexy? No. ¿Por qué? Porque **la comparación que busca lo proporcionado se hace entre el objeto de la información y las palabras con que se informa, no entre el grado de afectación negativa del derecho al honor de uno y el de afectación positiva del derecho a la libertad de información del informante** (o, lo que es lo mismo, de lo que negativamente afectaría al derecho a la libertad de información el considerar ilegítima una información así).

Nuestros tribunales hablan continuamente de ponderación y de principio de proporcionalidad para aparentar que están a la última moda de Kiel o de Alicante y que ponderan al modo que mandan los principialistas, pero ni

pondrán así ni atienden de tal manera el principio de proporcionalidad, sino que siguen haciendo sus razonamientos interpretativo-substantivos de toda la vida, afortunadamente. Y no porque, como esos principialistas cuentan, porque acaben subsumiendo bajo la regla que nace circunstancialmente de la ponderación y como norma para el caso, sino bajo la norma previamente sentada, sea por vía jurisprudencial, como aquí sucede con los tres requisitos de la información legítima, sea por vía de enunciados positivos que se hallen en otra fuente, como cuando el artículo 18.2 de la Constitución enumera las tres condiciones alternativas para que un registro no suponga **vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio**.

De nuevo procede hacer una comparación para que acabemos de entendernos.

El artículo 139 del Código Penal tipifica el delito de asesinato y enumera las circunstancias agravantes que convierten un homicidio en asesinato. Entre ellas está la de **ensañamiento**, en el apartado 3º:

*Será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes... 3º Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.*

La aplicación de la condición de ensañamiento obliga a un juicio comparativo (además de a considerar el dolo, que es asunto distinto). No habría problema si los tribunales penales dijeran que ahí tienen que aplicar el principio de

proporcionalidad, en el sentido de que tienen que valorar si hay proporción entre la índole de lo que se quería, que era causar la muerte, y los medios de que se disponía, por un lado, y, por otro, el dolor causado a la víctima deliberadamente. Si el homicida tenía una pistola y la víctima estaba completamente a su merced y consciente, y si en lugar de matarla con un tiro en el corazón o la cabeza la mata con veinte disparos que empiezan en las piernas y sin querer que tenga una muerte rápida, estaremos ante la desproporción entre medios homicidas y dolor causado, desproporción a la que alude esa circunstancia de ensañamiento.

El juicio de proporcionalidad por el tribunal será ahí lo determinante, pero a nadie se le pasará por la cabeza que el tribunal está ponderando en el sentido de Alexy y cotejando el grado de afectación positiva de un derecho o principio y el de afectación negativa de otro.

Simplemente sucede que **entre las condiciones que una regla pueda poner en su antecedente unas son comparativas y requieren para su verificación un juicio de ese tipo, y otras no lo son**. Así, la condición que como constitutiva de asesinato pone el apartado 2 del artículo 139 del Código Penal y que consiste en que se mate a otro “Por precio, recompensa o promesa”. Si hay precio o hay recompensa o hay promesa, se cumple esa condición; si no, no. Ahí no importa nada si el precio es alto o bajo o si la promesa lo fue de algo bien sugerente o de algo trivial. No hay dos elementos para comparar buscando una proporción o similitud de grado entre ambos. Eso también lo vemos en aquella condición de la regla sobre libertad de información que

dispone que la información ha de ser veraz. O lo es o no lo es, igual que o hubo precio por el homicidio o no lo hubo. Lo cual, por cierto, es completamente compatible con los problemas interpretativos que pueda suscitar cualquier expresión que en una regla se use. Hay que ir concretando por vía interpretativa qué es la veracidad y hay que ir concretando por vía interpretativa qué es precio, pero eso no se hace tampoco aplicando un juicio de proporcionalidad y ponderando en el sentido de Alexy, sino valorando discrecionalmente y argumentando lo mejor que se pueda la opción que discrecionalmente se tome, de entre las conciliables con el tenor de la norma.

Los posibles problemas interpretativos se dan exactamente por igual en las reglas que ponen condiciones comparativas o no comparativas y tanto hay que interpretar qué significa “veracidad” o qué significa “expresión innecesariamente negativa” o “ensañamiento”, en cuanto producción de “padecimientos innecesarios para la ejecución del delito” (art. 22, apartado 5º del Código Penal). Naturalmente, las elecciones interpretativas son valorativas y, como tales, con alto contenido de discrecionalidad, y si tratamos como sinónimas las palabras “valorativo” y “ponderativo”, podemos decir que las elecciones interpretativas son “ponderativas”. Pero no tiene absolutamente nada de nada que ver con la ponderación de que habla Robert Alexy o de la que en España teorizan Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero.

