

HECHOS, OPINIONES E HISTORIA (Comentario a la STC 43/2004, de 23 de marzo)

PEDRO ROBLES LATORRE
Profesor Agregado de Derecho Civil
Universidad San Pablo-CEU de Madrid

I. RELATO DE LOS HECHOS.—II. HECHOS, DERECHO A LA INFORMACIÓN Y DERECHO AL HONOR.—III. OPINIONES, LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO AL HONOR.—IV. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AL CASO CONCRETO.

RESUMEN

Se analiza en este comentario la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional entorno al conflicto entre el Derecho al honor y los derechos de información y de libertad de expresión. La doctrina tradicional distinguiendo entre el derecho a la información veraz y relevante públicamente y el derecho a la opinión, con un ámbito más subjetivo y más amplio resulta más difícilmente aplicable respecto de acontecimientos históricos. El grado de difuminación de los hechos y la opinión que sobre ellos se tiene no puede llevar al intento de las partes por provocar que los juzgadores realicen un juicio sobre la historia. Esta misión está encomendada a los expertos historiadores, cuya opinión se encuentra protegida por un cualificado derecho a la libertad de expresión.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la información; libertad de expresión; libertad de opinión; acontecimientos históricos.

ABSTRACT

This commentary analyses the reiterated doctrine of the Constitutional Court around the conflict between the right to honour and the rights to information and freedom of expression. Traditional doctrine distinguishes between the right to true and publicly relevant information and the right to opinion, which has a more subjective, broader scope. However, this distinction is more difficult to apply with respect to historic events. Given the degree to which events and opinions regarding such events are blurred by time, parties should not try to force judges to issue a ruling on history. This

mission should be placed in the hands of historians, whose expert opinion is protected by a qualified right to freedom of expression.

KEY WORDS: Right to information; freedom of expression; freedom of opinion; historical events.

I. RELATO DE LOS HECHOS

El día 27 de noviembre de 1994, TV3, el primer canal de la televisión pública de Cataluña, emitió un programa titulado *Sumaríssim 477* en el que se hacía una semblanza biográfica y política de D. Manuel Carrasco i Formiguera, quién fuera político catalán y fundador del partido Unión Democrática de Cataluña. En dicho programa, lógicamente, se hizo referencia al Consejo de Guerra en el cual fue condenado a muerte y que terminó con la ejecución del procesado. Dicho proceso tuvo lugar en el año 1937.

En relación con dicho proceso se aludió a D. Carlos Trias Bertrán que participó en dicho proceso como testigo. En el programa aparecen los siguientes testimonios:

1. (Mientras se ven las imágenes superpuestas del legajo de la declaración en el sumario del Sr. y una foto en blanco y negro de un varón joven con atuendo militar, una voz decía:)

«Yo Carlos, declaro que conozco a Manuel y que junto con Estat Català ha intentado la fundación de una República independiente, bajo la protección de una potencia extranjera».

2. (De nuevo, mientras se ven imágenes de legajos y la foto antes mencionada, una voz decía:)

«El Tribunal va condemnar a Carrasco basant-se exclusivament, en el testimoni de 8 catalans residents a Burgos. Es van presentar voluntàriament davant del jutge instructor».

«Tenen noms i cognoms: José, Cap de la Falange a Catalunya; José M^a, Falangista; Antonio, periodista; Josep, periodista; Diego, periodista; Carlos, advocat; Josep, advocat; Enrique, advocat».

«No van tenir compassió, Carrasco «era rojo y era separatista». La defensa els va denominar testimonis fantasmes, ressentits, propagadors de rumors».

3. (Finalmente, sobre fondo negro, se emite el siguiente texto:)

«Tots els testimonis de càrrec que van declarar contra Carrasco van ocupar alts càrrecs a l'administració i la premsa franquista desde 1940».

Presentada demanda ante el juzgado de primera instancia por parte de los herederos de D. Carlos Trias Bertran (uno de los citados en el

reportaje como testificador en contra del Sr. Carrasco) contra la autora del reportaje, el ente público Televisión de Cataluña y contra la corporación catalana de radio y televisión, el juez del juzgado nº 13 de Barcelona estimó la demanda —con fecha 20-12-1996— en base a que «los hechos no se correspondían objetivamente con lo que resultaba del examen del sumario del Consejo de Guerra núm. 477/37, llevando al ánimo del público un juicio negativo y desmerecedor del Sr. Trías, lesivo de su honor y del de sus hijos, ya que se le presentaba a él y a los otros siete testigos de cargo en aquel proceso como los causantes de su fusilamiento». En base a dicho razonamiento declaró la existencia de intromisión ilegítima cometida por los demandados contra el honor del Sr. Trías Bertrán, les condenó a publicar a su costa la sentencia condenatoria, a suprimir en todas las copias del documental el texto arriba citado, a suprimir igualmente de todas las copias del documental el texto sobrescrito también citado y a pagar una indemnización de 3 céntimos de euro, indemnización claramente simbólica, y en mi opinión, adelantando parte del comentario de la sentencia, indicadora del tipo de proceso y de la intención de las partes en el procedimiento judicial.

Apelada la sentencia, la sección decimosexta de la Audiencia provincial de Barcelona, en sentencia de 17-11-1997 desestimó el recurso y confirmó la sentencia de instancia al considerar que «la información divulgada no era veraz en todos sus extremos y adolecía de falta de objetividad, no ateniéndose tampoco al canon del reportaje neutral u honesto fijado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional».

Los demandados presentaron recurso de casación ante la Sala 1ª del Tribunal supremo alegando la infracción de los artículos 7.7 LO 1/1982 y el artículo 20.1 CE, así como la jurisprudencia que los desarrollaba. El Tribunal Supremo casó y anuló la sentencia de instancia y desestimó la demanda, pues entendió que se habían narrado hechos históricos sustancialmente veraces y de relevancia pública junto con opiniones o juicios de valor. Sus considerandos dicen:

Relevancia pública e interés general lo tiene el hecho histórico de la preguerra y parte de la guerra civil que se explica en el reportaje (...) La veracidad también es indiscutible. El hecho esencial es que D. Carlos Trías Beltrán fue testigo de cargo —él y otros catalanes— en un Consejo de Guerra, sumarísimo, cuyo acusado era el político catalán don Manuel Carrasco i Hormiguera. Y, como recoge la sentencia de instancia, no parece probable que, siendo abogado, desconociese las consecuencias que una acusación de esta naturaleza en aquel lugar y momento comportaba (...)

Se emplean dos adjetivos, «exclusivamente» y «voluntariamente», cuya veracidad hay que examinar. En el reportaje se dice que «el Tribunal condenó a Carrasco basándose exclusivamente en el testimonio de ocho catalanes...» y, ciertamente, la sentencia no dice tal cosa; pero tampoco dice lo contrario; la sentencia que condena a muerte al acusado no expresa hechos concretos que motivan una pena de muerte, sino posiciones políticas; no enjuició unos hechos, sino una conducta y una opinión política y por ellas fue ejecutado; como recoge la sentencia de instancia, se fusilaba a un símbolo, «Carrasco lo es todo: es Cataluña y es la República»; por tanto, no se puede decir que fue condenado exclusivamente por las declaraciones testimoniales, pero tampoco que lo fue por otras pruebas (pruebas ¿de qué?); en conclusión, el adjetivo «exclusivamente» es un juicio de valor, una opinión (bajo la libertad de expresión), no un hecho (bajo la libertad de información veraz). Lo mismo ocurre con lo que se dice a continuación: «se presentaron voluntariamente ante el Juez instructor»: lo fueron tras citación judicial; no consta que fueran «voluntariamente», pero tampoco consta que fueran «forzadamente», ya que la citación judicial no excluye ni una ni otra y, además, como en la expresión anterior, es un juicio de valor, una opinión, no un hecho.

Se dice en el reportaje que «no tuvieron compasión» lo cual es un juicio de valor, una opinión de quien fue uno de los testigos de cargo en un juicio sumarísimo en aquel momento histórico. Se dice asimismo que los testigos de cargo, como el padre de los demandantes, «ocuparon altos cargos en la Administración y prensa franquista desde 1940», lo cual es objetivamente cierto; si la parte demandante mantiene que esa afirmación se hace en relación con su actuación como testigo de cargo, sí es un juicio de valor; la afirmación del reportaje es veraz, veracidad que no cabe matizar o discutir (F.D.4º).

Ante la sentencia del Tribunal Supremo, los herederos de D. Carlos Trías interpusieron recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en el que alegaban que

a) No es cierto que la condena se fundara exclusivamente en los testimonios de los testigos. La forma en la que se dramatizó el reportaje hacía inducir al espectador la importancia de dichos testimonios, cuando lo cierto es que dicho testimonio no se pres-

tó en el juicio oral y en el resultado del juicio, dichos testimonios fueron irrelevantes.

b) No es cierto que los testigos fueran voluntariamente a declarar, pues eran militares y estaban sometidos a la disciplina de sus mandos.

c) La forma en la que se presentó la participación del Sr. Trías en el juicio así como la afirmación de que ocupó cargos importantes durante la época franquista son un montaje alentado por un ánimo difamatorio, y teniendo en cuenta que la autora del reportaje contó con un periodo de seis meses para investigar y documentarse adecuadamente, concluye que existió negligencia en el comportamiento de la autora del reportaje.

d) El programa en cuestión se emitió en horario de máxima audiencia, pretendiendo presentar como información verdadera lo que no eran sino burdas falsedades y opiniones gratuitas que no se pronunciaron improvisadamente y que se vertieron con la intención de difamar.

e) Estas opiniones fueron presentadas en el programa como si de información cierta se tratase, y por tanto, debe examinarse desde el prisma de la información y no como simples opiniones.

f) Por último alegan infracción del artículo 24 de la CE pues, en su opinión, el TS entró en la discusión y revisión de los hechos probados cuando en el recurso de casación, ninguno de los motivos alegados, versara sobre dicho extremo.

La otra parte, en su escrito de alegaciones expone los siguientes argumentos:

a) Está probado y demostrado que el Sr Trías intervino en el consejo de guerra como testigo. El hecho de que lo hiciera en la fase de instrucción y no en el juicio oral no resta importancia a su testimonio y la consecuencia fue el auto de procesamiento y posterior sentencia condenatoria contra el Sr. Carrasco.

b) Lo relatado en el reportaje era sin duda un asunto de relevancia pública y de interés general.

c) Defienden la veracidad de los hechos relatados.

d) Respecto a la afirmación de que la condena se había basado exclusivamente en los testimonios y de que los testigos se habían presentado voluntariamente a declarar, afirman que se tratan de juicios de valor amparados en el marco de la libertad de

expresión. Igual calificación les merece la afirmación de que los testigos no tuvieron compasión.

e) En conclusión, culminan sus alegatos los dicentes, diciendo que la información transmitida era veraz, sobre hechos y personajes con relevancia pública, eran necesarias las referencias a los testigos así como los juicios de valor emitidos por la autora del reportaje al hilo de la narración de los acontecimientos. Reconoce que el reportaje se basa en un trabajo de investigación y por tanto no puede desarrollarse al margen de un tamiz moral, ideológico, ético, etc., por el que en definitiva queda filtrado todo el trabajo intelectual, sin que ello suponga, en modo alguno un juicio descalificador de su rigurosidad.