## LA VERACIDAD DE LA INFORMACIÓN

(iii) Volvamos a la sentencia y veamos ahora cómo justifica su tesis de que tampoco hay en el caso vulneración del derecho al honor por

incumplimiento del tercer requisito de aquella regla que conocemos, el de veracidad de la información. Dice el Tribunal Supremo:

*En tercer lugar, analizaremos el requisito de la veracidad. Los hechos tienen el correspondiente soporte fáctico. No se trata de la divulgación de un mero rumor. Por el contrario, son conformes a la realidad, la existencia de un procedimiento penal, en trámite, por delitos de prevaricación y tráfico de influencias, en el que figura como investigada la alcaldesa de Almazara, que fue llamada a declarar, en tal concepto, como consecuencia del nombramiento del jefe de policía local.*

Está sumamente arraigada en la jurisprudencia constitucional española la tesis interpretativa de que veracidad no es lo mismo que verdad y que una información es veraz cuando no se basa en meros rumores, sino que tiene un soporte fáctico real en hechos para cuya comprobación se ha aplicado un razonable esfuerzo. Esas condiciones, según el Tribunal, se daban en este caso, por lo que se cumple la condición de veracidad.

Observamos algo bien habitual en un razonamiento interpretativo-subsuntivo: la regla menciona una condición que, a su vez, se cumple si se cumplen otras subcondiciones interpretativamente puestas. Veámoslo:

*Regla: Una información no vulnera el derecho al honor si es veraz*

*Subregla: Una información es veraz si los hechos que se mencionan han sido razonablemente comprobados.*

En aplicación de la subregla, el tribunal de turno valora si los hechos han sido razonablemente comprobados, lo cual unas veces será bien claro y otras veces resultará dudoso, siendo entonces más determinante la valoración discrecional del juzgador. Y el razonamiento final queda, como en este caso, así:

*Los hechos mencionados han sido razonablemente comprobados, por lo que son veraces, por lo que se cumple esa condición del ejercicio legítimo de la libertad de información.*

Estamos ante una valoración del Tribunal en cuanto a si se cumple o no la segunda de las condiciones de la regla que conocemos, la de veracidad. Valora que sí hay veracidad y justifica esa valoración como se acaba de señalar. Pero, como ya es usual, el Tribunal vuelve a tratar de legitimarse ante la teoría dominante, a base de usar un lenguaje equívoco o impostado, el de la ponderación. Lo hace en su conclusión, tras haber realizado ese triple razonamiento de cariz indudablemente interpretativo-subsuntivo:

*En el juicio de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto, es preciso tener en cuenta el interés general de la información, el carácter público de las personas a las que se refiere la noticia, la circunstancia de no haberse empleado términos indiscutiblemente vejatorios para la persona del actor, que la información iba fundamentalmente referida a la alcaldesa de la localidad a la que se le atribuye la designación a dedo, en el contexto antes reseñado” (énfasis añadido).*

No ha habido ningún juicio de ponderación en sentido ni remotamente próximo al principialismo alexiano o alicantino, y menos uno que abarque los tres elementos citados, interés público, no excesos peyorativos de la expresión y veracidad. **Ha habido tres razonamientos subsuntivos** respecto a si se cumplen o no tres condiciones puestas por tres subreglas o tres apartados de la regla que permite establecer si el ejercicio de la libertad de información ha sido correcto o si ha supuesto vulneración de un derecho fundamental, como era aquí el del honor o podría haber sido también el de intimidad o propia imagen, entre otros.

El Tribunal, con la discrecionalidad normal e inevitable, ha razonado y argumentado sobre si la información era veraz, sobre si contenía expresiones innecesariamente peyorativas en relación con el objeto de la información y sobre si tenía interés público. Esa tres condiciones las pone la norma asumida y aplicada como acumulativas y, por tanto, imprescindibles las tres, y en la sentencia vemos perfectamente cómo el Tribunal coteja los hechos que para cada condición cuentan, para ver si encajan o no bajo el supuesto de cada una de las tres condiciones y si, en consecuencia, tales condiciones se cumplen o no. Hay ahí muchas valoraciones, como siempre, pero ninguna ponderación en el sentido de la “ley de la ponderación” o “fórmula de la ponderación” de Alexy. Absolutamente ninguna.

### ¿CÓMO PONDERARÍA EN ESE CASO UN PRINCIPIALISTA SERIO?

¿Cómo habría tenido que resolverse el caso para que pudiéramos decir que se cumplen los pasos y modos de la ponderación de

Alexy? Hagamos ese ejercicio, aun a riesgo de resultar reiterativos y pesados.

Lo primero que resulta imprescindible, como sabemos, es **presentar el asunto como de conflicto de derechos**, no como caso de delimitación, por vía interpretativa, del alcance de normas. Así pues, tenemos que indicar que con las expresiones que en la información se contienen hay una afectación negativa del derecho al honor del sujeto demandante y hay una afectación positiva del derecho a informar de la parte demandada, afectación positiva que también podemos ver como afectación negativa de ese derecho si se estima que viola el del honor y que se debe indemnizar.

Alexy explica que para establecer el peso de cada una de esas afectaciones de los respectivos derechos en pugna se puede y se debe usar una escala triádica de leve, medio y fuerte, o mucho, regular y poco (véase, por ejemplo, R. Alexy, “La fórmula del peso”, en *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, cit., pp. 147 ss; analícese esa escala triádica prescindiendo de los excesos y desmesuras absurdas de la fórmula del peso como tal).