El ministerio fiscal concluyó sus alegaciones de la siguiente forma: *«en la medida en que la información debe ponderarse globalmente y en relación con su contexto, que no cabe exigirle asepsia, imparcialidad o completad alguna para merecer protección constitucional, y que las expresiones calificadas de vejatorias o injuriosas no pueden separarse de ese contexto, no cabe sino desestimar el presente amparo».*

Por último, el Tribunal Constitucional dicta sentencia en la que desestima la demanda de amparo solicitada por los herederos del Sr. Trías en base a los siguientes razonamientos jurídicos.

Comienza desechando las peticiones de indefensión provocada por una mala actuación del Tribunal Supremo que según los demandantes había discutido y revisado los hechos probados en las demandas de instancia cuando no había sido reclamado en el recurso de casación. El Tribunal Constitucional afirma que el Tribunal Supremo *únicamente ha tratado de acotar el núcleo de la cuestión que se elevó a su conocimiento con el fin de desentrañar el objeto preciso de la controversia y los términos de su examen jurídico, sin efectuar juicio alguno sobre los hechos de los que traía su causa el litigio civil.* Igualmente desecha *ab initio* la aplicación de la doctrina que denomina de «reportaje neutral», pues no se dan los presupuestos de aplicación de la misma, los cuales son que *las informaciones u opiniones controvertidas sean transcripciones, o quien las divulga afirma que lo son, de lo dicho o escrito por un tercero.* En este caso está claro que la autora del programa asume la autoría del mismo y que por tanto, tanto la información como las opiniones en él vertido son imputables directamente a la misma, de lo que debe desprenderse que, en caso de que así lo apreciaran los jueces, la responsabilidad recaería directamente sobre ella. Y que al faltar el elemento comparativo que necesariamente se da en la doctrina del reportaje

neutral (entre la transcripción y la opinión del tercero) no es aplicable la doctrina, en modo alguno, a este caso particular.

El Tribunal Constitucional debe verificar si los órganos judiciales han hecho una ponderación constitucional adecuada de los derechos fundamentales en conflicto, lo que obliga al Tribunal a valorar, por sí mismo, los derechos que entran en conflicto, a fin de comprobar si la fijación de los límites o la defensa que han hecho los juzgadores encuentra amparo a la luz que sobre la materia ha fijado el Tribunal Constitucional.

En este sentido, el Tribunal acota los derechos enfrentados en el caso concreto, aduciendo que junto con el derecho de información, el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor de las personas, debe tenerse presente un derecho más que aparece en este supuesto concreto y que, sin duda, añade un matiz que debe tenerse en cuenta. Este derecho no es otro que derecho a la libertad científica del historiador. Y aparece en este caso, porque como dice el propio Tribunal *«Lo que aquí se discute es la forma en la que se ha informado sobre un suceso de nuestra historia reciente, así como las opiniones que al hilo de su divulgación la mereció a la periodista que confeccionó el guión del reportaje televisivo la participación en ese suceso histórico de varias personas, entre las que se encontraba el padre de los ahora recurrentes en amparo»*.

Enfocado de este modo el problema, parece claro que el derecho a la libertad científica del historiador se encuadra dentro del derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones. Y que dicha protección a la libertad científica goza en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto de las libertades de expresión y de información pues siempre se refiere a hechos del pasado protagonizados por individuos cuya personalidad (en el sentido constitucional) se ha ido diluyendo necesariamente como consecuencia del paso del tiempo. No es lo mismo comparar el derecho al honor entre coetáneos frente al derecho de libertad de opinión e información que comparar el derecho de personas desaparecidas frente a la libertad de interpretación de hechos históricos.

Sigue diciendo el TC que *«la veracidad de una narración de hechos nada tiene que ver con la <<verdad histórica>> y menos cuando lo que se examina, como bien dice el Tribunal Supremo, no es un hecho, sino la interpretación que del mismo se hace o la opinión que de él se tenga»*. Por ello, sigue argumentado el Tribunal *«la discrepancia no lo es respecto de la certeza sobre estos hechos concretos, cuya realidad resulta indubitada a la vista de lo probado en las actuaciones del proceso civil del que trae causa este amparo, sino sobre si la valoración que de ellos se hace es tendenciosa y dirigida a mancillar el*

honor del Sr. Trías, al atribuirle, en último término, una decisiva intervención en el trágico final del Sr. Carrasco».

Por ello, y siendo lógico con su argumentación de acercar el contenido del programa más a una opinión historiográfica que al relato aséptico de unos hechos, el Tribunal concluye afirmando que «*Los hijos del Sr. Trías, que discrepan de algunas aseveraciones contenidas en el documental <<Sumarissim 477>>, pueden, sin la menor duda, iluminar acerca de cual fue, a su juicio, la participación de su padre en el procesamiento del Sr. Carrasco, explicando los motivos que, en su opinión, le llevaron a implicarse en el mismo y contribuyendo así a enriquecer el debate histórico, pero tal pretensión no puede llevarles a impedir la emisión del documental*».

II. HECHOS, DERECHO A LA INFORMACIÓN Y DERECHO AL HONOR

Es una doctrina consolidada tanto del Tribunal Supremo como de Tribunal Constitucional que en el artículo 20 de la Constitución se regulan dos derechos que, aunque muy próximos entre sí, no por ello dejan de tener ámbitos de actuación diferentes y por tanto, límites igualmente diferentes. Me refiero claramente al derecho a la libertad de expresión por un lado y al derecho a la libertad de información. El propio texto constitucional establece sus límites generales en la confrontación con otros derechos fundamentales, los del artículo 18, es decir, los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen.

Por ello, y función de un análisis certero de la sentencia que comento, me parece apropiado hacer un breve resumen de la doctrina jurisprudencial (que por el ámbito de este trabajo voy a centrar en la constitucional) sobre los límites del derecho a la información y sobre los límites sobre el derecho a la libertad de expresión. Sé que este análisis podría obviarse pues no será sino puramente descriptivo y por tanto pueden consultarse monografías que lo realizan más profusa y profundamente. Mi intención es situar al lector no familiarizado en el tema a fin de conseguir una mejor comprensión del comentario sobre el que, en mi opinión, es el fondo del problema de la sentencia que comento. Por ello, la lectura de este epígrafe sobre el derecho de información, como el siguiente sobre el derecho de libertad de expresión son absolutamente prescindibles para el lector que conozca la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional sobre esta materia.

Por lo que respecta al derecho de información establece la Consti-

tución que se reconoce y se protege el derecho a «comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión».

Dos son los caracteres que deben concurrir en el derecho a la información para que goce de una protección máxima, incluso frente al derecho individual del honor, la intimidad o la propia imagen. Por un lado la relevancia pública de la información, el interés público de la noticia revelada. Por otro la veracidad de los hechos que describe la información publicada.

En relación con la relevancia pública de la información, dicha importancia puede venir dada en función de una doble situación. O bien porque la persona que realiza una determinada actividad es una persona con una relevancia social importante y por tanto se le puede calificar de persona pública o bien porque el hecho del que se informa, en sí, es importante, tiene trascendencia social suficiente como para interesar a la mayoría de la sociedad. En cualquier caso, tanto si la relevancia social proviene del hecho en sí mismo como si proviene de la persona que realiza una determinada actividad, la calificación de que dicho hecho tiene una relevancia pública no deja de ser un acto de opinión y por tanto sujeto a un mayor o menor grado de subjetividad. Por último, y esto me parece más discutible, el Tribunal Constitucional deduce la relevancia de la noticia en función del medio que ha sido cauce para su publicación. Y digo que me parece más discutible porque me parece que es hacer supuesto de la cuestión, dando a los medios de comunicación una capacidad de la que carecen (o al menos deberían carecer) (1). Para lo que sí es importante el medio utilizado es para delimitar el ámbito en el que se ha podido realizar la intromisión ilegítima, pero nunca para que el hecho relatado sea calificado como de interés público o no.

El Tribunal Constitucional ha elaborado una doctrina más consolidada por lo que se refiere a la participación de una persona pública en un acto. Por persona pública no debe entenderse exclusivamente

(1) En la STC de 13 de septiembre de 2004 el Tribunal afirma que «Entre los elementos a tener en cuenta en la valoración de la trascendencia pública de los hechos divulgados cobran especial relevancia el vehículo utilizado para difundir la información, en particular si éste es un medio de comunicación social (SSTC 107/1988, de 8 de junio, y 15/1993, de 18 de enero. Asimismo, como hemos recordado recientemente (STC 54/2004, de 15 de abril, FJ 3), el criterio a utilizar en la comprobación de la relevancia pública de la información incluye tanto la materia u objeto de aquélla, que debe referirse a asuntos públicos de interés general que contribuyan a la formación de la opinión pública, como las personas implicadas en los hechos relatados, que deben tener el carácter de personaje público o con notoriedad pública (SSTC 144/1998, de 30 de junio, FJ 2; 112/2000, de 5 de mayo, FJ 7)».

persona famosa. La persona puede ser calificada de pública en función del papel que juega en un momento determinado en la sociedad. Así por ejemplo, un concejal de una población no será, normalmente, persona famosa, pero sí que debe ser considerada persona pública y, por tanto, sujeta a la doctrina del Tribunal en función de la cual «*las personas que ostentan un cargo de autoridad pública, o las que poseen relieve político, ciertamente se hallan sometidas a la crítica en un Estado democrático*» y, si bien no quedan privadas de ser titulares del derecho al honor, «*éste se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática*» STC de 2 de junio de 2003, FJ 5».

Por supuesto los personajes famosos, como ha dicho el Tribunal, deben soportar de una manera más acusada los riesgos que conlleva la información sobre los mismos. En STC de 15 de julio de 1999 afirmaba que «*Estos personajes con notoriedad pública asumen un riesgo frente a aquellas informaciones, críticas u opiniones que pueden ser molestas o hirientes, no por ser en puridad personajes públicos, categoría que ha de reservarse únicamente para todo aquel que tenga atribuida la administración del poder público, en el sentido de que su conducta, su imagen, sus opiniones están sometidas al escrutinio de los ciudadanos que tienen un interés legítimo, garantizado por el derecho a recibir información del art. 20.1 d) CE, a saber cómo se ejerce aquel poder en su nombre, sino porque su notoriedad pública se alcanza por ser ellos quienes exponen al conocimiento de terceros su actividad profesional o su vida particular*», matizando inmediatamente que «*el riesgo asumido por el personaje con notoriedad pública no implica amonorción de su derecho a la intimidad o al honor o a la propia imagen, cuya extensión y eficacia sigue siendo la misma que la de cualquier otro individuo. Tan sólo significa que no pueden imponer el silencio a quienes únicamente divulgan, comentan o critican lo que ellos mismos han revelado, sin perjuicio de que la disposición sobre una información hecha pública por su propia fuente no justifique el empleo de expresiones formalmente injuriosas o innecesarias ni la revelación de otros datos no divulgados con antelación por el tercero o que no posean una evidente y directa conexión con aquello que fue revelado*».

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en algún caso ha matizado por esta posible presunción de interés público en los actos realizados por

personas famosas, intentando fijar un límite entre interés público y mera curiosidad, defendiendo un ámbito de la intimidad que es infranqueable, incluso respecto de los llamados personajes públicos. Así, la STS de 17 de octubre de 1991 establece que «*El que la información publicada se refiera a un personaje público no implica de por sí que los hechos contenidos en la misma no puedan estar protegidos por el derecho a la intimidad de esa persona, que constituye siempre un límite del derecho a la intimidad*».