Pues bien, para ponderar en un caso como el de la sentencia en examen **habría que atribuir un grado de intensidad leve, medio o fuerte al daño o afectación negativa que ha tenido el derecho al honor del demandante**. Esa atribución de peso según esas tres magnitudes tiene que hacerse a la luz de las circunstancias del caso, pues cualquier cambio en los hechos puede alterar tal grado de intensidad en la afectación y hacer que lo que sin un detalle sería leve, por ejemplo, pase a ser medio o grave porque ese detalle

adicional concurre. Y lo mismo para fijar, conforme a la escala triádica, el nivel de afectación positiva o beneficio que para el derecho a informar se desprende de que se pueda informar de eso y en esos términos.

Pero estamos yendo al test de proporcionalidad en sentido estricto, tercer paso de la ponderación, según Alexy, y no podemos olvidar los dos previos, el de idoneidad y el de necesidad, que, según el autor, tienen que ver con las condiciones fácticas para el ejercicio del derecho, aquí el de libertad de informar.

El test de idoneidad establece que sólo será constitucionalmente legítimo ese ejercicio, en el caso, del derecho a informar si en verdad se está informando de algo, pues si ese derecho en nada se beneficia de que lo que se dijo, ya que, por ejemplo, no se está informando de ningún hecho, sino insultando sin más, entonces no hay legitimidad del derecho a la información, ya que propiamente ese derecho no se está ejerciendo. Esto suena muy trivial. Además, depende enteramente de una interpretación previa acerca de lo que sea “información”, aunque en esto no suela reparar la teoría principialista, que atiende poco a las interpretaciones porque tiene escaso interés en los enunciados positivos y sus significados posibles.

El test de necesidad alude a que habrá vulneración del derecho a honor si la información podría haberse presentado de una forma alternativa en la que, valiendo lo mismo la información en sí, se dijeran cosas que dañen menos el honor de quien en la información se menciona. Ese es un requisito que abre de plano las puertas a la discrecionalidad des-

medida y que no tienen nada de la objetiva exactitud que pretende, pues absolutamente siempre se podría haber usado en una información una palabra menos o una expresión algo más liviana o se podría haber omitido un dato de los que se ofrecen.

La conclusión es que en un caso como el analizado en esta sentencia, el Tribunal podría haber dicho que hay vulneración del derecho al honor porque eso no es informar, sino maledicencia sin más, o que se vulnera tal derecho porque no se usan los medios expresivos y los datos menos perjudiciales para informar de lo que en verdad importa que se sepa. Por suerte, los tribunales españoles no suelen todavía recurrir a tan bajas argucias para decidir enteramente como les plazca y con sólo argumentos tan traídos por los pelos o tan “flexibles”.

Así que volvamos al test de proporcionalidad en sentido estricto o fórmula de la ponderación. Antes, al inicio de este apartado, recogimos los hechos probados, tal como en la sentencia aparecen. Sugiero al amable lector que los repase y que cuando los tenga claros y los recuerde todos, pondere como Dios manda y compruebe si es mayor la merma del honor de uno o el beneficio para el derecho a informar del otro. Y al ponderar así, no olvide que, según Alexy y la multitud que lo sigue y lo glosa, ponderar no es hacer un ejercicio de discrecional, de valoraciones indefectiblemente marcadas por la subjetividad del que figuradamente sopesa, sino que hay una pretensión severa de objetividad. Por eso la carga de la argumentación que tiene el que pondera consiste, en un caso como el presente, en nada más que subrayar las circunstancias fácticas

de las que depende el peso que asigna a un derecho y al otro.

Porque, aunque la doctrina oficial diga que lo fáctico cuenta nada más que para el test de idoneidad y el de necesidad, no es cierto, ya que de sobra se ve que son las peculiaridades fácticas de cada caso las que supuestamente determinan el peso de los derechos que se han presentado como enfrentados; y más cuando el peso abstracto de los derechos-principios en liza es el mismo, como aquí sucedería entre el derecho al honor y la libertad de informar.

Al menos los tribunales españoles toman normas o las elaboran complementariamente a las constitucionales y legales y luego ven si los hechos encajan o no encajan bajo su antecedente. La ponderación alexiana, en cambio, es ciento por ciento casuística, y más cuando se trata, como aquí, de supuestos conflictos de derechos.

Que haya norma, como hay aquí, en la jurisprudencia española, significa que se tiene cómo determinar si concurre vulneración del derecho al honor o legítimo ejercicio de la libertad de información: aplicando la norma, que funciona como general y abstracta, aunque siempre con márgenes para la interpretación, en lugar de dejar el campo abierto para un pesaje enteramente subjetivo que, para colmo, se presenta como objetivo, certero y apenas necesitado de más argumento que el señalar con el dedo los hechos del caso, que pesan lo que pesan porque lo pesan, y ya está.