Por último, y para terminar con éste apartado por lo que respecta al interés público, debemos hacer mención a las noticias relacionadas con determinados hechos que «objetivamente» son noticiables. Nos referimos a actos políticos, hechos deportivos, catástrofes naturales, grandes sucesos, etc, etc.

Pues bien, la Sentencia que comentamos se incluye en este apartado. La relevancia pública o mejor dicho, el interés público que justifica la emisión del reportaje en la televisión catalana es que describe un hecho producido en el marco de un acontecimiento cuyo interés público parece que está fuera de toda duda, como es la guerra civil española. Así se desprende de la sentencia al afirmar que «*el documental cuestionado versa sobre hechos históricos que presentan una indudable relevancia pública*».

La segunda característica de la que debe gozar la información para ser protegida, incluso cuando pudiera afectar al honor de una persona es la veracidad de los hechos que describe la información publicada. Veracidad, en sentido estricto, debe entenderse como que la información publicada sea cierta. Ello conllevaría la exigencia de una obligación de resultado al periodista que publica o emite una determinada noticia en relación con hechos determinados. La más mínima desviación entre los hechos acontecidos y los hechos relatados podría dar lugar al incumplimiento del requisito de veracidad, lo que implicaría, por otro lado y hablando en términos prácticos, la negación del derecho de información. No es posible elevar el nivel de exigencia sobre la veracidad de la información transmitida hasta límites que excedan de lo racional y de lo que facilita el papel que la libertad de información cumple en una sociedad plural y democrática.

Por ello el Tribunal Constitucional ha afirmado en muchas ocasiones, desde los años ochenta, y en base a una jurisprudencia absolutamente asentada que «*Cuando la Constitución requiere que la información sea «veraz» no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas —o sencillamente no probadas en juicio— cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le*

puede y debe exigir que lo que transmita como «hechos» haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible. En definitiva, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse «la verdad» como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio» (2).

Se trata, por tanto, más de una obligación de diligencia que de una obligación de resultado. Lo que la jurisprudencia exige es un nivel de diligencia en el periodista de modo que por medio de su trabajo de investigación, de la fuente de la que obtiene la noticia, o de un conjunto de ambos elementos, tenga la firme convicción de la veracidad de la noticia. Aunque, por otro lado, es cierto, como afirma el Tribunal Constitucional que «no puede precisarse *a priori* y con carácter general, pues depende de las características concretas de la comunicación de que se trate por lo que su apreciación dependerá de las circunstancias del caso» (3). Y, teniendo en cuenta que este nivel de diligencia debe extremarse cuando, por el tipo de noticia que se está transmitiendo, se puede producir en descrédito considerable en relación a una determinada persona.

A este respecto la fuente de información es un elemento muy importante en la determinación de la veracidad. La seriedad e idoneidad de la fuente en relación con el tipo de información puede ser determinante en la apreciación de la exigida diligencia (4). A título de ejemplo podemos citar la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de octubre de 2004 en la que, a pesar de que la información publicada parece ser que no era cierta (5), no considera que haya intromisión ilegítima en el honor de una persona por haberse guardado la diligencia exigible en base a las fuentes consultadas. Por el contrario, en otras ocasiones, la calidad de la fuente de información hace que debiera dudarse de la veracidad de lo transmitido. Por ello, la publicación en un medio de comunicación de dicha información causa un perjuicio a la per-

(2) STC 21 de enero de 1988. Doctrina reiterada en SSTC de 12 de noviembre de 1990, 13 de enero de 1997 y 11 de noviembre de 2000, entre otras.

(3) SSTC de 21 de diciembre de 1992 y 26 de febrero de 1996, entre otras muchas.

(4) SSTC de 31 de enero de 2000 y 15 de septiembre de 2003

(5) Se trataba de la pertenencia al aparato de ETA de una persona

sona cuyo honor se ve atacado y así es reconocido por el Tribunal Supremo, por ejemplo, en la Sentencia de 5 de febrero de 1998 (6).

Desde un punto de vista «constitucionalista» el problema se extingue con la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho al honor. Cuando se ha guardado el mínimo de diligencia exigible es posible que haya intromisión en el honor de una persona, pero el contenido del derecho de información invade legítimamente al derecho al honor personal. A pesar de la existencia de dicha intromisión, ésta no se puede calificar de ilegítima y por ello no hay que hacer frente a ninguna indemnización y sólo sería posible el ejercicio del derecho de rectificación. Hay pues, intromisión, pero justificada por el papel que el derecho de información juega en nuestra sociedad. Sin embargo, últimamente, se han levantado algunas voces, desde la perspectiva de la responsabilidad civil, alegando la posibilidad de la existencia de una obligación de resarcimiento cuando, habiéndose producido un daño por la información comunicada y siendo esta falsa, sin embargo no se pueda calificar de ilegítima la intromisión y por tanto no de lugar a ninguna indemnización según los criterios interpretativos establecidos por el Tribunal Constitucional. En el fondo, en mi opinión, lo que se pone en duda es el criterio de imputación de la responsabilidad generada por la publicación o edición de una noticia falsa pero «veraz» según el criterio del Tribunal Constitucional.

La publicación de la Ley Orgánica de protección del honor, la intimidad y la propia imagen supuso una superación de la normativa hasta entonces vigente. Es sabido que en el periodo previo a la publicación de la ley, las indemnizaciones por daño sufrido contra el honor se solicitaba a través del mecanismo del artículo 1902 del Código civil, con el problema de que el criterio de imputación era un criterio subjetivo (la culpa). Esta situación fue superada por la ley orgánica de 1982, pues existiendo una intromisión ilegal de las reguladas en el artículo 7, el artículo 9.3 presume la existencia de un perjuicio y por ello un derecho a la indemnización. Es cierto que no presume la culpa (lo que presume es la existencia del daño, el perjuicio), y por ello el criterio de imputación sigue siendo subjetivo. En la actualidad sigue siendo necesario probar que el perjuicio a sido consecuencia de una actuación

(6) En esta Sentencia el Tribunal obligó a pagar al demandante la mayor suma por la que hasta la fecha se ha condenado y uno de los argumentos esgrimidos es la falta de fiabilidad de la fuente —se trataba de una persona condenada penalmente— que conllevaba la falta de diligencia exigible en el periodista, dando lugar, todo ello a que se faltase al mínimo exigible en cuanto a la veracidad de la noticia.

culposa, negligente, etc... Así se aprecia claramente en el ámbito del derecho a la información, con la interpretación del concepto de veracidad que ha desarrollado el Tribunal Constitucional —la exigencia de la diligencia debida— se ha consolidado un criterio de imputación claramente subjetivo.

Para conseguir objetivar esta responsabilidad hay quien propugna (7), que respecto a los medios de comunicación y no tanto respecto de los periodistas, podría ser exigible una responsabilidad «por riesgo». Es cierto que podría pensarse que se dan todos los elementos necesarios para plantearse la existencia de este tipo de imputación. Hay una actividad realizada por el empresario, en el curso de la cual se produce un daño (el ataque al honor de una persona) y la actividad del empresario le genera un beneficio. Sería lógico que el empresario, en el ejercicio de esta actividad que le reporta beneficio, asumiera el riesgo creado, debiendo responder por los perjuicios que la actividad haya causado (8). De este modo, y respecto al empresario, podría presumirse por un lado la existencia del perjuicio (art. 9.3), si nos encontramos dentro de ámbito de las actividades descritas en el artículo 7 de la Ley Orgánica, y por otro lado tampoco sería necesaria la prueba de la culpa, pues con el criterio de imputación del riesgo habría cambiado la carga de la prueba. Sería el empresario quien debiera demostrar su falta de responsabilidad en el daño causado.

El problema para poder mantener la tesis descrita, en mi opinión, es el objeto de la actividad que se desarrolla por el empresario. El Tribunal Constitucional no sólo ha marcado claramente los límites de conflicto entre el derecho a la información y el derecho al honor, sino que al hacerlo ha perfilado un contenido mínimo de cada uno. Y ha manifestado el carácter social, político y público del derecho a la información, lo que automáticamente debería llevar aparejado un cierto grado de «inmunidad» de la responsabilidad frente a posibles ataques al honor personal. Por ello el Tribunal Constitucional considera preponderante el derecho a la información, si bien, como hemos visto, estableciendo unos límites con criterios de imputación objetivos. Ello ha llevado a que la responsabilidad no ya de los periodistas, sino de los empresarios de los medios deba ser igualmente acorde con el criterio de

(7) Vid GARCIA RUBIO, M.P., CCJC, octubre-diciembre 2003, nº 1696, y los trabajos por ella citados.

(8) En el fondo, la propia LO 1/1982 parece remitirse, en cierta medida, a este razonamiento al tener como criterio para la valoración del perjuicio el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma (art. 9.3).

defensa del derecho a la información. Por ello objetivar de algún modo su responsabilidad podría poner en peligro su labor. Y no tanto porque teóricamente esta propuesta no fuese posible, sin porque en la práctica es muy complicado desligar hechos de opinión y derecho de expresión de derecho a informar.

Por tanto y para terminar con este apartado creo que no es conveniente desligar el planteamiento «constitucionalista» del «civilista», pues lo contrario sería aceptar un ataque al contenido de un derecho constitucional —el de información— en los límites establecidos por el Tribunal Constitucional.

II. OPINIONES, LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO AL HONOR

Analizada la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho al honor y la libertad de información en relación con los hechos descritos en la misma, es hora de analizar la doctrina relativa a otro problema, directamente relacionado con el mismo pero que, debido a los matices que a continuación expondremos, ha dado lugar a una jurisprudencia sustancialmente diferente. Nos referimos ahora a la posición del Tribunal respecto al ejercicio de libertad de expresión en relación con las opiniones vertidas sobre determinadas personas o hechos.

Comencemos analizando si el límite de veracidad que hemos visto es aplicable respecto de los hechos, lo es igualmente en el ámbito de la opinión. Este requisito de veracidad juega un papel diferente según se esté hablando del derecho de información o del derecho a la libertad de expresión, es decir, a la opinión expresada libremente por una persona sobre un hecho o un conjunto de hechos. Y no puede ser de otro modo, pues mientras la información está íntimamente relacionada con los hechos, la libertad de expresión juega en el marco de las opiniones. Y no es posible hablar de la veracidad de una opinión.

No quiere ello decir que la libertad de expresión no tenga límites respecto al derecho al honor. Es también doctrina consolidada por el Tribunal Constitucional que *«las libertades del art. 20.1 a) y d) CE, ni protegen la divulgación de hechos que, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, no son sino simples rumores, invenciones o insinuaciones carentes de fundamento, ni dan cobertura constitucional a expresiones formalmente injuriosas e innecesarias para el mensaje que se desea difundir, en las que simplemente su emisor exterioriza su personal menosprecio o animosidad respecto del ofendido. Por el contrario, el carácter molesto o hiriente de una opi-*

nión o una información no constituye de suyo una ilegítima intromisión en su derecho al honor, siempre, claro está, que lo divulgado no sean expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de la persona a quien se refieran» (9).

Parece que para que haya intromisión ilegítima la opinión debe encuadrarse en las categorías de insidiosa, insultante, difamante o vejatoria. El criterio aquí no es la veracidad o no de la opinión, sino del resultado que objetivamente dicha opinión provoca en la opinión pública. Y el criterio es la opinión pública y no en el afectado, porque ello evitaría la presencia de personas especialmente sensibles que se vieran afectadas por las opiniones de terceros. El criterio, evidentemente debe ser un criterio objetivo y general.

Habría que plantearse si la condición personal de quien opina debe ser tenida en cuenta a la hora de calificar su opinión como insidiosa, insultante, difamante o vejatoria. Pongamos un ejemplo. Un afamado e influyente crítico de cine vapulea una obra prima de un joven director. La opinión es absolutamente negativa y se vierten frases del tipo «*obra nefasta realizada por una persona carente de gusto, estilo y con mala formación*». Ello muy probablemente conllevará el fracaso de la obra. ¿Hasta qué punto se puede exigir al especialista un análisis moderado y ponderado de la obra? ¿Debe tener en cuenta esta persona las consecuencias que se desprenden para el joven director al emitir dicha opinión?

No he encontrado ninguna sentencia en la que se platee este problema. Pero parece evidente que una opinión no puede desvincularse de la persona que la expresa y que la importancia y las características de dicha persona (10) conceden a esa opinión una fuerza y un valor diferentes de la que tendría si dicha opinión hubiera sido dada por una persona de menor relevancia. Sentada esta premisa no me parece descabellado exigir un autocontrol a aquellas personas que, en el ámbito que sea, ejercen o poseen puestos o posiciones de responsabilidad y de referencia. Si su opinión tiene más fuerza, puede hacer más daño, debería autoexigirse una mayor responsabilidad a la hora de emitirla. Pero, fuera de esa auto-responsabilidad, desde un punto de vista jurídico, habría algún mecanismo que permitiera un mayor control sobre los efectos de estas opiniones. Creo que para estas personas cualificadas podrían ampliarse los límites que regulan el derecho de expresión de modo que los conceptos de insidioso, vejatorio, insultante

(9) STC de 15 de septiembre de 2003 y las por ella citadas.

(10) En función del cargo que ocupa, de su prestigio reconocido, etc, etc.

fuesen valorados con un criterio más amplio, en función de la repercusión que la opinión emitida por una persona cualificada pueda tener.

Sentada esta idea, debemos matizar que en el marco político no debe jugar esta ampliación de los límites (y por lo tanto un estrechamiento de la libertad de expresión). Justamente lo contrario. En el marco de la confrontación política, expresiones y opiniones que fuera de ella serían claramente atentatorias del honor, deben verse protegidas por el entorno en el que se hacen.

En cualquier caso, lo cierto es que es muy complicado emitir opiniones sin hacer referencia a hechos o describir hechos sin que esté mezclado con la emisión de opiniones. Consciente de esta realidad, el Tribunal Constitucional ha afirmado en muchas ocasiones que *«Como es sabido, nuestra jurisprudencia viene distinguiendo desde la STC 104/1986, de 17 de julio, entre los derechos que garantizan la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor), y, por otra parte, el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados noticiables. Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su naturaleza abstracta, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que ha añadido al término «información», en el texto del art. 20.1 d) CE, el adjetivo «veraz» (STC 4/1996, de 19 de febrero), FJ 3). Sin embargo, hemos admitido que en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos, pues a menudo el mensaje sujeto a escrutinio consiste en una amalgama de ambos. Por esta razón, procede examinar en primer lugar la veracidad de aquella y, a continuación, la ausencia de expresiones formalmente injuriosas o innecesarias para la crítica que se formula (SSTC 6/1988, de 21 de enero, 107/1988, de 8 de junio, 59/1989, de 16 de marzo, 105/1990, de 6 de junio, 171/1990, de 12 de noviembre, 172/1990, de 12 de noviembre, 190/1992, de 16 de noviembre, 123/1993, de 19 de abril, 178/1993, de 31 de mayo, 76/1995, de 22 de mayo, 138/1996, de 16 de septiembre, 204/1997, de 25 de noviembre, 1/1998, de 12 de enero), pues, como venimos diciendo, el art. 20.1 CE ni protege la divulgación de hechos que no son sino simples rumores, invenciones o insinuaciones carentes de funda-*

mento, ni tampoco da amparo a las insidias o insultos (STC 192/1999, de 25 de octubre, FJ 3)» (11).

Esta imposibilidad de desligar en la realidad la mera información de la opinión y por tanto los ámbitos en los que juega cada uno —derecho a la información y libertad de expresión— no ha impedido al Tribunal Constitucional elaborar una doctrina que permite perfilar en cada caso, qué doctrina debe aplicar. Para ello utiliza el concepto de «elemento preponderante». Así por ejemplo en la STC de 21 de enero de 1988 en la que se afirma que «Lo expresado en su día por el señor...posee los rasgos que permiten definir su comportamiento como ejercicio de la libertad de información a que se refiere el art. 20.1 d) de la Constitución, como es lógico sin entrar a considerar todavía si en el ejercicio de su derecho se atuvo o no a los límites que le cernían en el seno de la relación laboral en que se encontraba inmerso. Las declaraciones por las que el actor fue despedido se formularon y se entendieron por los receptores, como relativas a «hechos», cualquiera que fuese su veracidad y éste es **el elemento preponderante** que en tales declaraciones cabe detectar. No se opone a ello el dato de que la mención se refiera a un comportamiento genérico del empleador sin referencias puntuales o sin especiales concreciones, pues un comportamiento genérico es también un conjunto de hechos. Y el que algunas de las manifestaciones vertidas en torno a tales hechos entrañaran algún juicio de valor o alguna dosis de crítica no es suficiente para relativizar el carácter preponderante del elemento informativo»

IV. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AL CASO CONCRETO.

Si en situaciones normales es difícil diferenciar entre hechos y opiniones, cuando, como en el caso que comentamos, se trata de un hecho histórico, la dificultad llega a un grado máximo. Es en estos casos extremos en los que se puede apreciar que la construcción doctrinal del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo entorno a los derechos de libertad de expresión y derecho a la información se vuelve poco eficaz. Y no se trata de criticar esta doctrina —más bien al contrario— sino de poner de manifiesto que la misma no es predicable respecto de acontecimientos históricos.

(11) STC 15 de septiembre de 2003

Y ello, utilizando palabras de Sonia Ramos y Alvaro Luna (12) porque «los límites de un juicio a la historia vienen constituidos, de un lado, por la veracidad de los hechos históricos opinados y, de otro, por el carácter ofensivo o injurioso de la opinión sostenida». Pero, salvo que la falsedad de hechos históricos que se describen sea escandalosa, y salvo que la opinión sea escandalosamente ofensiva o injuriosa, será muy difícil, con los criterios mantenidos por nuestros tribunales, apreciar que existe una intromisión ilegítima en el honor de una persona.

Por ello me parece acertada la opinión del Tribunal Constitucional, que sigue en este aspecto al Tribunal Supremo, al situar el debate no sólo en el ámbito de la libertad de expresión o del derecho a la información, extendiéndolo a lo que califica como libertad científica del historiador. A este respecto parece desprenderse de la Sentencia que el análisis histórico es un elemento necesario, fundamental en la creación de una conciencia histórica colectiva y por ello especialmente protegible. Y dicha conciencia histórica se irá formando del contraste de las diferentes opiniones que sobre los diferentes hechos históricos vayan vertiendo los especialistas en la materia. Por ello, salvo opiniones extremas — que se puedan calificar de injuriosas o vejatorias — o negación o afirmación de hechos que claramente resultan falsos, la protección de una opinión, de un juicio sobre la historia, debe tener un alto grado de protección.

Lo contrario sería dar a los tribunales un papel que no es el suyo. Ni el Tribunal Supremo, ni el Tribunal Constitucional deben juzgar la historia (por más que en alguna ocasión las partes así lo pretendan) (13).

(12) RAMOS, S. y LUNA, A. CCJC, enero-abril 2004, nº 1726

(13) SALVADOR, P.; RAMOS, S.; LUNA, A.; GÓMEZ, C. www.indret.com, InDret 03/2001. Opinan de esta manera en relación a los motivos de judicialización de este caso: «Sin embargo, fuerza es reconocer que la huida de la realidad concreta del caso enjuiciado y el replanteamiento del debate en términos simbólicos ya había sido iniciados por los propios demandantes, quienes, en su demanda y como en parte también sucedió en el caso resuelto por la STS 1ª, 2.6.2000, ejercitaban básicamente acciones vindicativas de la memoria de su padre y negatorias o cuasinegatorias de la difusión ulterior de <<Sumarissm 477>>. Pretendían fundamentalmente evitar la formación de una memoria colectiva que juzgaban incorrecta. Reivindicaban la memoria de su padre fallecido, pero no estaban primariamente interesados en obtener una reparación económica. Es cierto que, como ya hemos indicado, en la demanda reclamaban una indemnización, pero cuando la Sentencia de primera instancia les concedió una indemnización exclusivamente simbólica, los actores se desinteresaron de toda cuestión resarcitoria y, en consecuencia, de todo aquello que permite dimensionar un daño indemnizable como tal. —lo que el artículo 139.2 de la Ley 30/1992 califica como daño <<efectivo, evaluable económicamente e individualizado>>—. Con ello, el pleito ganó dimensión simbólica, a costa de las pretensiones de tutela individual, estrictamente privadas: en el planteamiento

Más bien al contrario, será la historia los que les juzgue a ellos, lo mismo que juzga los hechos acaecidos en el pasado. Y dicho juicio no se funda en una única opinión, sino en un conjunto plural, coral y diverso de opiniones de diverso origen, ideología y tendencia. Por ello afirma el Tribunal Constitucional que *«La veracidad de una narración de hechos nada tiene que ver con la <<verdad histórica>> y menos cuando lo que se examina, como bien dice el Tribunal Supremo, no es un hecho, sino la interpretación que del mismo se hace o la opinión que de él se tenga»*.

Si el Tribunal entrase a determinar la veracidad o no, la adecuación o no de dicha opinión ante unos hechos estaría cerca de convertirse en un Tribunal de censura. Por ello termina diciendo que *«los hijos del Sr..., que discrepan de algunas aseveraciones contenidas en el documental <<Sumarísimo 477>>, pueden, sin la menor duda, iluminar acerca de cuál fue, a su juicio, la participación de su padre en el procesamiento del Sr. Carrasco i Formiguera, explicando los motivos que, en su opinión, le llevaron a implicarse en el mismo y contribuyendo así a enriquecer el debate histórico»*.

En mi opinión, el argumento del Tribunal es absolutamente lógico y coherente con su doctrina. Solo quiero dejar planteada una duda, que evidentemente no puede resolver el Tribunal, ni siquiera planteárselo. Para que se pueda formar una opinión histórica es necesaria la confrontación de diferentes opiniones. En una sociedad que tiende a la globalización, también en las opiniones, ¿no será cada vez más difícil juzgar la historia?

miento final del caso, de existir, el daño se refiere exclusivamente a la conciencia histórica de la colectividad, deviene un fenómeno exclusivamente social. Así, primero en la apelación y luego en casación, el tema de debate se alejó de la correcta aplicación de las normas que ordenan indemnizar daños causados por lesión del derecho al honor y pasó a versar sobre el sentido de la Historia que el documental pretendía narrar. Pero una vez situados en este ámbito, la discusión únicamente podía tener como objeto los hechos que sustentaban la opinión que se había decidido transmitir sobre ellos: sólo si los hechos narrados claramente no tuvieron lugar, estaría fundada la reclamación.